

## **A DOCTRINA DE APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E A NECESSIDADE DE SUA SUPERAÇÃO**

**Alexander Fernandes Mendes<sup>1</sup>**

### **SUMÁRIO**

1. Introdução 2. A doutrina de aplicabilidade das normas constitucionais 3. Os fundamentos da doutrina 4. A necessidade de superação da concepção Atual 5. A reserva de consistência 6. A reserva do possível 7. A doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais e o exemplo de sua superação no tocante ao direito constitucional à saúde 8. Considerações finais. Referências Bibliográficas

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo promover um ataque à teoria corrente de aplicabilidade das normas constitucionais chamadas de programáticas. Aduz-se a disfuncionalidade da doutrina tem servido como esconderijo do judiciário que, ao aplicá-la, nega sua responsabilidade na guarda dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, apontando-se a necessidade de sua superação.

**Palavras-chave:** Normas Constitucionais Programáticas. 2 Superação.

### **RESUMEN**

Este artículo tiene por objeto promover un ataque a la teoría de la aplicabilidad de las actuales normas constitucionales llamado programáticas. Aduz a disfuncionalidade la doctrina ha servido como un caché de la judicatura, para ponerlo en práctica, negar su responsabilidad en la custodia de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, que apunta a la necesidad de su superación.

**Palabras-clave:** Normas constitucionales programáticas. 2 superción.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí na linha de pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

Após 1988 tem-se, no Brasil, período de estabilidade democrática de assentamento e solidificação do estado de direito constitucional. Isto, a par de importante, entretanto, não basta. A democracia formal não é suficiente para aplacar as mazelas da vida. Com efeito, o direito como um todo, e o direito constitucional, mais especificamente, vive grave crise, na medida em que não consegue arrostar a insegurança e a injustiça.<sup>2</sup>

De se ver, outrossim, que a injustiça econômica, social e política vêm-se acrescidas da jurídica, porquanto os excluídos, indefesos, pobres, marginais, tipicamente, não podem mais contar com proteção jurídica. O resultado é a violência nas cidades, principalmente contra excluídos e grupos minoritários. Eis a característica dos conflitos em torno dos direitos humanos no Brasil.<sup>3</sup>

Disto resulta que a constituição, nada obstante garantidora de uma gama considerável de direitos e garantias<sup>4</sup>, sofre grave crise de eficácia. A promessa delineada pelo texto não se efetiva no mundo fático.

Daí porque a necessidade premente de pesquisa e aplicação de categorias que impulsionem e propaguem a efetividade da constituição. Neste diapasão, a teoria de classificação da normas constitucionais.

---

<sup>2</sup> BARROSO, L.R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da associação dos juizes federais do Brasil. n. 82, p.110.

<sup>3</sup> MÜLLER, Frierich. **Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria da Municipal da Cultura, 2000, p. 28.

<sup>4</sup> Sem embargo acerca da discussão sobre sua prolixidade.

Com efeito, a efetividade da constituição, a par de outros importantes fatores, depende dos elementos interpretativos utilizados pelo operador jurídico-político, no ato de sua aplicação, às hipóteses concretas. Há de se buscar, assim, critérios que proporcionem, de forma racional, a concretização da constituição. A constituição, enquanto documento jurídico-político apresenta, em seu bojo, um denso conjunto de princípios e regras que lhes dão caráter aberto. Nesse contexto, os elementos interpretativo-integrativos, urgem ser levados em conta no ato de sua concreção.

Nestes termos, o presente artigo visa analisar, sem pretensão de pioneirismo, a doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais e sua correlação com a efetividade da constituição.

## **2 A DOCTRINA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

O tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais vem sendo de destaque, no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro, a partir de 1891. Fulcrado, preponderantemente na doutrina dos clássicos Norte-Americanos, assim como em decisões da Suprema Corte daquele país, Ruy Barbosa delineou a classificação das normas constitucionais em normas auto-aplicáveis (ou auto-executáveis) e normas não-auto-aplicáveis (ou não-auto-executáveis). Na doutrina Estadunidense recebiam a denominação de normas *self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing*, e normas *not self-executing*, *not self-acting* ou *not self-enforcing*.<sup>5</sup>

Ruy Barbosa, então, aduzia que – com base no enunciado semântico da norma – se irá perceber se o preceito normativo constitucional é dirigido ao legislador ou se, por outro lado, pode ser de aplicação direta pelo Poder Judiciário.<sup>6</sup> Referida doutrina, tendo perdurado por décadas no Direito Constitucional Brasileiro, partia da premissa que a maior parte das normas constitucionais não possuía força normativa suficiente para ser aplicada diretamente, ou seja, a efetividade das

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 238.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 240.

normas da constituição dependiam de ulterior intervenção legislativa.<sup>7</sup>

Esta doutrina começou a ser alvo de crítica, principalmente a partir da década de 50, notadamente em face das formulações de juristas italianos e Alemães da época de Weimar.<sup>8</sup>

Em 1967 José Afonso da Silva editou obra que representou grande avanço no âmbito da classificação das normas constitucionais. Sua teoria de base foi delineada pelos apontamentos da doutrina constitucional italiana acerca do tema.

O constitucionalista desenvolveu classificação tricotômica da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, nos seguintes termos:

- a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- b) normas constitucionais de eficácia contida (ou contível) e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não-integral;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, subdivididas em: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípios programáticos.<sup>9</sup>

MORO aponta com propriedade acerca do trabalho de José Afonso da Silva:

O trabalho representa significativo avanço em relação à classificação anterior, não só pela aludida eficácia mínima atribuída a todas as normas constitucionais, mas também pelo resgate da aplicabilidade imediata das normas constitucionais ditas de eficácia contida que, por conterem remissões à lei, poderiam ser confundidas com as de aplicabilidade mediata.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 241.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 241.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 88/163.

<sup>10</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.230.

Desde então, surgirão classificações com variantes terminológicas, sem que haja, contudo, conseqüências práticas diferenciadoras.<sup>11</sup>

Referida classificação, impende dizer, resta amplamente acolhida pela jurisprudência brasileira, sendo, com base nela, que se resolvem a quase totalidade dos casos constitucionais submetidos ao judiciário brasileiro.

### 3 OS FUNDAMENTOS DA DOCTRINA

Vigorou na Europa, no século XIX, a concepção de que a constituição não passaria de documento com cunho essencialmente político. Não se concebia a possibilidade de controle do Poder Judiciário nas decisões emanadas do Poder Legislativo. Essa proeminência do Parlamento em face do Judiciário é, em parte, derivada da desconfiança em relação aos Juizes que eram considerados como ligados aos monarcas absolutistas. Bem ilustra esta concepção a radical escola da exegese ao apregoar que o juiz era apenas a "boca da lei".

Principalmente a partir da segunda guerra mundial, os países Europeus passaram a adotar o controle judicial de constitucionalidade das leis, o que já era feito nos Estados Unidos da América, desde 1803, a partir do célebre *Marbury x Madison*. "Somente com a adoção destes sistemas os dispositivos constitucionais, meros conselhos dirigidos ao legislador, foram elevados à condição de normas jurídicas, vinculantes dos poderes públicos e aplicáveis pelos juizes."<sup>12</sup>

Além do controle de constitucionalidade outra substancial mudança de paradigma - ocorrida ao longo do século XX - foi a atribuição de força normativo-jurídica às disposições constitucionais. Nestes termos, passa a ser premissa basilar, no estudo da constituição, assim como do direito constitucional, o reconhecimento

---

<sup>11</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.230.

<sup>12</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.232.

da imperatividade de suas normas, tal qual as demais normas jurídicas infraconstitucionais.<sup>13</sup>

De suma importância, no que tange à guinada delineada, é a obra de HESSE<sup>14</sup>, fruto de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, na República Federal da Alemanha, em 1959.

O jurista alemão defende que a constituição, ainda que de forma limitada, possui força própria motivadora e ordenadora da vida do Estado.<sup>15</sup> Para tanto, busca traçar a distinção entre categorias que denomina como constituição real e constituição jurídica. Obtempera que ambas estão em relação de coordenação, condicionando-se mutuamente. A constituição, então, não caracteriza apenas um ser, mas, também, um dever ser. "Determinada pela realidade social, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas".<sup>16</sup>

Isto, entretanto, não implica aduzir que a constituição não possua força ativa, propulsora de modificações nas estruturas sociais e estatais. Nas palavras de HESSE:

Embora a Constituição não possa por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais

---

<sup>13</sup> BARROSO, L.R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da associação dos juízes federais do Brasil. n. 82. p.116.

<sup>14</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11.

<sup>16</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição.<sup>17</sup>

Assim, a partir da noção de força normativa da constituição, esta passa, de mero documento político, a ter força de norma jurídica imperativa. Tal mudança de concepção implicou verdadeira revolução no direito constitucional, porquanto surgiu a possibilidade de postulações, aos órgãos encarregados da jurisdição, a partir dos ditames traçados constitucionalmente.

É neste exato contexto de transição que pode ser entendida a doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais, ou seja, no seio destas duas concepções. Uma aduzindo a ausência de força normativa da constituição e a outra, de sua banda, o contrário. Veja-se que é exatamente isso que a doutrina analisada apregoa, ou seja, parte da constituição possui força de norma jurídica (normas de aplicabilidade imediata) e a parte não (normas de eficácia mediata).<sup>18</sup>

#### **4. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO ATUAL**

Como visto, os precursores da doutrina brasileiro foram os constitucionalistas norte-americanos, lição da qual Ruy Barbosa tomou de empréstimo.

O direito constitucional Americano não mais adota esta concepção, porquanto inexistente na doutrina Estadunidense apontamentos nesse sentido, o que, com efeito, é indicativo de que lá a classificação já se encontra ultrapassada.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19.

<sup>18</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.232.

<sup>19</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.230.

SARLET faz igual apontamento citando precedente da Suprema Corte:

Ressalte-se, inda neste contexto, que mesmo a doutrina e a jurisprudência constitucional norte-americanas não se mantiveram fiéis aos postulados clássicos relativos ao problema da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. Neste sentido, parece-nos oportuna a transcrição da seguinte passagem extraída de decisão de decisão proferida pela Suprema Corte EM 1958 (caso Trop v. Dulles). 'Os preceitos da Constituição não são adágios vitais e vivos, que autorizam e limitam os poderes governamentais em nossa nação. Eles são regras do governo. Quando a constitucionalidade de um ato do Congresso é questionada perante este Tribunal, devemos aplicar estas regras. Se não fizermos, as palavras da Constituição nada mais serão do que bons conselhos.'<sup>20</sup>

Impende, então, aduzir que se o criador rejeitou a criatura não há razão para que a doutrina brasileira e jurisprudência brasileira, continue a reproduzir lição já não mais vigente em seu próprio berço.

Outrossim, a classificação ao cindir a constituição em normas aplicáveis e não aplicáveis sem interposição legislativa, faz menoscabo ao princípio da máxima efetividade da constituição. Segundo BARROSO, a idéia de efetividade traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. "Ligada ao fenômeno da juridicização da constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional".<sup>21</sup>

A efetividade da constituição consiste, precisamente, na realização, em concreto, no mundo fenomênico, dos comandos abstratos traçados pela Magna Carta. Consiste, pois, na materialização – ou na força operativa - dos preceitos constitucionais. O direito existe para realizar-se e o direito constitucional, a partir da noção da força normativa da constituição, disto não se divorcia.

Com efeito, a constituição sem eficácia social, ou efetividade, nada mais é do que um texto ou uma "folha de papel". Muito do descrédito apontado ao

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 242.

<sup>21</sup> BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.235.

Constitucionalismo no Brasil - havendo várias vozes, inclusive, apontando a necessidade de uma nova constituição - está associado a falta de efetividade da constituição de 1988, bem assim sua incapacidade de moldar e submeter a realidade social.<sup>22</sup>

A par de operar de acordo com os condicionamentos históricos a constituição deve impulsionar prospectivamente as relações sociais. Tal impulso, embora relativamente limitado, é derivado de sua força normativa, como visto. É exatamente nesta tensão dialética - entre o texto e a realidade - que se definem os limites e possibilidades da constituição e da interpretação constitucional.<sup>23</sup>

Sinteticamente, acerca do princípio da efetividade, pode-se dizer que ele é operativo em relação a todas as normas constitucionais e pode ser assim formulado: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.<sup>24</sup>

Também a doutrina, ao fazer depender a concretização da constituição de interposição legislativa faz tábua rasa ao princípio da supremacia da constituição. A constituição, é cediço, encontra-se no ápice da pirâmide normativa e é dela que o sistema retira seu fundamento validade. Sendo, pois, a lei fundamental do Estado, como decorrência, toda atividade estatal lhe deve deferência. A atividade administrativa, legislativa e judicial hão de pautar-se pelos parâmetros delineados pela Constituição.

Segundo GEBRAN "a supremacia da Constituição é pressuposto de todo o Direito Constitucional moderno, e deve orientar fundamentalmente toda a interpretação do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional".<sup>25</sup> Também pertinente, neste contexto, a lição de MORO:

---

<sup>22</sup> BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.237.

<sup>23</sup> BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.237/238.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 1997, p.1224.

<sup>25</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**. São Paulo: RT, 2002, p. 10.

O princípio da supremacia da constituição exige o comprometimento de todos os poderes públicos com as normas constitucionais. Isso significa que, caso um deles não cumpra suas tarefas e deveres constitucionais, os demais podem e devem agir, sob pena de deixar a constituição, que, ressalte-se, corporifica a vontade constituinte, à disposição do poder omissivo.<sup>26</sup>

À idéia da superioridade ou de supremacia da constituição, é imperativo dizer, encontra-se imbricada a três outros elementos: a) a superioridade do poder constituinte em face do poder constituído; b) constituição rígida; c) controle de constitucionalidade.

Estas categorias estão umbilicalmente ligadas à idéia de supremacia da constituição, que, portanto, é vetor primordial na interpretação da constituição – bem assim da legislação infraconstitucional que lhe é derivada ou anterior.

Toda interpretação constitucional, pois, está jungida a idéia de supremacia da Constituição. Por sua vez, a verdadeira supremacia da constituição está indissociavelmente ligada à sua efetividade (eficácia social).<sup>27</sup>

Ao fazer depender a efetividade da constituição a interposição legislativa infraconstitucional, a doutrina da classificação das normas constitucionais colide com o postulado da supremacia da constituição.

Superado portanto, no Estado contemporâneo, a concepção de meros conselhos da constituição liberais, mormente com a vanguarda do postulado da força normativa inexistente possibilidade de se negar eficácia vinculante imediata a qualquer norma constitucional.

É certo, entretanto, que a constituição não opera milagres nem poderá transformar tudo em um passe de mágica. Há limitações para concretização daquilo que é delineado pela constituição e a concretização de suas diretrizes ocorrerá, paulatinamente, na medida da evolução da democracia e das instituições jurídico-políticas estatais e sociais.

---

<sup>26</sup> MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.23.

<sup>27</sup> CLÈVE, C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p.32.

Há limites, ainda, para intervenção do Poder Judiciário na esfera dos outros poderes e na determinação de políticas públicas.

Nesse exato diapasão, a rejeição da doutrina brasileira de aplicabilidade das normas constitucionais não significa que o Poder Judiciário, ao concretizar a constituição, tudo poderá. As intervenções judiciais, pois, terão de superar os limites da reserva de consistência e, na determinações de prestações estatais materiais, da reserva do possível.

## **5 A RESERVA DE CONSISTÊNCIA**

O resultado da interpretação, assevera HÄRBELE, está submetido à reserva de consistência, “devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças alternativas e racionais.”<sup>28</sup>

Este posicionamento implica na idéia de interpretar o direito não de forma estanque como defendido pelo positivismo jurídico, mas atentando-se para interdisciplinaridade. Deve, pois, o intérprete valer-se dos conhecimentos que emanam de ciência não-jurídicas.

De acordo com MORO, “o limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade”<sup>29</sup>. Assim, não sendo atingida carga de argumentação suficiente para demonstrar o acerto da escolha política, recomenda-se a autocontenção, ou seja, deve-se reconhecer que, por não ter sido demonstrada a presença do vício do ato controlado, incumbe ao legislador democrático a realização da tarefa.

A reserva de consistência implica, ainda, na necessidade de explicitação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, ampliando-se, ao máximo, a possibilidade de participação dos diversos segmentos sociais

---

<sup>28</sup> HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 42.

<sup>29</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

interessados nos resultados do julgamento, a fim de legitimar e democratizar o processo de concretização constitucional.

Em face do postulado da reserva de consistência, as razões de decidir deixam de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados empíricos em outras ciências, inclusive requisitando informações de entidades públicas e privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto possível, aproximando-se ao máximo da "verdade material". Isso porque, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais, é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto<sup>30</sup>.

## **6 A RESERVA DO POSSÍVEL**

Na efetivação de concretização das normas constitucionais impende ao juiz dar especial atenção ao limite da reserva do possível, especial faceta da reserva de consistência. As necessidades são praticamente ilimitadas e os recursos orçamentários, como cediço, são limitados.

A reserva do possível consiste, então, em barreira severa a esta concretização. É certo, o judiciário não pode tornar o inviável viável, não pode transformar o impossível possível.<sup>31</sup>

Empiricamente, o limite da reserva do possível é bastante difícil de ser delimitado, sobretudo quando se trata da possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial.

Não é tão simples verificar se a decisão está de acordo ou não com o postulado da reserva do possível, sobretudo quando se está diante da reserva do *financeiramente* possível.

Em geral, as decisões judiciais, jungidas nos dogmas de ser a ciência jurídica estanque e completa, não se preocupam com os respectivos impactos

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 534.

<sup>31</sup> MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.98.

orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento.

É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos.

Em razão da reserva do possível, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. É preciso verificar até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem pôr em risco o equilíbrio financeiro estatal.

Mas ao judiciário incumbe assegurar as prioridades constitucionalmente garantidas, devendo, em casos que tais, superar o limite da reserva do possível, fundamentadamente. MORO assevera com propriedade:

Se o juiz entender, consistentemente, que a Constituição compreende determinado direito fundamental a prestação de cunho material, definindo, eventualmente, através de elementos não-textuais, o seu conteúdo (sem olvida das possibilidades materiais existentes), a 'liberdade' do legislador na definição da política orçamentária não poderá mais ser invocada como barreira, sob pena de ele sobrebor-se à constituição. <sup>32</sup>

## **7 A DOCTRINA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O EXEMPLO DE SUA SUPERAÇÃO NO TOCANTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE**

Era lugar comum, até bem pouco tempo atrás, as decisões judiciais aduzirem que a concretização do direito constitucional à Saúde dependia de implementação de políticas públicas a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. Dizia-se, então, que o art. 194 da constituição possuía caráter meramente programático.

Nada obstante, em pleito pertinente ao fornecimento de medicamentos, mais especificamente remédios a portadores do HIV, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal que exarou decisão no seguinte sentido:

---

<sup>32</sup> MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.99.

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser

a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>33</sup>”

Esse julgado, embora não tenha sido o pioneiro<sup>34</sup>, merece destaque pela extensão e eficácia que atribuiu ao direito fundamental à saúde e pela superação do dogma da mera programaticidade da norma constitucional.

O precedente citado foi seguido delineando a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – .

É certo, entretanto, que neste tema se caminhou de um extremo ao outro, porquanto há casos de verdadeira inviabilização de orçamentos Municipais – no tocante à Saúde – em face de decisões judiciais. São, entretanto, hipóteses excepcionais que, caso aferidas de forma cuidadosa, não superariam os limites da reserva de consistência e da reserva do possível.

---

<sup>33</sup> RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000, p. 101.

<sup>34</sup> O Supremo Tribunal Federal, antes desse julgado, já havia reconhecido a obrigação de o Estado fornecer medicamentos a pessoas hipossuficientes com base no direito à saúde, por exemplo, nos RREE 195192/RS, 236200/RS, 247900/RS, 264269/RS, 242859/RS e 255627/RS. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgamentos, tem garantido o fornecimento de remédios a pacientes, a expensas do Estado. Por exemplo, no ROMS 11183/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 4/9/2000, p. 121, obrigou-se o Estado do Paraná a fornecer o medicamento Riuzol (Rilutek) a uma paciente portadora de esclerose lateral amiotrófica. No ROMS 13452/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 7/10/2002, p. 172, reconheceu-se o direito de obtenção de medicamentos indispensáveis ao tratamento de retardo mental, heiatropia, epilepsia, tricolomania e transtorno orgânico da personalidade. No RESP 430526/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/10/2002, p. 245, foi garantido o custeio pelo Estado dos medicamentos necessários ao tratamento de hepatite “C”, que teria sido contraído por delegado de polícia ao socorrer um preso que tentara suicídio. No ROMS 11129/PR, Rel. Min. Peçanha Martins, obrigou-se o Estado a fornecer medicação (Interferon Beta) a portadores de esclerose múltipla. Em todos esses casos, o direito à saúde, decorrente do art. 196, da CF/88, foi considerado um verdadeiro direito subjetivo, passível de ser exigido judicialmente, independentemente de legislação integradora.

Eis portanto, exemplo de superação da rançosa classificação meramente semântica das norma constitucionais em que o Poder Judiciário, assumindo sua missão de guardião da constituição, reconheceu eficácia jurídica máxima a normas de direito fundamental garantidora do direito à saúde.

## **8. considerações finais**

A doutrina brasileira de aplicabilidade das normas constitucionais, ao atribuir a parte da constituição a característica de não-auto-aplicabilidade, em verdade, cinde a constituição em uma parte efetiva e outra meramente formal, sem efetiva garantia de efetivação, sempre dependente de uma futura regulação legislativa que nunca se opera.

Referida doutrina, como visto, não corresponde mais a concepção de Estado contemporânea, meramente garantidor de liberdades negativas, ou seja, de garantias de não intervenção.

A disfuncionalidade da doutrina tem, outrossim, servido como esconderijo do judiciário que ao aplicá-la, nega sua responsabilidade na guarda dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.<sup>35</sup>

É certo há dificuldades na concretização da constituição. Mas a substituição da doutrina pelos limites da reserva de consistência e da reserva do possível seriam de maior eficácia, porquanto a efetivação seria deslocada do campo meramente semântico da norma para o plano interpretativo com todas as suas implicações, econômicas e sociais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, L.R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da associação dos juízes federais do Brasil**. n. 82.

---

<sup>35</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.258.

MENDES, Alexander Fernandes. A doutrina de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas e a necessidade de sua superação. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998,

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CLÈVE, C.M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.230.

MÜLLER, Frierich. **Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria da Municipal da Cultura, 2000.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.