

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

EFFECTIVENESS OF RIGHT TO HEALTH ACCORDING TO THE CONSTITUTIONAL DIRIGISME THEORY

Ana Carolina Rocha De Souza Ramos

Resumo

A Constituição de 1988 tem caráter programático e isso revela a atribuição de uma expectativa de força transformadora às suas normas – o que deve acontecer a partir da instituição de uma nova ordem sob a qual as políticas públicas mantenham-se em conformidade com os objetivos sociais constitucionalmente estabelecidos. Esse entendimento é parte da tese construída por Canotilho sobre o constitucionalismo dirigente. O mesmo autor, vinte anos mais tarde, realiza uma revisão da sua doutrina de modo a expor algumas das suas fragilidades diante do contexto sociopolítico e jurídico contemporâneo. Este artigo analisa o dirigismo constitucional, bem como as construções reflexivas posteriores sobre o assunto, e aponta qual teoria é a mais adequada para efetivação do Direito à saúde no Brasil.

Palavras-chave: Dirigismo constitucional, José canotilho, Política pública, Direito à saúde, Saúde pública

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Constitution has programmatic nature and this reveals the expectation of a transforming force attributed to its rules - which should happen from the establishment of a new order by which public policies are lined up with the hard core of social objectives. This view is part of the thesis written by Canotilho on constitutional dirigisme. The same author, twenty years later, conducts a review of his doctrine to expose some of its weaknesses due to the current socio-political and juridical context. This article analyzes the constitutional dirigisme, together with its critics, and points out which theory is the most adequate in order to provide effectiveness for the Right to health in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional dirigisme, José canotilho, Public policies, Right to health, Public healthcare

INTRODUÇÃO

Os textos constitucionais carregados de programaticidade foram observados pela constituição mexicana de 1918, adotados pela carta magna portuguesa de 1976 e são a essência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em vigor até os dias de hoje. Quase um século, apenas nessa simplória demonstração histórica, representa a expectativa, temporalmente traduzida, que foi depositada na força transformadora das normas constitucionais, as quais, nesse contexto, vieram para impor uma mudança radical na abordagem dos problemas políticos, econômicos e culturais. Ocorre que, uma constituição dirigente, que defina fins e objetivos para o Estado e para a sociedade, está suscetível ao questionamento constante sobre a vulnerabilidade e a vinculatividade de seus preceitos, sobretudo os relativos aos direitos sociais.

É nesse contexto que, diante da emergência da carta portuguesa de abril de 1976, o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho se viu diante do desafio de trabalhar a unidade substancial da Constituição, de modo a mostrar o valor normativo e o caráter vinculante do conjunto de proposições programáticas e reiterar a necessidade de interpretação e aplicação integrada de suas normas – tendo publicado sua tese de doutoramento “Constituição dirigente e vinculação do legislador” em 1982. A tese constitutiva da obra foi de que as normas constitucionais programáticas não se traduzem em promessas, programas ou meros preceitos políticos desprovidos de vinculação – mas são dotadas do mesmo valor jurídico que as outras dispostas no texto constitucional.

Sua natureza é voltada à vinculação do legislador à imposição de emanar leis fixadoras de prestações positivas; e do Poder Executivo à disponibilizar os serviços e atividades e meios necessários para a concretização do previsto. Essa proposta é uma tentativa de legitimação material da carta magna por meio das finalidades de caráter social e atribuições definidas no texto constitucional – voltadas para a instituição de mudança social impactante e positiva, bem como estabelecimento de uma nova ordem econômica que direcione as políticas públicas em conformidade com os objetivos constitucionalmente relevantes.

Não obstante, posteriormente, em 2001, no prefácio da 2ª edição de sua obra, Canotilho debruçou-se sobre as críticas veiculadas contra sua Teoria do Constitucionalismo Dirigente e

propôs uma revisão, à vista das modificações no contexto histórico e jurídico lusitano, considerando maior influência da democracia e a integração de uma noção de legitimidade procedimental. A essa segunda tese, atribuiu o título de “Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”, contra a estagnação e o engessamento supostamente causados pelo caráter programático da constituição dirigente.

Muita polêmica se atribuiu à notícia da suposta morte do dirigismo constitucional, mas o próprio autor manifestou o entendimento de que esse caráter deve ser analisado à vista das peculiaridades históricas e sociais da realidade presente em cada Estado. É inegável que o constitucionalismo português influenciou o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro e que a discussão acima referida tem grande relevância até os dias de hoje.

Um grande desafio da República Federativa do Brasil é a implementação da saúde pública nos termos dos preceitos estabelecidos constitucionalmente, ou seja, de forma integral, universal e igualitária. Em parte, o problema está posto porque segmentos do Poder Executivo entenderam, inicialmente, que a previsão do artigo 196, da CRFB/1988, contém uma simples programaticidade do direito à saúde, um objetivo a ser perseguido, em oposição à imperatividade normativa que foi emprestada à regra pelo Poder Judiciário.

É intuitivo que um dos reflexos da eficácia jurídica reconhecida à norma, em contraponto às carências do SUS, as quais redundaram num desatendimento das demandas (ações materiais de procura), foi a multiplicação das demandas de saúde.

O presente trabalho apresentará, à luz da necessidade de efetivação do direito à saúde no atual cenário jurídico e social do Brasil, qual a tese vencedora – uma vez contrapostas a da constituição dirigente e a do constitucionalismo moralmente reflexivo.

1 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

A doutrina de Canotilho, construída ao longo da tese de doutorado publicada em 1982, considerou a Constituição de Portugal (1976), emergida logo posterior ao regime de Salazar, cujo cunho é socialista. Não era esse o quadro que vigia no Brasil, por ocasião dos trabalhos relativos à Constituição Federal de 1988, embora ambos os países, quando do advento das

suas constituições aludidas, apresentassem democracia incipiente e economia fragilizada (pobreza acentuada e industrialização insuficiente, com sobrepeso agrícola).

Lá havia uma ascensão acentuada da esquerda por força da “Revolução dos Cravos” (MENDES, 2009, p. 3). Aqui, a influência da esquerda foi mitigada pela participação de outras tendências, tudo na cadência de uma abertura política permitida pelo Regime Militar – a partir do Presidente Geisel, sucedido por Figueiredo – e animada pelos movimentos populares, notadamente, a “Diretas Já”. Lá, Salazar despencou. Cá, viu-se uma abertura política “lenta, gradual e segura”, sustentada pela Lei da Anistia. Coube ao Presidente José Sarney (Tancredo Neves, o eleito, faleceu antes da posse) acentuar a redemocratização pátria.

Ocorre que o liberalismo, na qualidade de “concepção estatal balizada pelas pretensões oriundas do homem enquanto ser individualizado”, em cujas atividades administrativas devem “preocupar-se com um espectro mínimo da vida político-social” deixou de ser suficiente para a população. Os indivíduos não mais estavam satisfeitos, no Brasil, com a mera proteção das liberdades civis, pessoais, da ordem, da segurança e da propriedade privada. (HOFFMAM et al., 2011, p. 105)

O Estado Liberal, de natureza conservadora, é estático, portador da tarefa única de *government by the law* – o que denota uma inadequação estrutural dos poderes públicos. (BERCOVICI, 1999, p. 36). Ocasinou, em *terra brasilis*, significativa concentração de renda, desigualdade social ímpar, juros bancários estratosféricos, controle estatal da liberdade de expressão (na esteira do Ato Institucional nº 5) e falta de acesso da população à educação básica de qualidade e à saúde, sem falar em outras desilusões.

Como a revolução foi da burguesia, e não do povo – ao qual prometeu liberdade, igualdade e fraternidade mas confinou-o à indigência, não mais nas mãos do soberano, todavia nas suas (SANTOS *apud* HOFFMAM et al., 2011, p. 105) – o Brasil não tinha um ideal socializante que objetivasse um modo de produção coletivo. Assim, havia anseios de implementação de um Estado do Bem Estar Social limitados a um quadro de Estado Democrático (e Social) de Direito. É nesse ponto da história, ensinam Moraes e Streck (*apud* HOFFMAM et al., 2011, p. 107) que:

[...] a teoria jurídico-estatal ganha um caráter transformador das circunstâncias político-sociais, perpassando assim, o feitiço mantenedor do *status quo* – característica do Estado Liberal – bem como, o de mero adaptador das condições sociais a um melhoramento superficial – Estado Social.

Daí a oportunidade para o epíteto de “Constituição Cidadã”, cunhado pelo presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães. O Direito assume o papel de vinculador do próprio Estado na busca pelo eixo transformador das condições sociais. Registre-se que a lição pontual de Bercovici (1999, p. 37):

A função do Direito num Estado de Direito moderno não é apenas negativa ou defensiva, mas positiva: deve assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural. O Estado de Direito atual não se concebe mais como anti-estatal. [...] O arbítrio dos poderes públicos é evitado mediante a reserva da lei e do princípio democrático, característico do Estado de Direito. [...] a liberdade é inconcebível sem a solidariedade, e a igualdade e progresso sócio-econômicos devem fundar-se no respeito à legalidade democrática. [...] O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal.

Nesse contexto, “a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido como seu todo dirigente-valorativo-principiológico”. (STRECK, 2005, p. 40),

As demandas sociais surgem de um contexto plural e complexo, de uma população em estado de inconstância que anseia ver materializada seus direitos. Com a população sequiosa de melhoria, é compreensível que a liderança política tenha se valido das lições do Professor lusitano, que apurou e defendeu como uma constituição pode vincular o governo, i. e., como pode compeli-lo à efetivação da justiça social – a motivação é clarividente. “É a Constituição que fixa os princípios e diretrizes sob os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas do Estado, mas não se limita a ordenar apenas a vida estatal, regulando também as bases da vida não-estatal”. (HESSE *apud* BERCOVICI, 1999, p. 36) Hoffmam et al. (2011, p. 111) registra que:

[...] a Constituição brasileira de 1988 adentra o signo do dirigismo constitucional compromissada com os anseios de uma sociedade abandonada em suas necessidades, não ficando apenas limitada à definição de questões meramente políticas. Aquela invade o âmbito econômico e social preocupada em concretizar/garantir direitos, bem como em cumprir as promessas incumpridas da modernidade. Desta maneira, constitui-se não só uma nova Constituição, como também um novo Direito, capaz de garantir a substancialidade constitucional.

Daí o constituinte originário brasileiro ter adotado um texto extenso, com regras e princípios tendentes a promover uma igualdade substantiva das pessoas, num quadro democrático. A Carta de 1988 surge como instrumento de resposta às demandas da sociedade. O volume da Constituição brasileira é explicado pela tentativa de revestir determinados institutos e direitos com uma proteção especial. (BONAVIDES, 1996, p. 74)

Na lição de Canotilho (2001, *passim*), uma constituição dirigente estabelece um plano para o futuro, a ser efetivado realmente, i. e., prescreve direitos prestacionais correspondentes a um dever estatal e garante igualdade de oportunidades às pessoas. “A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população.” (SILVA *apud* BERCOVICI, 1999, p. 36)

Assim, ao contrário de limitar-se a boas intenções, ela – com densidade obrigacional – impulsiona o legislador a editar normas, como a Lei n. 8.080/90, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, embora não o engesse, ou seja, não lhe retire um espaço de conformação bastante amplo.

Quanto a isto, deve ser entendido que a constituição dirigente não retira do legislador as prerrogativas próprias de governo, ou seja, não angustia as suas possibilidades optativas e plurais, tampouco pretende representar uma espécie de regulamento próprio de um agente administrativo. Nesse sentido, Souza (2008, p. 19-20) explica:

Confere-se, portanto, ao legislador ordinário uma margem de atuação relativamente ampla, que pode ser traduzida, dentre outros desdobramentos, na atividade criativa de ponderar os fins estabelecidos na Constituição, de realizar escolhas, selecionar os meios que entender mais adequados para a consecução das tarefas e para a realização dos fins, além da possibilidade de deliberação sobre qual ou quais finalidade devem prevalecer no momento que a lei é elaborada.

Ou seja, a Constituição fornece fundamento e norte para o legislador, isto por meio da fixação da necessidade de políticas públicas que incluem prestações positivas (v. g., Direito à educação básica, Direito à saúde). “Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material.” (BERCOVICI, 1999, p. 40)

Sobre essa relação singular do legislador (e mesmo do Executivo, mas, principalmente daquele outro) com uma constituição dirigente, registre-se a lição extraída do voto do Ministro Edson Fachin, na ocasião do julgamento do RE 591.581-RS, de repercussão geral, julgado em 13 de agosto de 2015, publicado em agosto de 2016:

A Constituição dirigente, que não esgota em si mesma o seu conteúdo direcional, é também política. Ela só se realiza plenamente através da atuação do Poder Legislativo (produção de leis) e do Poder Executivo (criação e execução de políticas públicas).

Em síntese, a constituição dirigente é integrada por normas programáticas, as quais vinculam o legislador, a administração pública e a jurisdição, impondo a implementação e a efetivação das políticas públicas nela previstas e proibindo atos contrários à normatização nela contida.

2 A REFLEXÃO DO NOVO MILÊNIO

As alterações que as sociedades vêm sofrendo, em termos de intensidade, no campo das Ciências Sociais, talvez só encontrem paralelo nas que o mundo vem sofrendo na área das Ciências Naturais (meio ambiente etc.).

A queda do socialismo, com o desfazimento da União Russa Socialista Soviética – URSS, a formação de blocos continentais como a Comunidade Européia, a queda do Muro de Berlim, o acirramento do conflito do Oriente com o Ocidente, os problemas apresentados pelas maiores economias mundiais, inclusive a dos EUA, tudo isso teve e tem o potencial de interferir no modo de ser das sociedades, nas suas prioridades e nas dos respectivos Estados.

A influência das modificações implementadas em Portugal, pelo seu ingresso na Comunidade Europeia, entre outras, evidentemente, repercutiram na Constituição portuguesa, a qual foi objeto de emendas. Ocorreu que Canotilho, no prefácio à segunda edição do seu livro “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, inseriu uma redação que gerou controvérsia acirrada entre os constitucionalistas e repercutiu em toda a comunidade jurídica luso-brasileira.

A significância do conflito pode ser atribuído ao fato de que é grande a influência das ideias do Professor nas atividades governamentais e administrativas, no âmbito dos três poderes e

esferas. Assim, salta aos olhos o potencial de dificuldade gerado pelo anúncio do suposto óbito:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de <<linha Maginot>> contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas à “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais. (CANOTILHO, 2001, p. XXIX-XXX)

Vê-se, portanto, que o que ocorreu, na realidade, foi uma inclusão do i. Professor, na sua teoria, de observações notadas posteriormente – justificadas, principalmente, pela mudança do contexto português e europeu, lócus da sua atenção. Ou seja, o que pretendeu o Mestre foi alertar os juristas para o fato de quem nem mesmo uma constituição dirigente pode ser impenetrável ou engessada, tem que admitir influências intrínsecas à modernização da sociedade e, portanto, do Direito.

O constitucionalista coimbrese deu a entender que a Constituição dirigente estaria morta “se”, e somente se, (logo, utilizou-se de conjunção subordinativa condicional) o seu (dela) dirigismo, i. e., suas normas programáticas, fossem reputadas como capazes de, revolucionariamente, atingir, por si mesmas, os seus objetivos, e, também, caso se tornasse refratária à mudança de contexto social e à interação internacional.

Lecionou, com a ênfase literária, a necessidade da interação, de flexibilização para atendimento a inovações (referência negativa, no caso, à “linha de caminho de ferro”), mas, defendeu que as constituições devem manter as “premissas materiais fundantes das políticas públicas”, i. e., um *núcleo duro*, por assim dizer, necessário à preservação de um Estado de direito, democrático e social e de uma sociedade que pretenda ter esse matiz. Na sua revisão, Canotilho considerou que houve um exacerbamento do conteúdo revolucionário das constituições, em prejuízo do pluralismo político. Em tese, foi atribuída maior rigidez do que seria sadio para o desenvolvimento da sociedade. “Uma das críticas mais comuns feitas à

concepção de constituição dirigente é a de o texto constitucional promover de tamanha forma o dirigismo estatal que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política.” (BERCOVICI, 1999, p. 40)

Essa crítica, no Brasil, é formulada incisivamente pelo Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem as previsões de políticas públicas devem ser expurgadas da CRFB/1988 para que o cidadão possa escolher como quer ser governado, além da escolha que faz, de governantes. (SOUZA, 2008, p. 24)

Não obstante esse pensamento, se em Portugal pode-se considerar que a Constituição dirigente cumpriu o seu papel, evidentemente, não é a situação do Brasil onde, apesar da consolidação do Estado Democrático de Direito, a desigualdade social impera, educação deixa muito a desejar quantitativa e qualitativamente e, principalmente, a saúde pública está manca, para ficar nesses três exemplos apenas.

Em texto no qual criticam as políticas públicas neoliberais de ajuste fiscal, Bercovici e Massonetto (2006, p. 72-73), inclusive, destacam que:

A crítica feita à constituição dirigente pelos autores conservadores diz respeito, entre outros aspectos, ao fato de a constituição dirigente “amarrar” a política, substituindo o processo de decisão política pelas imposições constitucionais. Ao dirigismo constitucional foi imputada a responsabilidade maior pela “ingovernabilidade”. O curioso é que os críticos entendem que são apenas os dispositivos constitucionais relativos a políticas públicas e direitos sociais que “engessam” a política, retirando a liberdade de atuação do legislador. Com efeito, os mesmo críticos da constituição dirigente, são os grandes defensores das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais.

Ou seja, revelam o que deve ser observado com olhos de águia: outras preocupações, que não a supremacia do interesse público, por trás da censura endereçada à Constituição dirigente. Em outras palavras, vejam só, aquela é entendida como prejudicial aos interesses nacionais, enquanto a “constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade do país.” (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 73)

“Subjacente à essa tese da Constituição como mero ‘instrumento de governo’, está o liberalismo e sua concepção equivocada de separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado-mínimo”. (BERCOVICI, 1999, p. 37) A Constituição, no entanto,

não se limita à ideia do Estado. Ela é a lei fundamental da sociedade. (CANOTILHO, 1993, p. 79-82)

A teoria do direito reflexivo postula que o Estado não tem mais capacidade de regular a sociedade considerando as especificidades da sua condição contemporânea. Mas, “na realidade, o que pretendem os atuais críticos da Constituição é a volta ao Estado mínimo do liberalismo do século XIX”. (BERCOVICI, 1999, p. 42)

Não obstante, essa concepção ignora importantes evoluções na esfera do Direito Privado que já estão sedimentadas, como: relativização dos direitos privados pela função social; bem-estar coletivo como responsabilidade do indivíduo; direitos individuais condicionados à construção do bem comum; e perda do valor da autonomia privada em face da necessidade de realização de interesses e funções socialmente úteis. (PERLINGIERI *apud* BERCOVICI, 1999, p. 42-43)

De acordo com Canotilho, na tentativa de balanceamento, a atenção deve ser direcionada para buscar ponderar, na construção do ordenamento jurídico, medidas liberais e estatais a fim de que o texto constitucional continue refletindo a sociedade, a República e, simultaneamente, não se transforme em instrumento totalizador, comunicador de uma realidade unidimensional. Uma vez que os textos constitucionais de cunho dirigente “perderam a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade, não mais diretiva” (*apud* BERCOVICI, 1999, p. 41)

Essa “crise de reflexividade”, fruto da revisão de Canotilho, entretanto, não macula o Direito pátrio. Exemplo disso é a EC n. 45/2004, a qual confere equivalência constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Procedimento que permite a permeabilização do ordenamento jurídico brasileiro e, assim, a introdução das normas oriundas do processo de evolução das sociedades.

Ressalvado isso, ou seja, a necessidade de estar vigilantes quanto ao engessamento do ordenamento jurídico, o abrandamento do dirigismo da Constituição, no Brasil, não tem cabimento, haja vista que a normatividade dela está a braços com o conservadorismo e que os

valores nela consagrados ainda não foram suficientemente efetivados. Sem o norte da Constituição dirigente, essa efetivação não ocorrerá. Na tardia democracia brasileira, “o <<mundo ambiente>> condiciona decisivamente os problemas jurídicos-constitucionais” (CANOTILHO 2001, p. 10) e, portanto, a Constituição deve “constituir-a-ação” (STRECK, 2002, p. 18).

3 O NECESSÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

É notório que, tanto a CRFB/1988 – enquanto paradigma jurídico-político – quanto o Estado Democrático (e Social) de Direito – enquanto paradigma jurídico-estatal – não atingiram seus objetivos de profunda transformação social, “pelo menos por completo – provocando um déficit de concretude da Constituição”. (HOFFMAN et al., 2011, p. 108)

“O caráter programático suscita problemas específicos que põem em jogo a força normativa da Constituição, pois implica que se confie a concretização a instâncias políticas, dependendo da vontade dos detentores do poder políticos.” (BERCOVICI, 1999, p. 39)

“Aqui, o Estado Moderno – Estado Social – não passou de um simulacro espaço-temporal, deixando como herança somente promessas incumpridas.” (HOFFMAN; CAVALHEIRO, *apud* HOFFMAN et al., 2011, p. 114) Essa crise substancial da Constituição significa ineficácia estatal na concretização das garantias e dos direitos fundamentais – que restam atrelados aos ditames do formalismo, à margem da materialização tão ansiada. Esse constante questionamento da eficácia da Constituição admite críticas no sentido de ter se tornado uma ferramenta simbólica, um simulacro.

Assim o é, principalmente, em relação ao Direito à saúde pública no Brasil. A Constituição Cidadã, em 1988, previu a seguridade social englobando a assistência, a previdência social e a saúde pública – Título VIII, Capítulo II, artigos 194 a 200 – e criou o Sistema Único de Saúde – SUS (artigo 198, CRFB/1988). As ações e serviços de saúde, no âmbito do SUS, foram reguladas, em todo o território nacional (lei nacional), pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

A gratuidade da prestação do serviço de saúde, em conjunto com a integralidade e a universalidade, independente do pagamento de contribuições específicas, destaca-se como uma das principais conquistas sociais trazida pela nova Constituinte. A Carta Magna manteve a saúde pública ligada à seguridade social, como pensada inicialmente, todavia, retirou daquela o caráter securitário.

Porém, existe um distanciamento entre o mundo idealizado pelo *dever-ser* e a dimensão do *ser*, ou seja, o mundo dos fatos. Nesse, as coisas acontecem de acordo com a mecanicidade da natureza. Hans Kelsen (1998, p. 5) explicou que “ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é [...] se distingue essencialmente do enunciado: algo dever ser [...] e que da circunstância [...] de que algo deve ser se não segue que algo seja”.

O que significa que, notoriamente, a existência de um mandamento legal que obrigue determinado comportamento não implica, necessariamente, na sua observância, por parte dos indivíduos ou, até mesmo, por parte do Estado, de maneira integral. Barcellos (2002, p. 96) ressalta que “Como registrado por Hans Kelsen, há uma distância entre *dever-ser* e a realidade que ele quer transformar, distância essa que varia no tempo e no espaço”.

Verifica-se esse distanciamento no que tange à saúde brasileira, com a norma constitucional garantindo o direito à saúde de maneira universal, integral e igualitária (*dever ser*) e com a Administração Pública atendendo a demanda apenas em parte (*ser*). Os serviços de saúde hoje disponibilizados pelo SUS estão muito aquém do complexo sistema de atendimento previsto pela CRFB/1988.

Hesse (*apud* BERCOVICI, 1999, p. 44) afirma “que a força normativa de uma constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática”, mas, infelizmente, acredita-se que essa “vontade de constituição” é quase nula nos representantes da República, com a exceção da atuação que o Poder Judiciário veio a exercer na garantia do Direito à saúde somente mais de 10 (dez) anos após a sua previsão constitucional.

De acordo com Bonavides (1996, p. 345-348), a crise vivida sob a égide da CRFB/1988 não é uma crise de materialidade substancial da Carta Constitucional, enquanto, na verdade, é um colapso de Estado, governo e sociedade. A ilegalidade em análise deriva de múltiplos fatores. Exemplificativamente, a administração pública tendeu a interpretar a regra do art. 196 da CRFB/88, a qual prevê que “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, como norma

programática. “A crise constitucional se desenvolve de forma mais aguda nas normas de natureza programática. Elas não conseguem ter eficácia positiva ou negativa, nem conseguem concretizar o conteúdo previsto no texto constitucional através da obrigatoriedade.” (AGRA *apud* HOFFMAN et al., 2011, p. 109)

Ou seja, enquanto Executivo e Legislativo deveriam pautar a sua atuação funcional no rol de direitos e deveres instituídos pela Constituição, como a integralidade, universalidade e gratuidade da saúde pública, muitas vezes atribuem-lhes caráter meramente enunciativo, esvaindo o seu conteúdo substancial. Não obstante, em consonância com Bercovici (1999, p. 43-44), entende-se que:

A concepção simplista que considera inexistente ou de irrelevância social os textos legais carentes de eficácia normativa deve ser rejeitada. Todas as normas constitucionais, inclusive as normas programáticas, são dotadas de eficácia vinculante. [...]

À vista da postura dos citados Poderes, em conjunto com o fato dos valores e princípios cunhados na Constituição serem dotados, muitas vezes, de imprecisão e indeterminação conceitual, foi aberto espaço para o desenvolvimento de uma ampla jurisdição constitucional, marcada pelas preocupações do Neoconstitucionalismo. Especialmente, conforme registram Leal e Gervasoni (2011, p. 98):

Esses fatores serão (também) responsáveis pela condução do Poder Judiciário (e, notadamente, da jurisdição constitucional) a um protagonismo (mais vinculado à judicialização) e a um papel por vezes ativo (mais vinculado à noção de ativismo judicial), não livre de críticas e divergências.

Diante de uma Constituição tida como dirigente, observa-se, então, que o papel do Poder Judiciário não mais se reputa como tradicional expectador inerte, pelo contrário, cabe à ele a luta contra o esvaziamento substancial e material da Carta Magna. Nesse sentido, Leal e Gervasoni (2011, p. 106) registram que “[...] o Judiciário é tão responsável quanto os demais Poderes estatais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”.

No que tange ao Direito à saúde pública brasileira, verifica-se que surge a necessidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário justamente em razão da ineficácia estatal em realizar as políticas públicas segundo as determinações constitucionais, “sejam em função

da limitação decisória decorrente dos mecanismos tradicionais de representação, seja em decorrência da rediscussão do papel de interferência do Estado na sociedade”. (BREUS *apud* LEAL; GERVASONI, 2011, p. 109)

No entanto, pode ocorrer que não haja equivalência entre os interesses particulares do Estado (interesse público secundário) e interesses públicos propriamente ditos. Assim, não se deve entender que o Estado é o único protagonista na elaboração das políticas em análise, pois sofre a influência de grupos variados de Poder, como mídia, setores econômicos organizados, igrejas, sociedade civil organizada etc. Fato é que o Estado, detentor do poder político centralizado, gozando da legitimidade que a Constituição Federal lhe atribui, no exercício da sua competência material, age na coletividade por meio das políticas públicas e, simultaneamente, sofre a influência da opinião da mesma coletividade sobre o assunto, de modo que há um dinamismo entre Estado e as referidas políticas – reflexo bilateral. (SANTOS, 2014, p. 230-231)

Sua elaboração e execução resulta da atuação de atores governamentais e não governamentais vários, envolvendo formulação, implementação propriamente dita e avaliação – etapas que se retroalimentam. Este também é o entendimento de Gelis Filho (2004, p. 2), que reconhece a importância da sociedade civil organizada e conceitua a política pública como sendo:

[...] o processo de busca, seleção e de efetivação de soluções para problemas enfrentados pela sociedade e considerados prementes a ponto de merecerem prioridade de ação sobre outros, processo este cujo centro de poder decisório encontra-se no governo. Esta definição foge da limitação de algumas outras por não restringir o conceito de política pública ao âmbito do governo, ao mesmo tempo em que reconhece a importância deste no processo.

Prega-se que quando e onde o processo político (Legislativo e Executivo) falhar ou se omitir em tão elevada tarefa, ou seja, na implementação das políticas públicas e dos princípios e objetivos estabelecidos constitucionalmente, a via judicial é idônea e deve apresentar-se com atitude ativa na persecução desses fins sociais, “impondo-se uma atuação jurisdicional de correição de prestações dos serviços sociais básicos”. (STRECK *apud* LEAL; GERVASONI, 2011, p. 109)

Quando o Estado-juiz decide numa lide que envolva política pública, nos limites das suas competências institucionais, pode-se dizer que há um exercício democrático. Trata-se, portanto, da judicialização, definida por Barroso (*apud* SANTOS, 2014, p. 234) como desate,

pelo Poder Judiciário, de “questões de larga repercussão política ou social [...]”, a qual não se confunde com um ativismo, compreendido como a ação que ultrapassa os lindes da atuação regular. Em suma, Santos (2014, p. 234) registra que:

Constata-se então que há uma difusão da ideia de que ativismo judicial e decisão judicial sobre políticas públicas seriam a mesma coisa – e não são. O ativismo judicial corresponde a uma atuação jurisdicional que transbordaria os limites constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico, o que, de fato, não seria da natureza da atividade julgadora; mas nenhuma relação tem isto com a judicialização, já que esta pressupõe o respeito a estes limites.

A diferença entre a judicialização e o ativismo judicial tem a ver, segundo a doutrina, com a observância à garantia do mínimo existencial, da proporcionalidade, das premissas democráticas e da reserva do possível, quanto ao que a primeira atua como limite mínimo, intransponível para menos, e a última como teto, limite máximo. Para manter-se na judicialização, o juiz deve balizar a sua atuação conforme esses princípios.

Em oposição às correntes extremistas, as quais sustentam que, a um, o Poder Judiciário tem plena competência para interferir em toda e qualquer política pública, indiscriminadamente, sempre que tratar de maior ou menor garantia de direitos e garantias fundamentais (e quando não tratará?); ou, a dois, que o Judiciário não pode intervir de nenhuma forma por serem as políticas assuntos reduzidos ao Executivo e Legislativo, cuja legitimação advém do voto popular; sustenta-se aqui o entendimento de que é possível e, além, imperiosamente necessária, a intervenção judicial para:

[...] garantir a integridade e intangibilidade no núcleo consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais a prestações e ao princípio da vedação ou proibição do retrocesso social, estando condicionada, contudo, à reserva do possível, isto é, à capacidade econômico financeira do Estado para a sua imediata implementação. (grifei) (LEAL; GERVASONI, 2011, p. 109)

É indiscutível o fato de que a saúde é uma dessas condições indissociáveis da efetivação do Direito à vida de um indivíduo, bem como do Direito à dignidade da pessoa humana. À vista desse paradigma, o Judiciário brasileiro posicionou-se pela implementação concreta do Direito à saúde nos moldes previstos pela CRFB/1988.

Em análise da jurisprudência do STF, constata-se que o primeiro apelo a chegar na Suprema

Corte sobre o direito à saúde foi decidido em 29 de junho de 1999, no Recurso Extraordinário nº 242.859, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Tratava-se de recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, inconformado com a sua condenação a entregar o remédio *Invirase* (*Saquinovir*) para indivíduo portador de HIV – vírus da imunodeficiência humana. Ao fim, o recurso não foi conhecido, à vista do entendimento da Primeira Turma de que, alheio ao fato de o medicamento não constar da lista de remédios padronizados pelo Estado, a obrigação de sua prestação ao autor não configurava violação dos arts. 5º, I, e 196 da CRFB/88. (BRASIL, STF, 1999) Evidente que se o Poder Judiciário não tivesse tido uma postura pró-implementação da regra, isso teria desmotivado as pessoas de procurarem o serviço de saúde nos casos em que a Administração Pública negasse sua prestação. Não foi, porém, o que se verificou.

Num quadro epidêmico da AIDS e de movimentação social pró-direitos dos portadores do vírus HIV, em que medicamentos em uso nos Estados Unidos da América não eram disponibilizados pelo SUS, o Supremo Tribunal Federal, garantindo a eficácia da previsão constitucional do direito à saúde, decidiu da seguinte forma no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286 (BRASIL, STF, 2000):

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA 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[...]. Precedentes do STF.

Destaque-se que, quando do julgamento, o Ministro Relator Celso de Mello proferiu voto no sentido de que a obrigação do Município de entregar o medicamento objeto da demanda derivava, em parte, da citada Lei Estadual, a qual previa o fornecimento de remédios excepcionais à população carente e, assim, estabelecia critérios de efetivação do artigo 196 da CRFB/88. Não obstante, apesar de seu posicionamento ainda prudente, registrou o caráter impositivo da norma constitucional e “construiu os alicerces da jurisprudência nacional do

direito à saúde” (LEIVAS, In: SARMENTO; SARLET, 2011, p. 636). Veja-se:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva [...] Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positividade dos direitos sociais [...] recais sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. (BRASIL, STF, AgR-RE nº 271.286, 2000)

Sairia daí o entendimento, à época ainda embrionário, da eficácia imediata da regra constitucional do direito à saúde. Sarmiento (In: LEITE; SARLET, 2009, p. 29) ressalta que:

[...] logo após a promulgação da Constituição de 88, havia um profundo hiato entre o campo doutrinário, que cobrava a efetivação da Constituição pela vida judicial, e a jurisprudência do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta.

No entanto, na ocasião do mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio já foi mais claro no sentido dessa imediatidade. Veja-se:

O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, STF, AgR-RE nº 271.286, 2000)

A linguagem incisiva da Corte Suprema, pró-efetivação do direito à saúde, com prestação positiva, mesmo que reconhecendo o matiz programático da norma do art. 196 da CRFB/88 teve, evidentemente, uma finalidade pedagógica, qual seja, a de afastar a linha interpretativa própria da doutrina conservadora que retirava da regra a imperatividade e a tachava de impraticável. A decisão acima referida, oriunda da Corte Constitucional, portanto, de colegiado de importância ímpar, foi sobretudo relevante uma vez que sinalizou para os demais membros do Poder Judiciário, assim como para os demais Poderes da República, a interpretação que deveria prevalecer, acerca do artigo 196 da CRFB/1988. Nesse sentido, em consonância com o entendimento de Leal e Gervasoni (2011, p. 107):

[...] afirma-se que o Estado Democrático de Direito depende muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que procedimentos legislativos e administrativos, ainda que não se possa esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais.

É notório que a saúde pública brasileira deixa muito a desejar. Circunstância fática que vem ao encontro do pensamento de Canotilho quando assume que a Constituição dirigente é incapaz de “só por si, operar transformações emancipatórias” (2001, p. XXIX-XXX) – reflexo do inerente distanciamento entre o mundo do *ser* e do *dever-ser*. Isto não quer dizer, porém, que se possa prescindir da mesma na República Federativa do Brasil. “As teorias redutoras da Constituição a mero instrumento de governo são insuficientes, pois hoje se constata que organizar e racionalizar os poderes pressupõe alguma medida material para o exercício desses poderes.” (BERCOVICI, 1999, p. 38)

Pelo contrário, se existe ineficiência da prestação estatal no que tange a direitos sociais ainda que sob a égide de uma Constituição dirigente, não se quer pensar em um Brasil cuja Administração não esteja vinculada à prestações positivas e, portanto, não possa ser cobrada pelo cidadão ou pelo Poder Judiciário. “A definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política conjuntural dos governos”. (GRAU *apud* BERCOVICI, 1999, p. 40)

Compreende-se que apesar do Judiciário brasileiro, de modo geral, ter se posicionando pró efetivação do referido direito, isso, por si só, não significa que a isonomia, a universalidade e a integralidade estejam suficientemente garantidas pelo Poder, o que demandaria que ações civis públicas e ou ações coletivas tivessem maior efetividade do que demandas individuais.

Seja como for, indubitavelmente, a Constituição dirigente é utilíssima e manifestamente necessária para a política pública de saúde nacional, pois há setores reacionários da coletividade contrários ao SUS; falta de sensibilidade das elites nacionais para com os anseios da sociedade; bem como, muitas vezes, ausência de interesse político dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de direitos sociais. Isso, agravado por uma tradição de Estado Liberal (Carta Magna 1967 com EC 1969) insensível aos referidos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição dirigente não retira do legislador e do Executivo as prerrogativas próprias de governo. Ao contrário dessa crítica, o dirigismo não substitui a política, mas atribui valor

material e norte para a atividade administrativa. O entendimento prevalecente do Poder Executivo é de que a previsão do artigo 196, da CRFB/1988, contém uma simples programaticidade do direito à saúde, um objetivo a ser perseguido, sem a imperatividade normativa que foi emprestada à regra pelo Poder Judiciário.

No Brasil, em sede de política pública de saúde, prevalece a teoria da Constituição dirigente em face do estado incipiente de efetivação do direito correspondente, à vista da resistência do Estado à sua realização, seja em razão de dificuldades orçamentárias, seja motivada por deficiência de gestão ou interesses políticos alheios à supremacia do interesse público. Não há que se falar em morte do constitucionalismo dirigente quando há necessidade jurídica de vinculação do legislador a objetivos indispensáveis à consecução da justiça social e à observância de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente**: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr. jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A constituição dirigente invertida**: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas, Universidade de Coimbra*, v. 49, p. 57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 07 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 12 set. 2000. Publicado em: 24 nov. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 242.859**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Município de Porto Alegre e Rute Regina Serissol Nunes. Relator: Ilmar Galvão. Julgado em: 29 jun. 1999. Publicado em: 19 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257184>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13 ago. 2015. Publicado em: 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592581%2ENU%2E%2E+OU+592581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mc yx84r>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GELIS FILHO, Antonio. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde: uma Análise Empírica de Decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Trabalho apresentado no Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração. p. 1-14. 2004. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/~anpad/eventos.php?cod_evento=6&cod_edicao_subsecao=45&cod_evento_edicao=20&cod_edicao_trabalho=4920>. Acesso em: 11 jul. 2016.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes e NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O constitucionalismo principiológico como condição de possibilidade para a concretização dos direitos humano-fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, p. 101-119, jan. - abr. 2011. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6079/3346>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [tradução de João Baptista Machado] 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GERVASONI, Tássia Aparecida. **Neoconstitucionalismo e nova hermenêutica**: novas perspectivas acerca da (i)legitimidade da jurisdição constitucional na concretização de direitos à luz da teoria da separação dos Poderes. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 5, n. 17, p. 96-117, out. dez. 2011. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/17_Dout_Nacional_2.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Marcelo Barroso. **A constituição dirigente e a Constituição de 1988**. *Revista Virtual da AGU*, a. IX, n. 88, p. 1-9, mai. 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/83039>. Acesso em: 31 jun. 2016.

SANTOS, Paulo Ernani Bergamo dos. **Poder Judiciário e políticas públicas**. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 5, p. 217-238, 2014. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/93/72>. Acesso em: 11 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e oportunidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. **O princípio da proibição do retrocesso social e constitucionalismo dirigente**: a problemática da defesa dos direitos fundamentais sociais no Direito brasileiro. P. 1-49. Jun. 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/italo_roberto.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.