

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

CAROLINE GRACIOSA GUEDES

A (IM)POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO INTERVIR NAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS IMPLEMENTADAS PELO EXECUTIVO NA ÁREA DA SAÚDE

Florianópolis

2012

CAROLINE GRACIOSA GUEDES

A (IM)POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO INTERVIR NAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS IMPLEMENTADAS PELO EXECUTIVO NA ÁREA DA SAÚDE

Trabalho de Conclusão submetido ao  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina,  
como requisito à obtenção do título de  
Bacharel em Direito, nas áreas de  
Direito Constitucional e Direito  
Administrativo.

Orientadora: Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis

2012

Autora: Caroline Graciosa Guedes

Título: A impossibilidade do Poder Judiciário intervir nas Políticas Públicas implementadas pelo Executivo na área da saúde.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel de Direito  
pela Universidade Federal de Santa  
Catarina, aprovado com \_\_\_\_\_.

Florianópolis, Santa Catarina. \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

---

Professora Orientadora Mestra Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

---

Coordenadora do Curso Mestra Juliana Wülfig

Autora: Caroline Graciosa Guedes

Título: A impossibilidade do Poder Judiciário intervir nas Políticas Públicas implementadas pelo Executivo na área da saúde.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel de Direito  
pela Universidade Federal de Santa  
Catarina, aprovado com \_\_\_\_\_.

Florianópolis, Santa Catarina. \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

---

Professora Orientadora: Mestre Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

---

Membro da Banca Examinadora: Especialista Vinicius dos Anjos Borba

---

Membro da Banca Examinadora: Mestranda Lilian Patricia Casagrande

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus pais, e meus padrastos, que fizeram de mim a pessoa que eu sou, sempre me apoiando, incentivando, e estando ao meu lado. Me fizeram chegar até aqui. Sempre me ensinaram que somente com estudos, conhecimento e dedicação podemos fazer diferença em nossas vidas.

Aos meus avós maternos, por serem muito mais que segundos pais, por serem meus exemplos, por estarem presentes em toda a minha trajetória, por sempre me apoiarem, me motivarem e confiarem em mim.

Aos meus avós paternos (à minha avó, *in memoriam*), por toda cultura passada a mim, por todas as histórias de viagens e “lutas” cotidianas contadas nos finais de semana em sua casa.

À minha irmã, por apesar de me incomodar, sempre me ajudar nos momentos de desespero, por todas as caronas e por fazer do meu quarto sempre um lugar mais arrumado.

Ao meu namorado, por me ajudar em todo o caminho percorrido antes e durante essa graduação, por todo apoio e carinho, por todo o tempo que deixei de estar com ele para me dedicar a esse projeto, e mais ainda, por ser essa pessoa extraordinária que eu escolhi para estar do meu lado e amar.

À família do meu namorado, por todo o carinho e pelo apoio de sempre.

À minha orientadora, por ter me ajudado a realizar este trabalho e por ter sido uma grande influência na minha vida acadêmica.

A todos da 5ª Vara Cível, por todos os ensinamentos durante esse último ano. Vocês são especiais!

À Lá, por ter me aguentado mais que a minha própria família nesses cinco anos, por sempre me salvar na última hora, por organizar minha vida acadêmica, por ter enfrentado comigo a jornada dupla de universidades, pelas viagens no segundo semestre de 2010, pela amiga que és, enfim, por ser essa pessoa tão especial que eu tive o prazer de receber como um presente.

À Morcegada, turma querida, com quem tive o prazer de conviver nesse tempo, por tornarem os estudos muito mais divertidos.

E por último, mas não menos importante, às minhas amigas, Ana Sofia, Elisa, Isabella, Lívia, Priscila, Camila, Gabriella, Nayse e Clarice por me apoiarem em todas as minhas decisões e passarem esses últimos anos todos ao meu lado.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

Na presente monografia pretende-se demonstrar a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas da área da saúde, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos por parte do Estado. Parte-se da análise de aspectos constitucionais gerais, como o conceito de Constituição, suas possíveis classificações, para, em seguida, analisar o conceito e classificação de norma constitucional. Passa-se, no final do primeiro capítulo, ao estudo do direito à saúde no Brasil. Na segunda parte do trabalho, analisa-se o conceito de Estado, a separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos. Após, é relatado a função do Poder Executivo para fundamentar seu papel como garantidor das normas programáticas de direitos prestacionais. Por fim, estuda-se a atuação do Poder Judiciário nas ações que envolvem o fornecimento de medicamentos padronizados.

**Palavras-chave:** Direito fundamental, norma programática, separação de poderes, Estado garantidor

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO .....  | 11 |
| 1. CONSTITUIÇÃO E O DIREITO À SAÚDE .....   | 13 |
| 1.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE .....                                | 13 |
| 1.1.1 A Constituição .....  | 13 |
| 1.1.2 Classificação das Constituições .....   | 14 |
| 1.1.3 Norma Constitucional .....  | 16 |
| 1.2 AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DIREITOS SOCIAIS .....                    | 20 |
| 1.2.1 Gerações de Direitos Fundamentais .....   | 21 |
| 1.2.2 A classificação dos Direitos Fundamentais .....                                 | 23 |
| 1.2.3 Análise dos Direitos Sociais nas Constituições do Brasil .....                  | 24 |
| 1.2.4 Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988 .....                            | 27 |
| 1.3 DIREITO À SAÚDE.....  | 29 |
| 1.3.1 Histórico da saúde no Brasil .....  | 31 |
| 1.3.2 O Sistema Único de Saúde .....  | 32 |
| 2. ESTADO E AS NORMAS PROGRAMÁTICAS .....   | 34 |
| 2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ....                   | 34 |
| 2.1.1 Conceito de Estado .....  | 34 |
| 2.1.2 Do Estado de Direito até o Estado Democrático de Direito .....                  | 35 |
| 2.1.3 A separação de poderes .....  | 37 |
| 2.1.4 Sistema de freios e contrapesos .....   | 39 |
| 2.2 PODER EXECUTIVO.....  | 39 |
| 2.2.1 Chefe de Estado e Chefe de Governo.....   | 40 |
| 2.2.2 A função do Presidente da República .....                                       | 41 |
| 2.2.3 Os Ministros de Estado .....  | 42 |
| 2.2.4 A função administrativa do Executivo e a criação de Políticas Públicas.....     | 44 |
| 2.3 O ESTADO COMO GARANTIDOR DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS DE DIREITOS PRESTACIONAIS ..... | 45 |
| 2.3.1 A reserva do possível.....  | 48 |
| 2.3.2 O mínimo existencial.....   | 49 |
| 2.3.3 A regulamentação das normas programáticas na área da saúde .....                | 50 |

|   |    |
|---|----|
| 2.4 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM AÇÕES QUE ENVOLVEM O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS “PADRONIZADOS” ..... | 54 |
| CONCLUSÃO .....   | 58 |
| BIBLIOGRAFIA .....  | 62 |

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como âmbito de estudo as áreas de Direito Constitucional e Direito Administrativo, sendo seu tema a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas da área da saúde.

O método de abordagem utilizado no presente trabalho é o dedutivo, no qual se passa de conceitos gerais a análises particulares de determinado assunto. O método procedimental consistiu na realização de pesquisas teóricas em fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

O respeito ao direito fundamental, no caso, à saúde é incontroverso. A Carta Magna prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida através de políticas sociais e econômicas. Entretanto com certa inércia do poder público em criar tais políticas, foi necessária a chamada “judicialização da saúde”, com a qual o cidadão vai buscar na Justiça, o seu direito que deveria já estar positivado. Portanto é necessário o estudo do tema para que o judiciário não ultrapasse os limites de sua competência.

Um trabalho científico nesta área é relevante para analisar o real alcance do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, e por conseguinte, do direito fundamental à saúde, bem como para garantir segurança jurídica em prol do sistema público de saúde brasileiro, além de delimitar a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo.

É relevante que a Constituição da República Federativa do Brasil tenha traçado plano e metas para cumprir com os direitos sociais e é importante que o direito à saúde, com direito social, seja trazido à tona para ser satisfeito em prol de toda a sociedade.

Tendo em vista o anseio de indivíduos por todo tipo de medicamento para o tratamento das mais diversas moléstias e a impossibilidade do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) satisfazer todas essas necessidades particulares sem que haja uma organização para tal, configura uma lide que não observa políticas públicas já existentes.

A Constituição da República estabeleceu apenas normas programáticas para a efetivação do direito à saúde, e sendo este um direito fundamental, é essencial que se perceba como o judiciário deve agir diante da ameaça ou lesão a esse direito, pois a sua decisão pode gerar um grande prejuízo desnecessário ao erário.

É pacífico na jurisprudência e doutrina que a saúde a todos é dever do Estado, e que há solidariedade entre os entes públicos em cumprir tal dever. Porém pouco se discute sobre as políticas públicas já existentes para efetivar tal direito e o desrespeito às mesmas pelo poder Judiciário.

O interesse no tema foi despertado, primeiramente, pela afinidade com o direito administrativo e direito constitucional, e logo após, o estágio na Procuradoria Geral do Estado permitiu o acesso na prática a inúmeras ações nas quais o objeto era a saúde e que obtiveram diferentes decisões judiciais.

Esse estudo se iniciará com breves explicações de aspectos constitucionais gerais como o conceito e a classificação de Constituição e as classificações das normas constitucionais, para que se possa entender melhor os tipos de normas em que estão inseridas as previsões constitucionais do direito à saúde.

Logo após, será feita uma análise dos direitos fundamentais no Brasil, com destaque para o direito à saúde. Nesse ponto será feita uma explicação de como funciona o Sistema Único de Saúde previsto constitucionalmente.

No segundo capítulo, abordar-se-á o conceito e os tipos de Estado, vez que é fundamental identificar o tipo do Estado brasileiro. Após, estudar-se-á o princípio da separação de Poderes e como ele está inserido na prática atualmente.

É neste íterim que será relatado como é estruturado o Poder Executivo no Brasil e suas funções, tendo em vista a importância da possibilidade ou não da criação por este órgão de Políticas Públicas para complementar normas programáticas.

A partir desse ponto do trabalho é que se iniciará a tratar a possibilidade de o Estado poder garantir a efetivação das normas programáticas através das Políticas Públicas. Em seguida, será analisado como o Judiciário vem atuando ao julgar ações com esse objeto.

## 1. CONSTITUIÇÃO E O DIREITO À SAÚDE

### 1.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE

#### *1.1.1 A Constituição*

Para se falar em direito fundamental à saúde é preciso estudar onde os mesmos estão inseridos. Dessa forma, o conceito de Constituição é o ponto de início do presente trabalho.

José Gomes Canotilho classifica a constituição por dois sentidos distintos, quais sejam, histórico e moderno.

“Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político social.” (CANOTILHO, 2003, p. 53)

E ainda:

“Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Nas palavras de José Afonso da Silva (2009), como lei fundamental, a Constituição do Estado é quem organiza seus elementos essenciais em um sistema de normas jurídicas, que regulamenta a forma do Estado e de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Ou seja, a constituição seria o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 74) conceitua a Constituição como:

Do ponto de vista político, como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade;

Do ponto de vista jurídico, é preciso distinguir duas dimensões: Em sentido material, i.e. quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados;

Em sentido formal, i.e. quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo.

O conceito de Constituição permitirá entender melhor sua função como norteadora das atividades administrativas pelo Poder Executivo, bem como das decisões judiciais pelo Poder Judiciário.

### *1.1.2 Classificação das Constituições <sup>1</sup>*

Esclarecido o conceito de Constituição, passa-se a análise de sua classificação.

As Constituições podem ter várias classificações, sendo elas quanto ao seu papel, à origem, ao modo de elaboração, à estabilidade, à identificação das normas, à extensão e à função. Analisar-se-á brevemente cada uma delas, para se entender melhor a Constituição brasileira.

Quanto ao seu papel, ou seja, o grau de liberdade de conformação dado por ela ao legislador e ao cidadão, as Constituições são tidas como: Constituição lei, na qual não há supremacia da Constituição e a mesma não possui força vinculante, dando uma ampla margem ao legislador atuar; Constituição fundamento, a qual é fundamento da organização política do Estado e das relações sociais, e trata todos os aspectos de todos os setores, deixando para a lei o papel de concretizá-la; e Constituição moldura, a qual impõe limites, porém dá ampla margem ao legislador para preenchê-la.

Quanto à origem, podem ser: outorgadas, ou impostas, as quais são elaboradas por uma única pessoa, e depois, entregues ao povo; pactuadas, nas quais há pactos entre o Rei e a Assembleia; e promulgadas, também conhecidas como

---

<sup>1</sup> Conforme Alexandre de Moraes (2012) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007)

democráticas, ou populares, as quais são feitas por representantes do povo, que devem ser eleitos para esse fim, conhecidos por fazerem parte da Assembleia Constituinte.

Quanto ao modo de elaboração, são chamadas de dogmáticas ou históricas. A primeira é sempre uma Constituição escrita e surge de uma só vez, com as ideias de um determinado momento histórico. A segunda surge aos poucos no decorrer da história, e geralmente são as consuetudinárias ou costumeiras.

Podem ser rígidas, semirrígidas, ou flexíveis, se classificadas quanto à sua estabilidade. O que caracteriza a rigidez ou flexibilidade da Constituição é o seu processo de modificação. Portanto, as Constituições rígidas são as que tem o processo de modificação mais dificultoso do que as normas infraconstitucionais, possuem as chamadas cláusulas pétreas. As constituições semirrígidas são as que possuem uma parte rígida e outra flexível. E, por último, as flexíveis cujo processo de modificação é idêntico ao das leis.

A identificação das normas as classificam em sentido material, quando o importante é o conteúdo das normas, e sentido formal, quando a preocupação é com a forma com que a Constituição foi elaborada.

Quanto à extensão, as Constituições podem ser concisas ou prolixas. As primeiras são conhecidas também como breves, sucintas, sintéticas, sumárias ou clássicas. Tratam apenas de matéria constitucional. Já as prolixas, são também chamadas de analíticas ou regulamentares. Tratam de vários assuntos, não trazendo apenas princípios gerais, mas também regulamentando seus próprios dispositivos.

Em relação à função, podem ser Constituição garantia, que consagra apenas os princípios materiais estruturantes e as liberdades negativas oponíveis ao Estado, ou Constituição programática (dirigente), que traça um programa de ação a ser desenvolvido pelo Poder Público.

Portanto, pode-se classificar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como escrita, fundamental, democrática, dogmática, rígida, formal, prolixa e dirigente. Esta classificação será necessária para se entender como é a Constituição a qual estão inseridas as normas de direito à saúde, objeto fundamental deste presente trabalho.

### *1.1.3 Norma Constitucional*

Norma em sentido amplo pode ser considerada espécie da qual regra e princípios são gêneros. Podem-se considerar regras jurídicas como um padrão de comportamento, um guia da vida social, que se impõe aos cidadãos, em benefício deles próprios. Já a palavra princípio exprime além da ideia de começo, a ideia de importante, principal, por isso é que se diz que princípio é a parte mais importante de qualquer coisa.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2012, p. 54) ensina:

“Princípio é, pois, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”

Hans Kelsen (2000, p. 200) em sua obra *Teoria Pura do Direito* explica que para a noção de norma, é necessário que se saiba primeiramente a diferença entre ser e dever ser. Normas, para ele, são prescrições de dever ser, que conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo. Sendo ela uma prescrição, a norma é um comando, o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

José Afonso da Silva (2009, p. 91) conceitua norma como:

“preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de veículo, ou seja, reconhecem, por um lado a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.”

Ensina Luís Roberto Barroso (2009, p. 188) que as normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que visam introduzir a ordem e a justiça na vida social.

As normas constitucionais, nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p. 44), são todas as regras que integram uma Constituição rígida. São preceitos que, basicamente, trazem condutas humanas para serem aplicadas, e visam reger as relações sociais.

### ***1.1.3.1 Classificação das normas constitucionais quanto à sua forma***

Estudos recentes citados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 388) demonstram que, mesmo que a Constituição do Estado seja escrita, desenvolvem-se normas não escritas que complementam, ou até mesmo interpretam as normas escritas.

A Constituição Federal de 1988 admite em seu artigo 5º, §2º<sup>2</sup>, direitos fundamentais implícitos, como se analisará melhor em um próximo tópico. Ora, direitos implícitos são normas não escritas.

Portanto, quanto à forma, as normas podem ser escritas ou não escritas.

### ***1.1.3.2 Classificação das normas constitucionais quanto à sua completude***

Ferreira Filho (2007, p. 388) ainda ensina que entre tantas normas presentes na Constituição, umas são completas e outras incompletas. Toda norma possui dois elementos em sua estrutura, a hipótese de seu cabimento e a consequência jurídica.

A norma é completa quando possui satisfatoriamente os dois elementos, ou seja, possui uma proposição condicional e consequência jurídica. Se, algum dos elementos está ausente na norma, a mesma é incompleta. Isso reflete-se na questão da aplicabilidade da norma.

### ***1.1.3.3 Classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade***

José Afonso da Silva (2003, p. 81) preconiza que não há norma constitucional destituída de eficácia, porém existem graus diferentes de produção dos efeitos jurídicos. Portanto, ele as divide, quanto à aplicabilidade e à eficácia, em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

---

<sup>2</sup> “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 termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

O primeiro grupo é formado pelas normas que desde a entrada em vigor da Constituição já produzem todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, ou podem produzi-los. Elas incidem diretamente nos interesses que o constituinte quis expressar. São de aplicabilidade imediata, pois tem todos os meios e elementos necessários para executá-la. São exemplos, as normas contempladas nos artigos. 21<sup>3</sup> e 101<sup>4</sup> da Constituição Federal de 1988.

A segunda categoria é composta por normas que receberam do constituinte “normatividade suficiente”, mas com margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos da lei ou de seus conceitos gerais. A norma contida no artigo 5º, XIII<sup>5</sup>, é um exemplo dessa categoria, no qual a lei prevê um direito com normatividade suficiente e no mesmo enunciado prevê uma restrição.

E, por último, as normas de eficácia limitada que não tem a aplicabilidade imediata, simplesmente com a entrada em vigor da Constituição. São normas incompletas, que não receberam “normatividade suficiente”, fazendo com que um legislador ordinário ou outro órgão do Estado a complemente.

Este último grupo ainda é dividido em outros dois grupos: as normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e as definidoras de princípio programático, no qual estão inseridas as normas de direitos fundamentais sociais.

As normas definidoras de principio institutivo ou organizativo, segundo o autor citado, tem a natureza organizativa, visam esquematizar a organização, criação ou

---

<sup>3</sup> “Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

(...)”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>4</sup> “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>5</sup> “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 termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...)” (grifo meu)

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998)

a instituição e regulamentação de órgãos e entidades e suas atribuições, como o artigo 18, §2º da Constituição Federal de 1988.<sup>6</sup>

Já as normas pragmáticas objetivam regular, direta ou indiretamente, certos interesses, e apenas limitou-se a prever os princípios que deverão ser cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais), como programas das atividades que visam a realização dos fins sociais do Estado como, por exemplo, o artigo 196<sup>7</sup> da Constituição Federal. Entretanto essas normas terão análise aprofundada no próximo capítulo.

Maria Helena Diniz (2009) ainda traz outra categoria, que seriam as normas de eficácia absoluta, ou chamadas de supereficazes. Estas são as normas constitucionais que possuem aplicabilidade imediata direta e integral, ou seja, podem ser aplicadas sem intermediação estatal, não dependem de lei posterior e não podem ser abolidas por meio de Emenda Constitucional, o que difere as mesmas do primeiro grupo apresentado por José Afonso da Silva, vez que as normas de eficácia plena podem ser abolidas. São as normas protegidas por cláusulas pétreas. Seriam elas, as normas contidas no artigo 60, §4º<sup>8</sup>, artigo 2º<sup>9</sup> e artigo 34, VII, “a” e “b”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

§ 2º - Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

(...)”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>7</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (grifo meu)

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>8</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (...)”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>9</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>10</sup> “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

Já Luís Roberto Barroso (2009, p. 200) classifica as normas constitucionais de acordo com o seu objeto, e só depois analisa seus efeitos jurídicos. Ele as divide em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

As primeiras são destinadas a estruturarem organicamente o Estado, como a criação e a estruturação de entidades e órgãos públicos e a distribuição de suas atribuições. As normas constitucionais de organização disciplinam a própria criação e a aplicação das normas de conduta.

Os direitos fundamentais dos indivíduos que se submetem à soberania estatal são definidos pelas normas constitucionais definidoras de direitos. Estas, segundo Barroso (2009), podem agrupar os direitos fundamentais em quatro categorias: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.

Já os efeitos das normas programáticas dividem-se em imediatos e diferidos, sendo que o primeiro tem seu cumprimento desde logo que possível, enquanto o segundo passa os resultados para um momento futuro.

## 1.2 AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DIREITOS SOCIAIS

O conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social, caracteriza os direitos fundamentais.

Segundo Jorge Miranda:

“Os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa”. (MIRANDA, 2000, p. 10)

---

b) direitos da pessoa humana;  
(...)”  
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Estão inseridos na categoria de direitos fundamentais, além dos civis e políticos, que tem o objetivo de preservar determinados bens ou valores considerados naturais, inalienáveis e universais, os direitos sociais.

Os direitos sociais são aqueles cujas prestações positivas são proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente. São enunciados em normas constitucionais com a tendência a igualização da situação social, possibilitando melhores condições de vida aos mais fracos. São de responsabilidade do Estado, sendo que este deve executar programas para cumprir os mandamentos constitucionais e possibilitar a concreta satisfação dos direitos sociais.

A propósito, prevê o artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.  
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 6º.)

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

“Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”. (MORAES, 2012, p. 205)

Logo, conclui-se que devido à tamanha importância dos direitos fundamentais, os mesmos são essenciais à vida nos dias de hoje. É difícil imaginar a vida e a convivência do homem sem tais direitos.

### ***1.2.1. Gerações de Direitos Fundamentais***

Com uma breve análise dos direitos fundamentais, pode-se determinar sua evolução através de três gerações, ou até mesmo seis, como entendem alguns doutrinadores<sup>11</sup>, dos quais se tratará mais adiante.

---

<sup>11</sup> São alguns deles, Paulo Bonavides (2011) e Uadi Lammêgo Bulos (2012).

Utiliza-se a palavra geração, pois demarca muito bem os períodos de evolução dos direitos fundamentais. Seu uso demonstra a ideia de ligação entre uma geração e outra, portanto a geração mais nova não elimina as anteriores.

A primeira geração surge com os ideais das Revoluções americana e francesa. São direitos e garantias individuais que visam uma limitação do Poder Estatal, criando obrigações de não fazer e de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada um. Referem-se a liberdade individuais, como a de consciência, de culto, de reunião e à inviolabilidade de domicílio.

A Industrialização em excesso, o descaso com os problemas sociais, o crescimento demográfico e o aumento das desigualdades sociais acarretaram em novas reivindicações e impuseram ao Estado um papel ativo para buscar a justiça social. O Estado teve, então, que estabelecer seguros sociais variados, intervir na vida econômica e promover ações estatais nesse sentido.

Os direitos de segunda geração, portanto, visam estabelecer uma liberdade real e igual para todos, por meio de ações do Estado. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.

Nas palavras de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. (MENDES et al., 2008, p. 234)

Os direitos coletivos representam os direitos de terceira geração, os quais objetivam a proteção de coletividades, de grupos, e não do homem isoladamente. São os direitos à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Paulo Bonavides (2011) ainda classifica os direitos fundamentais em quarta e quinta gerações. Com a globalização política e a institucionalização do Estado social far-se-ia necessária uma quarta geração de direitos fundamentais, os quais seriam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Já o direito fundamental de quinta geração seria o direito à paz. Por se tratar de um direito de tamanha importância no mundo moderno, o autor explica que deveria ser alavancado à cabeça de uma geração de direitos, deveria receber um papel de destaque, e com isso justifica sua transferência da terceira geração à quinta geração dos direitos fundamentais.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2012) são seis as gerações de direitos fundamentais. O autor entende que os direitos dos povos são os direitos de quarta geração, sendo eles os direitos relativos à saúde, informática, software, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos e acontecimentos ligados à engenharia genética. Como é possível notar, o autor deslocou o direito à saúde da segunda geração para a quarta.

Tal como Bonavides (2011), o autor entende que o direito à paz, compreende o direito fundamental de quinta geração. Já a sexta geração corresponderia aos direitos à democracia, à liberdade de informação, ao direito de informação e ao pluralismo.

Para uma sociedade justa, é imprescindível a efetividade das três, ou seis, gerações, pois sem elas a sociedade não se organiza, tornando impossível a busca pela justiça social.

### ***1.2.2 A classificação dos Direitos Fundamentais***

As normas que regulamentam direitos fundamentais assumem papel importante quando se reconhece que o indivíduo tem direitos, e, deveres perante o Estado, e os direitos que este tem em relação àqueles objetivam cuidar melhor das necessidades dos cidadãos.

Robert Alexy (2011) divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos: I) os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; II) e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e normativa).

O primeiro grupo divide-se em três outros grupos, sendo composto: o primeiro, por direitos a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo por direitos a que o Estado não afete determinadas

características ou situações do titular do direito; o terceiro por direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Já o segundo grupo, subdivide-se em outros dois: a) direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção à participação na organização e procedimento); b) e direitos a prestações em sentido estrito (direitos e prestações materiais sociais).

Portanto, pode-se definir que os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa, são deveres dos Estados para com os indivíduos, enquanto os direitos fundamentais como direitos a prestações são direitos dos indivíduos para com o Estado.

### ***1.2.3 Análise dos Direitos Sociais nas Constituições do Brasil***<sup>12</sup>

Flávia Piovesan, citando Hannah Arendt (2007, p. 109), explica que os direitos humanos não seriam direitos históricos, tendo em vista que não são um dado, e sim, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Portanto, é necessária uma breve análise da história dos direitos fundamentais no Brasil.

A primeira Constituição do Brasil, a Constituição do Império de 1824, previu, em seu artigo 179, a garantia de inviolabilidade dos direitos de liberdade, igualdade, segurança individual e propriedade, iniciando, assim, o processo de positivação dos direitos dos homens.

No mesmo artigo, em seus incisos XXXI, XXXII e XXXIII<sup>13</sup>, a Constituição de 1824, também iniciava a positivação de direitos sociais, como a garantia dos socorros públicos, da instrução primária gratuita a todos os cidadãos e de colégios e universidades em que seriam ensinados elementos das ciências, das belas letras e das artes.

<sup>12</sup> Conforme José Afonso da Silva (2009) e Luis Roberto Barroso (2009)

<sup>13</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

(...)”

(CONSTITUIÇÃO DE 1824)

Nas palavras de José Afonso da Silva,

“a constituição do Império de 1824 continha uma das mais avançadas declarações dos direitos humanos do século passado. Não se pode, porém, ocultar o fato de que os direitos reconhecidos e garantidos só serviam à elite aristocrática. É certo que a Constituição do Império acolheu direitos individuais básicos que se encontravam inscritos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas esses direitos só serviam à elite aristocrática que dominava o regime. (SILVA, 2002, p. 167)

Com o golpe de 15 de novembro de 1889, se pôs fim à monarquia e se destituiu o Imperador, proclamando-se a República Federativa, portanto necessária a elaboração de nova Constituição. Surge então a Constituição de 1891, a qual não observou a realidade do país, por isso, não teve eficácia social.

Em relação aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1981 representou um retrocesso, pois apenas acrescentou o direito à associação, à reunião e incluiu o *habeas corpus* como garantia constitucional, àqueles já previstos na Constituição de 1824 e excluiu o direito ao socorro público e a instrução pública gratuita.

Com a Revolução de 1930, instalou-se o Governo Provisório de Getúlio Vargas e a ditadura que duraria ainda quatro anos, até a promulgação da segunda Constituição da República, em 1934.

Importantes inovações em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais foram trazidos com a Constituição de 1934. Além da clássica declaração de direitos e garantias individuais, surgiu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar.

Em 1937, inspirada pelo modelo fascista, é outorgada a nova Constituição do Brasil, evidentemente autoritária. Em relação aos direitos e garantias individuais, a Constituição novamente regrediu, não havia mais previsão do princípio da legalidade, da irretroatividade das leis, do mandado de segurança, da liberdade e da propriedade.

E, ainda, durante esse período o governo instituiu a censura e a pena de morte para crimes políticos e para os homicídios cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade.

No tocante aos direitos sociais deixou de prever a vinculação da ordem econômica aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional. Ainda, deixou, de

estabelecer a fixação de percentual para aplicação na educação; a adoção de medidas tendentes a restringir a mortalidade (e as morbidades infantis) e de higiene que impedissem a propagação de doenças transmissíveis, dentre outros direitos anteriormente previstos..

Em seu artigo 130, a Constituição de 1937<sup>14</sup>, garantia a educação primária, o estímulo ao desenvolvimento da arte, da ciência, a fundação de instituições públicas de ensino, dentre outros.

José Afonso da Silva:

“a Carta de 1937 não teve [...] aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão executivo. (SILVA, 2009, p. 83)

Em 1946, houve a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que trouxe um título sobre a declaração de direitos, com capítulos sobre os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos e garantias individuais. Em um título sobre direitos econômicos, sociais e culturais, trouxe também, assim como na Constituição de 1934, os chamados direitos humanos de segunda geração.

Quanto aos direitos sociais, seguiu a Constituição de Weimar, e garantiu a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Assegurou a todos o trabalho que possibilitasse existência digna, direitos do trabalho e da previdência social (com vistas à melhoria da condição dos trabalhadores) e direitos à educação e à cultura.

Diante de inúmeros conflitos constitucionais e crises políticas, houve o golpe militar de 1964 e com ele a Constituição de 1967.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“Traço marcante da nova Carta foi a concentração do poder, em sentido vertical e horizontal. Rendas e competências reuniam-se na União, com o conseqüente esvaziamento dos Estados e Municípios, que viram minguar sua autonomia pela dependência política e financeira adremente implantada. E, no âmbito da União, o Poder Executivo se hipertrofiava, notadamente pela subtração da iniciativa do processo legislativo ao Congresso em todas as

---

<sup>14</sup> “Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.”  
(CONSTITUIÇÃO DE 1937)

matérias de relevância. Em pequenos avanços, que tiveram caráter meramente formal, autorizou a desapropriação de terras mediante pagamento da indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária e definiu como maios amplitude os direitos dos trabalhadores. (BARROSO, 2009, p. 36)

Com essa breve análise, é possível notar, claramente, os avanços e os retrocessos no campo dos direitos fundamentais em toda a história constitucional brasileira. A Constituição de 1988 foi bastante influenciada por todos esses fatos que delinearão todo o seu fundamento teórico e ideológico.

#### ***1.2.4 Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988***

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 90), a Constituição de 1988 é a Constituição cidadã, haja vista a ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta, decididamente, à plena realização da cidadania.

Nas suas palavras:

A Constituição de 1988 não é a constituição ideal de nenhum grupo nacional. Talvez suas virtudes estejam exatamente nos seus defeitos, em suas imperfeições, que decorreram do processo de sua formação lenta, controvertida, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e por isso mesmo, de muitas negociações. Desse processo proveio uma constituição razoavelmente avançada, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo em geral, que não promete a transição para o socialismo, mas que se abre para o futuro, com promessas de realização de um Estado Democrático de Direito que construa uma sociedade livre, justa e solidária, garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades regionais e sociais, promova, enfim, o bem estar de todos sem discriminação de qualquer natureza (art. 3º). Não é, pois, uma constituição isenta de contradições: com modernas disposições asseguradoras dos direitos fundamentais da pessoa humana, com a criação de novos instrumentos de defesa dos direitos do Homem, com extraordinários avanços na ordem social ao lado de uma ordem econômica atrasada. A Constituinte produzira a Constituição que as circunstâncias permitiram, fez-se uma obra certamente imperfeita, mas digna e preocupada com o destino do povo sofredor, para tanto seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas, outra a realidade. (SILVA, 2005, p. 88)

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu título I, além de consagrar seus objetivos fundamentais, traz os fundamentos do Estado (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político).

Já em seu título II, trata dos direitos e garantias fundamentais, sendo eles os que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, e reafirma princípios e garantias individuais, como direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Uma das principais inovações da atual Constituição do Brasil é tratar no início sobre os direitos e garantias fundamentais, tornando-os valores superiores para influenciar toda ordem constitucional.

A Constituição introduziu também a previsão de seu artigo 5º, parágrafo 1º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Também inovou, ao incluir no catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, econômicos e culturais, e não apenas os direitos civis e políticos, como nas Constituições anteriores, que tratavam daqueles de maneira dispersa. Portanto, os direitos fundamentais agora estão vinculados ao respeito dos Governantes aos direitos sociais.

Dentre os direitos sociais se encontra o direito à Seguridade Social, o qual, na Constituição Federal, abrange um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ao contrário das outras constituições, que previam os direitos sociais no capítulo da ordem social, a Constituição de 1988 traz um capítulo próprio, capítulo II – título II, e bem distanciado.

Muito embora a previsão de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, prevista no, já citado, artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, nota-se a existência de elementos programáticos e de uma função diretiva também nesses direitos.

Flávia Piovesan explica:

No intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, §1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou

seja, objetiva tornar tais prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (PIOVESAN, 2007, p. 36)

A Constituição brasileira atual não é exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Ela admite a existência de outros implícitos, sendo um exemplo, o direito ao sigilo, subentendido no art. 5º, X (proteção à intimidade) e XII (comunicações telegráficas)

Nesse sentido, o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição prevê que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 5, PARÁGRAFO 2º.)

Além disso, em seu, já citado, artigo 60, §4º, a Constituição Federal prevê que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda que elimine os direitos e garantias individuais, ou seja, os direitos fundamentais foram incluídos no rol das chamadas “cláusulas pétreas”.

Conclui-se que a atual Constituição brasileira, não apenas positivou os direitos fundamentais, muito embora estes possuam caráter materialmente aberto, como os efetivou, definindo sua aplicabilidade imediata.

### 1.3 DIREITO À SAÚDE

Como anotado anteriormente apenas na Constituição de 1988 a saúde foi elencada à categoria de direito fundamental, consoante o outrora citado art. 6º da Carta da República.

A sua regulamentação, em sede constitucional, encontra-se prevista a partir do artigo 196, assim redigido:

“Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

O direito à saúde, ao lado da previdência e assistência social compõe, a seguridade social, na forma do art. 194<sup>15</sup> da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, tal como os demais direitos sociais, o direito a saúde assume dois lados: um de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado que não pratique qualquer ato que prejudique a saúde, e outro de natureza positiva, que significa o direito às medidas e às prestações estaduais, visando à prevenção das doenças e tratamentos das mesmas.

Segundo José Afonso da Silva, os artigos 196 e seguintes da Constituição estabelecem:

“um direito subjetivo de caráter duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estabelecidas para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, “a”, e 103, §2º) e, por outro lado, seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação pode ser pressuposto para impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado”. (SILVA, 2009, p. 185).

Há dois princípios constitucionais relativos à saúde inseridos no artigo 196 da Lei Magna: o princípio do acesso universal e o princípio do acesso igualitário. O primeiro refere-se aos destinatários dos recursos e ações na área da saúde, estes devem ser todos os indivíduos, não podendo ser restringidos a nenhum grupo, ou categoria.

E, ainda, todas as pessoas na mesma situação clínica devem receber os mesmos tratamentos e as mesmas oportunidades, pois é o que prevê o segundo princípio da norma constitucional. Portanto, não poderia existir meios para se restringir o acesso aos serviços públicos de saúde, como outrora existia, restringindo o acesso a quem contribuísse com a Previdência Social, vez que seriam inconstitucionais, pois estaria desrespeitando tal princípio.

O art. 198 da Constituição Federal de 1988 prevê a criação do SUS (Sistema Único de Saúde), uma rede regionalizada integrada por ações e serviços públicos de saúde, e a aplicação de percentuais que a própria Carta Magna estabelece na área da saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal sistema será analisado melhor em um próximo ponto.

---

<sup>15</sup> “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Não ficou de fora do texto constitucional a assistência à saúde de maneira complementar, cuja prestação é livremente outorgada à iniciativa privada, tal como o disposto no artigo 199 da Constituição Federal, “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Para regulamentar tal dispositivo, foi criada em 2000 pela Lei nº 9.961, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), para controlar, fiscalizar e normatizar as atividades privadas de assistência à saúde.

### ***1.3.1 Histórico da saúde no Brasil***<sup>16</sup>

A saúde no Brasil nem sempre foi tal como é hoje. Apenas com a vinda da Corte portuguesa, no século XIX, é que se iniciou a preocupação com a saúde no Brasil. Nesta época foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, foram criadas as primeiras escolas de medicina e desenvolvidas ações para regulamentar seu exercício. Neste período, também, foram realizadas algumas ações de combate à lepra e à peste, e controle sanitário nos portos e ruas.

Entre 1870 e 1930 o Estado começa a praticar ações mais efetivas no campo da saúde, utilizando-se da autoridade e da força policial caso necessário. Apesar dos abusos cometidos, tiveram sucesso no controle de doenças epidêmicas, erradicando, inclusive a febre amarela no Rio de Janeiro. No entanto, as ações públicas curativas, não existiam nesse período, ficando a responsabilidade para os serviços privados e caridades.

Em 1930 cria-se o Ministério da Educação e da Saúde Pública, e estrutura-se um sistema público de saúde que passa a realizar, também, ações curativas. São criados também Institutos de Previdência, sendo que alguns destes possuíam hospitais próprios. No entanto, seus serviços eram limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública era apenas para os trabalhadores que contribuía para os institutos da previdência.

No regime militar, esses institutos foram unificados e foi criado o INPS, Instituto Nacional de Previdência Social. Foram instituídos também o Serviço de

---

<sup>16</sup> Conforme: Barroso, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007

Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Tinha direito a atendimento na rede pública de saúde, todo trabalhador urbano com carteira assinada e contribuinte do novo sistema.

Atualmente como direito fundamental o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado a todos os cidadãos de forma universal e igualitária por meio de políticas sociais e econômicas.

### ***1.3.2 O Sistema Único de Saúde***

Com o objetivo de efetivar o direito à saúde, a própria Constituição Federal de 1988, entre os artigos 196 e 200 da, estabeleceu-se as linhas gerais da política pública de saúde e a criação do SUS, formando uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos, organizada segundo as diretrizes da descentralização político-administrativa de sua gestão, da universalização do acesso a tais serviços e ações, do atendimento integral e da participação da comunidade.

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

- I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;
- II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;
- III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º

(...)”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Em 1990, com a Lei nº 8.080, a denominada Lei Orgânica as Saúde, foi instituído o SUS e regulamentado os dispositivos constitucionais relativos à saúde. Foi

previsto na Lei, também, disposições sobre as condições para “promoção, proteção e recuperação” da saúde e sobre a “organização e funcionamento dos serviços” do SUS.

Foi previsto, nessa Lei, que a assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica, estaria no âmbito de atuação do SUS:

“Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

(...)

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

(...)”

(LEI 8.080/1990)

Embora a referida Lei traga a estruturação da assistência farmacêutica dentro do SUS, não havia uma regulamentação, que só se realizaria em 1998, através da Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria Técnica do Ministério as Saúdes (PT/GM/MS)3916, a qual será estudada no próximo capítulo.

## 2. ESTADO E AS NORMAS PROGRAMÁTICAS

### 2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 2.1.1 *Conceito de Estado*

Necessário se faz apurar o conceito de Estado. Portanto, neste ponto será feita uma breve análise das formas de Estado.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“O Conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário (Jellinek); sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção (Malberg); sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana (Biscaretti di Ruffia); na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 41, I). Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público, pois a teoria da dupla personalidade do Estado acha-se definitivamente superada.” (2012, p. 61)

Para Alexandre de Moraes (2012, p. 3), o Estado “é forma histórica de organização jurídica limitada a um determinado território e com população definida e dotado de soberania”, sendo esta “um poder supremo num plano interno e num poder independente no plano internacional”.

O Estado se caracteriza pela presença de três elementos fundamentais, sendo eles o Poder, ou soberania, povo e território. O primeiro se traduz na sua competência de fazer valer as normas estatais e fazê-las serem cumpridas. Povo é o conjunto de todos aqueles para os quais existe uma ordem jurídica. Já território é o domínio espacial de vigência da ordem jurídica.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p.49), “o Estado é uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)”.

### ***2.1.2 Do Estado de Direito até o Estado Democrático de Direito***

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 112), na origem, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, e tinha como características: (a) submissão ao império da lei, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo; (b) divisão de poderes, que separe de uma forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

No entanto, o mesmo autor ensina que o conceito de Direito é subjetivo e percebeu-se ao longo do tempo que esse Estado de Direito sofreu deturpações da interpretação literal. Preconiza o autor que se confundiu direito com justiça e que o Estado tem seus atos legislativos, executivos e judiciais sujeitos ao controle jurisdicional. Este controle tange à legitimidade constitucional e legal e o Estado passou a ser um “Estado de Justiça” e com essa nova concepção tornou-se “absoluto, abstrato, idealista, espiritualista, que, no fundo, encontra sua matriz no conceito hegeliano do Estado Ético, que fundamentou a concepção do Estado fascista”.

Se o Direito fosse considerado apenas como normas criadas pelo Legislativo, o Estado de Direito torna-se um Estado de Legalidade, o que transmite uma informação errônea sobre o seu conceito literal. O princípio da Legalidade<sup>17</sup> é um elemento importante no conceito de Estado de Direito, mas não este em sua essência.

Ao analisar, Estado e Direito como sinônimos, tem-se que todo Estado deve ser um Estado de Direito. O direito torna-se um

“mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo o Estado sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial.” (SILVA, 2009, p. 114, 115)

O autor supracitado ainda afirma que a consciência da necessidade de uma justiça social nasceu através de movimentos sociais provocadas pelo individualismo

---

<sup>17</sup> Para Alexandre de Moraes (2012, p. 42), Princípio da Legalidade “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”.

e pela neutralidade do Estado liberal. Surgiu então o Estado Social de Direito<sup>18</sup>, cuja principal característica era a existência de uma constituição que, explícita ou implicitamente, tratava dos direitos econômicos e sociais.

E continua explicando que por não cuidar de política, o Estado Social de Direito era utilizado em regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Tanto que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República e o Brasil, desde a Revolução de 30, se autodenominavam “Estados Sociais”.

Diante disso, percebe-se que tanto o Estado Liberal de Direito, como o Estado Social de Direito, portanto, os considerados “Estados de Direito”, nem sempre são Estados Democráticos, com fundamento no princípio da soberania popular.

Segundo José Afonso da Silva:

“O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.” (SILVA, 2009, p. 112)

A Constituição Federal de 1988 qualifica o Estado como democrático, portanto os valores da democracia irradiam sobre todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica. O Direito influenciado por esses valores deve ajustar-se ao interesse coletivo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“a função pública do Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.” (MELLO, 2012, p. 29)

Segundo José Afonso da Silva:

“A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita

---

<sup>18</sup> Conforme José Afonso da Silva (2009, p.115), “os regimes constitucionais ocidentais promete, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais”.

concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

A Constituição vigente no Brasil adotou o federalismo como forma de Estado brasileiro, ou seja, a “união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa”. (SILVA, 2009, p. 99/120)

O poder do Estado, também conhecido como poder político, deve impor regras para alcançar as finalidades do Estado e coordenar a sociedade civil. Este deve ser superior a todos os outros poderes sociais para que se tenha o mínimo de ordem e o progresso para o bem comum. É, portanto, único, indivisível e indelegável.

O Estado manifesta sua vontade através de seus órgãos que podem ser supremos (constitucionais), a quem incumbe o poder político que pode ser chamado de governo ou órgãos governamentais, e dependentes (administrativos), que se encontram em uma hierarquia inferior e são responsáveis pela Administração Pública.

O governo é, portanto, o conjunto de órgãos através dos quais o Estado manifesta sua vontade, ou seja, a quem cabe o exercício das funções do poder político. Nesse sentido percebe-se que não é o poder que é dividido, e sim, o exercício de suas funções, sendo fundamentalmente a legislativa, executiva e jurisdicional.

### ***2.1.3 A separação de poderes***<sup>19</sup>

Prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

A separação dos poderes é de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, inclusive a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece em seu art. 16: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Segundo José Afonso da Silva:

---

<sup>19</sup> Embora haja divergência doutrinária quanto à denominação, se seria “separação de funções” ou “separação de poderes”, entende-se nesse trabalho, assim como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007), que embora o poder seja uno e indivisível, o exercício de tal poder pode ser estruturado de forma diferente. Podendo ser concentrado nas mãos de um órgão só, ou de vários. Portanto, há uma divisão estrutural no exercício do poder, ficando cada órgão com suas funções típicas e atípicas.

“A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.” (SILVA, 2009, p. 108)

Ao Poder Legislativo foi conferida a atribuição própria de legislar e, secundariamente, de administrar a si mesmo e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade.

Quanto ao Poder Executivo lhe foi atribuída a missão de administrar a coisa pública mediante atos normativos, e subsidiariamente, legislar mediante leis delegadas e medidas provisórias.

Ao Poder Judiciário cabe julgar as lides e controvérsias judiciais em curso processual e administrar a si mesmo e aos seus serventuários subordinados.

O princípio da separação de poderes, hoje foi substituído pelo que se chama de independência orgânica e harmonia de poderes, em razão da ampliação das atividades do Estado contemporâneo e da necessidade de novas formas de relacionamento entre os poderes.

A harmonia entre os poderes se dá pela necessidade de todos os Poderes praticar atos administrativos, que em caráter excepcional admitido pela Constituição, seriam de outro Poder. Por isso não há que se falar em separação de poderes, e sim na distribuição das principais funções estatais entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

“A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.” (SILVA, 2009, p. 110)

Essa harmonia e equilíbrio entre os Poderes resultaram entre os norte-americanos e ingleses no sistema de *checks and balances*, ou freios e contrapesos, no qual um Poder limita o outro.

#### 2.1.4 Sistema de freios e contrapesos

Helly Lopes Meirelles (2012, p. 61) já observava o sistema de “freios e contrapesos” nos ensinamentos de Montesquieu que nunca utilizou a expressão “separação de Poderes”, e sim, referia-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre os Poderes”.

O sistema de “freios e contrapesos” prevê que cada órgão do Poder tenha suas atribuições próprias, que casualmente poderá ser delegado a outro. Os Poderes devem coexistir, embora haja um controle sobre cada um, pelos demais.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno.” (2012, p. 32)

Atualmente, se tem como exemplo o veto, no qual o Chefe do Executivo que não participa do processo legislativo, pode controlá-lo vetando, impedindo, que a legislação entre em vigor. Por outro lado, tem-se o exemplo do *impeachment*, que é o mecanismo jurídico pelo qual o Poder Legislativo controla a função do Executivo.

O sistema de freios e contrapesos faz-se necessário para proibir a criação de um superpoder que não pode ser controlado e controla todos.

## 2.2 PODER EXECUTIVO

O Poder executivo é exercido ou pelo Monarca ou pelo Presidente da Republica, segundo a forma de governo adotada no Estado.

Alexandre de Moraes (2012, p. 487) esclarece que a tradição presidencialista no Brasil iniciou-se com sua primeira Constituição, a de 1891. De lá pra

cá, todas as Constituições adotaram esse sistema de governo. A atual Constituição brasileira prevê em seu artigo 76, “o poder executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros do Estado” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Ensina ainda que as principais características do presidencialismo são a consagração da unipessoalidade na Chefia do Estado e na Chefia do Governo, como será melhor explicado mais adiante, a garantia da independência entre Executivo e Legislativo, a previsão da derivação dos poderes presidenciais diretamente do povo e a possibilidade de responsabilização do Presidente da República, penal e politicamente, por crime de responsabilidade.

Nas palavras do mesmo autor, “o Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a pratica dos atos de chefia de estado, de governo e de administração.” (MORAES, 2012, p. 489)

Nas palavra de José Cretella Junior:

“cabe ao Poder Executivo zelar para que se cumpra a vontade do legislador, mesmo que seja pela força. Zelando pelo cumprimento da lei, cabe ao Poder Executivo a defesa do país contra o inimigo externo, bem como a manutenção da ordem, internamente” (2000, p. 133)

A Constituição Federal confiou a chefia do Poder Executivo ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Este Poder é tido como definidor e realizador constante da política de ordem interna e das relações exteriores.

### ***2.2.1 Chefe de Estado e Chefe de Governo***

A Constituição Federal expressamente adotou o sistema presidencialista, unindo assim as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo em uma única pessoa, o Presidente da República.

Como Chefe de Estado, o presidente o representa em suas relações internacionais, bem como, dá materialidade a unidade interna do Estado.

Já como Chefe de Governo, corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política, como nos de natureza administrativa.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2012, p. 490), “o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa”.

A acumulação das funções em uma única pessoa caracteriza o sistema presidencialista de governo e afasta o parlamentarista. Neste, a função de Chefe de Estado é exercida pelo Presidente ou Monarca e a de Chefe de Governo, pelo Primeiro Ministro.

### ***2.2.2 A função do Presidente da República***

Como visto, devido ao sistema presidencialista, as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado acumulam-se na figura do Presidente, e estão previstas no artigo 84 da Constituição Federal.

Com a Emenda Constitucional nº32/01, a Constituição brasileira passou a admitir os decretos autônomos do Chefe do Executivo, para organizar a Administração Pública, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Prevê o artigo 62<sup>20</sup> da Constituição Federal que em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei.

Importa, também, destacar aqui a previsão do artigo 84, IV, da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...) (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

“Os regulamentos, portanto, são normas expedidas privativamente pelo Presidente da República, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação e se exteriorizam por meio de decreto, sendo, pois como relembra

---

<sup>20</sup> “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Marcelo Caetano, importante fonte do Direito Administrativo” (MORAES, 2012, p. 497).

O exercício de regulamentar do Executivo não afasta o princípio Constitucional da Separação de Poderes, vez que os regulamentos não poderão alterar disposições legais, nem criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa, pois esta é a função do Poder Legislativo. É por meio dele que o Executivo exerce intensa atividade normativa.

O Poder regulamentar será exercido quando for necessário para a aplicabilidade da lei, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprimindo suas lacunas de ordem prática ou técnica.

### ***2.2.3 Os Ministros de Estado***

A Constituição brasileira qualifica os Ministros de Estado como auxiliares do Presidente da República, e estipula suas funções. Assim prevê o artigo 87, da Carta brasileira:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 657) “os Ministros estão na cúpula da organização administrativa federal, fazendo como que a ligação entre o Poder político e a Administração Pública federal”.

Para Hely Lopes Meirelles:

“No sistema presidencialista adotado pela nossa Constituição o Presidente da República exerce o Poder Executivo da União auxiliado pelos Ministros do Estado (art. 76), cabendo àquele a direção suprema da Administração Federal (art. 84, II) e a estes a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entes

descentralizados na área de sua competência (art. 87, parágrafo único, I), todos secundados por órgãos de assessoramento e de execução, além de Tribunais Administrativos, Procuradores e outros desdobramentos da Administração direta e indireta da União.” (2012, p. 823)

O mesmo autor classifica os Ministérios como sendo “órgãos autônomos da cúpula da Administração Federal, situados logo abaixo da Presidência da República” (MEIRELLES, 2012, p. 828). Como já mencionado, neles inserem-se os serviços de Administração direta e a eles vinculam-se as entidades de Administração indireta das quais as atividades se enquadrem nas respectivas áreas de competência, ressalvadas, obviamente, as que a própria lei integra na Presidência da República ou a ela vincula.

Hely Lopes Meirelles esclarece, ainda, que “os Ministros de Estado são, por força de mandamento constitucional, os auxiliares imediatos do Presidente da República” (2012, p. 829), e continua:

“No plano administrativo, os Ministros de Estado são responsáveis, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração indireta enquadrados em suas áreas de competência. A supervisão ministerial exercita-se através da orientação, da coordenação e do controle de órgãos subordinados e das entidades vinculadas ao Ministério.” (2012, p. 829)

No Brasil, hoje, existem 24 Ministérios, sendo eles: Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério das Cidades; Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; Ministério das Comunicações; Ministério da Cultura; Ministério da Defesa; Ministério do Desenvolvimento Agrário; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério da Educação; Ministério Esporte; Ministério da Fazenda; Ministério da Integração Nacional; Ministério da Justiça; Ministério do Meio Ambiente; Ministério de Minas e Energia; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Previdência Social; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Saúde; Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério dos Transportes; Ministério do Turismo; e, Ministério da Pesca e Aquicultura

Como agentes governamentais, os Ministros são capazes de instituir políticas públicas, que são instruções no intuito de otimizar a execução das diretrizes estabelecidas nas cartas políticas dos Estados aos quais se referem.

### 2.2.4 A função administrativa do Executivo e a criação de Políticas Públicas

No Brasil cabe ao Presidente, como Chefe de Estado, o exercício da direção da Administração Federal, como prevê o artigo 84, II, da Constituição Federal. *In verbis*:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
 (...)
   
 II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;  
 (...)”  
 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

Hely Lopes Meirelles, (2012, p. 828) ao tratar da Administração Federal observa que a mesma é dirigida pelo Presidente da República, que ele denomina como “um órgão independente, supremo e unipessoal” pelos Ministérios, caracterizados como “órgãos autônomos também unipessoais, aos quais se subordinam ou se vinculam os demais órgãos e entidades descentralizadas”.

A organização administrativa deve manter uma correlação com a estrutura do Estado e a forma de governo. No caso do Brasil, sendo este uma Federação, em que se assegura autonomia político-administrativa aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sua administração deve corresponder a esses postulados constitucionais.

No entanto, devido ao enorme território brasileiro e os complexos problemas administrativos, além da descentralização territorial, é necessária também a chamada descentralização institucional, meramente administrativa, no qual há a distribuição de funções públicas a entes autárquicos federais.

É essa descentralização institucional que permite aos Ministérios Federais criarem as políticas públicas de sua competência, sem que haja qualquer inconstitucionalidade.

.Políticas públicas são definidas como um programa ou quadro de ação governamental, uma vez que visa movimentar o governo, para realizar algum objetivo de ordem pública, ou seja, concretizar um direito constitucionalmente assegurado.

Nas palavras de Dal Bosco, o instituto das políticas públicas envolve:

“Decifrar o poder que se encontra nas mãos dos atores governamentais, verificar o desenho constitucional de cada Estado no que se refere às

incumbências dadas a cada qual para decidir as ações a serem praticadas e, também, aquelas que não serão consideradas (DAL BOSCO, 2007, p. 244)

É possível afirmar que as políticas públicas como atividade do poder público devem apresentar algumas características principais como, conteúdo, programa, orientação normativa, fator de coerção e competência social.

### 2.3 O ESTADO COMO GARANTIDOR DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS DE DIREITOS PRESTACIONAIS

Luis Roberto Barroso (2009, p. 70) ensina que ao longo do século XX, o Estado percorreu uma trajetória “pendular”. Iniciou liberal, tendo funções mínimas, onde iniciava a afirmação dos direitos políticos e individuais. Logo após, transformou-se em social, promovendo os direitos sociais para diminuir as desigualdades. Com a mudança do século, tornou-se neoliberal, tendo como principal atividade a regulação, não mais intervindo diretamente na economia. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio.

O Estado atual teve o seu perfil redefinido, segundo o mesmo autor, pela formação de blocos políticos e econômicos, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização e pela perda da densidade do conceito de soberania. No entanto, não apresenta qualquer “sintoma de que esteja em processo de extinção ou de que a ele será reservado um papel secundário” (BARROSO, 2009, p. 69).

Ainda, destaca que muito embora esteja se falando em centralidade dos direitos fundamentais, é necessário que o Poder Público atue ou abstenha-se, para que seja possível a entrega das prestações promocionais.

A proteção dos direitos fundamentais, segundo José Gomes Canotilho (2003, p. 478), está associada a um conjunto de condições, como capacidade econômica do Estado, estilo de vida, nível de ensino, desenvolvimento econômico, que podem influenciar de forma positiva ou negativa sua existência.

A cidadania e a dignidade humana, previstas no artigo 1º, incisos II e III<sup>21</sup> da Constituição Federal de 1988, destacam-se dentre os principais fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Portanto nota-se que há um encontro entre os princípios do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, os quais exercem função democratizadora.

O desenvolvimento nacional, a condução a uma sociedade livre, justa e solidária, da qual sejam erradicadas a pobreza e a marginalização, e reduzidas às desigualdades sociais e regionais e uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade são os objetivos fundamentais da República, e estão previstos no artigo 3º<sup>22</sup> da Constituição de 1988.

Para Paulo Bonavides, o princípio mais importante do Estado social e de todas as normas de seu ordenamento jurídico é a igualdade.

“Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica para se converter na igualdade material de nova forma do Estado (...) o Estado Social no Brasil está aí para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há, para tanto, outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação as prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” (2011, p. 376)

Para garantir a igualdade material entre todos os indivíduos de uma sociedade é necessária a intervenção estatal, característica do Estado Social. Para Luís Roberto Barroso,

a intervenção estatal, destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso a cultura, dentre outros. Enquanto os direitos individuais funcionam, principalmente, como escudo protetor em face do Estado, os

<sup>21</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>22</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

direitos sociais operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. (2009)

O constitucionalismo de 1988 é marcado pelo Estado intervencionista e planejador. Para garantir a igualdade material a todos os indivíduos, utiliza-se da intervenção estatal. O Estado planejador fica configurado quando projeta realizar a justiça social.

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, outrora já mencionado no presente trabalho, prevê que todas as normas que definam direitos e garantias fundamentais tenham aplicabilidade imediata. A eficácia deste princípio de aplicabilidade imediata não é pacífica na doutrina. Alguns doutrinadores entendem ser impossível aplicá-lo, outros, o consideram como norma máxima para interpretação da Constituição.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao comentar referido princípio, dispõe:

“A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela não é autoexecutável pela *natureza das coisas*.” (2007, p. 100)

Diferentemente da visão de Ferreira Filho, Eros Roberto Grau entende que todas as normas que definem direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, ou seja, são autoexecutáveis, inclusive as programáticas. Independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo deveria o Estado “prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição de seu cumprimento”. (GRAU, 2003, p. 279)

Para Flávia Piovesan (2003) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, porém cabe “aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2004) tem posição intermediária, entendendo que não há como analisar o preceito como se o mesmo fosse ineficaz. Por outro lado, aplicá-lo inconsequentemente, implicaria na inobservância de limites importantes, como

a reserva do possível, a falta da legitimação dos tribunais para aplicação de medidas socioeconômicas e a colisão de direitos fundamentais.

Divide, portanto, as normas em dois grupos, sendo as de insuficiente normatividade, que para gerar a perfeição de seus efeitos precisariam de regulamentação pelo legislador, e as de suficiente normatividade que podem ser aplicadas imediatamente.

Adotando a ideia de Sarlet, conclui-se que o governo e a Administração devem ser eficientes na concretização dos direitos fundamentais para não incorrerem em inconstitucionalidade por omissão e na presunção de aplicabilidade imediata por parte do poder judiciário.

### ***2.3.1 A reserva do possível***

O custo da realização dos direitos prestacionais é bem maior do que o de outros direitos inclusive dos direitos de defesa dependem, portanto, da situação econômica do Estado. Os direitos sociais pressupõem grandes disponibilidades financeiras.

Não se pode exigir um determinado direito de um ente estatal se este não possui recursos suficientes para realizá-lo. Os direitos prestacionais só podem ser efetivados se houver possibilidade e disposição por parte do destinatário da norma. A isso se dá o nome de “reserva do possível”.

A concessão de determinadas prestações pode implicar, além de elevados custos, a inviabilização da realização de outros direitos. A Constituição não precisa exatamente qual o conteúdo das prestações por ela previstas nem as condições e pressupostos para avaliação desses direitos. Estas diretrizes estão no campo da opção política no Estado Democrático.

Tendo em vista que os meios financeiros não são ilimitados, deve-se privilegiar o atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição Federal, ou seja, aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana, se ainda houver recursos sobrando, estes podem ser destinados de acordo com as opções políticas.

No entanto, a barreira orçamentária não pode ser absoluta e intransponível. Utilizando-se do princípio da aplicabilidade imediata para toda e qualquer

norma regulamentadora de direito e garantia fundamental, estabelece-se uma presunção de que a norma de direito fundamental deve sempre ser implementada. Para aproveitar-se da regulamentação da reserva do possível, o Estado é quem deveria provar não ter recursos suficientes. Comprovada tal impossibilidade, poderia, então, o Magistrado deixar de efetivar as normas prestacionais. Mesmo nesses casos pode haver uma concretização parcial do conteúdo normativo, de acordo com a possibilidade estatal.

### **2.3.2 *O mínimo existencial***

Segundo Andrés J. Krell (2000) a teoria do mínimo existencial surgiu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial para superar a inexistência de qualquer direito fundamental social no país. A Corte alemã extraiu do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, o direito a um mínimo de existência, que deveria sempre ser respeitado.

Portanto, o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, sendo essa física, espiritual e intelectual. É um subconjunto dentro dos direitos socioeconômicos e culturais menor, mais preciso e efetivamente exigível do Estado.

A não realização dos efeitos compreendidos nesse subconjunto viola o princípio constitucional da dignidade humana, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto artigo 1º, III da Constituição Federal. O Estado, e isso inclui o Poder Judiciário, deve garantir condições básicas de existência para qualquer pessoa.

A maneira encontrada pela população para exigir tais condições é a via judicial. O acesso à justiça permite que os cidadãos possam buscar o que lhes é de direito, caso o Estado não esteja cumprindo o papel que lhe cabe. Portanto, cabe ao Poder Judiciário garantir através de decisões judiciais as condições básicas compreendidas nesse subconjunto dos direitos socioeconômicos.

No entanto, qualquer coisa além disso, estará o Judiciário invadindo espaço que não lhe compete, espaço próprio da política. Uma decisão aquém das

condições básicas pode fazer do dispositivo constitucional letra morta, e proporcionar uma ilegítima subversão de valores.

### **2.3.3 A regulamentação das normas programáticas na área da saúde**

O direito à saúde previsto na Constituição brasileira entre os artigos 196 a 200 foi regulamentado através de Políticas Públicas criadas pelo Ministério cuja competência lhe permite.

A Constituição atribui competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados<sup>23</sup> e aos Municípios<sup>24</sup> (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). No tocante ao aspecto administrativo, ou seja, à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II)<sup>25</sup>. Portanto, os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Como discutido no item 2.2.4, o Presidente e o Ministro por delegação do primeiro, tem competência para regulamentar a execução de normas já previstas anteriormente. O artigo 196 da Constituição Federal, inclusive, prevê que o direito à saúde seja garantido por meio de políticas públicas, e o artigo 197 do mesmo diploma, que estas cabem ao Poder Público.

A Lei Orgânica do SUS, criada em 1990, regulamentou o disposto no artigo 198 da Constituição Federal que prevê uma rede hierarquizada, regionalizada e

---

<sup>23</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:  
(...)  
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;  
(...)  
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>24</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:  
(...)  
II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;  
(...)  
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

<sup>25</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
(...)  
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;  
(...)  
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

descentralizada. Esta lei também previu a Assistência Farmacêutica, porém sem regulamentá-la, o que só foi ocorrer com a instituição da Política Nacional de Medicamentos instaurada pela Portaria Técnica do Ministério da Saúde (PT/GM/MS)3916.

Dispôs a supracitada portaria que a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito: “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”<sup>26</sup>.

A Política Nacional de Medicamentos apresentou diretrizes<sup>27</sup>, prioridades e responsabilidades, tais como: adoção de relação de medicamentos essenciais, regulação sanitária de medicamentos, reorientação da assistência farmacêutica, promoção do uso racional de medicamentos, desenvolvimento científico e tecnológico, promoção da produção de medicamentos e desenvolvimento e capacitação de recursos humanos. Estas devem nortear os planos, programas e atividades do SUS e seus gestores nas três esferas do governo.

Outras normas específicas, geralmente portarias, foram criadas a partir da Política Nacional de Medicamentos, objetivando a regulamentação e operacionalização de seus programas (BORGES, 2007, p.32)

A Assistência Farmacêutica do SUS tem, portanto, gestão descentralizada das ações e serviços indicando as responsabilidades da União, Estados e Municípios quanto a sua elaboração, financiamento e execução. Portanto, cada ente tem diferentes obrigações.

Segundo Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005) a União, por exemplo, é a responsável por regular todo o sistema, criando mecanismos de financiamento e propondo as diretrizes das ações que serão executadas pelos outros dois entes federais. Já a responsabilidade de organização e coordenação das ações de assistência farmacêutica dentro de seu território e a “dispensação”<sup>28</sup> dos medicamentos

---

<sup>26</sup> PORTARIA (PT/GM/MS) 3916, de 30/10/1998, Introdução, item 1.

<sup>27</sup> PORTARIA (PT/GM/MS) 3916, de 30/10/1998, Diretrizes, item 3.

<sup>28</sup> Definida pela Política Nacional de Medicamentos como sendo o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta a apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado. Neste ato o farmacêutico informa e orienta o paciente sobre o uso adequado do medicamento. São elementos importantes da orientação, entre outros, a ênfase no cumprimento da dosagem, a influência dos alimentos, a interação com outros medicamentos, o reconhecimento de reações adversas potenciais e as condições de conservação do produto.

de alto custo ou excepcionais, caberia aos Estados. Quanto aos Municípios, estes seriam responsáveis pela dispensação de medicamentos essenciais, adquiridos por eles, ou repassado pela União e Estado.

Há três grandes programas na Assistência Farmacêutica do SUS que se distinguem pelo tipo de medicamento dispensado. São elas: a) o Programa de Atenção Básica; b) o Programa de Medicamentos Estratégicos; e c) o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

O primeiro programa oferece acesso a medicamentos essenciais, ou, como menciona a Portaria, “aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”<sup>29</sup>. Os medicamentos distribuídos por este programa são os que constam em uma lista elaborada pelo Ministério da Saúde, a chamada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

A partir dessa lista, os Estados e Municípios devem elaborar de acordo com as doenças mais comuns de cada população, em cada localidade, as suas próprias listas de medicamentos essenciais, podendo incluir, caso seja necessário, medicamentos não elencados no RENAME.

Para auxiliar Estados e Municípios a definirem a lista, formam-se instâncias colegiadas integradas por representantes das Secretarias Estaduais de Saúde e das Secretarias Municipais de Saúde, as chamadas CIBs, Comissões Intergestores Bipartites. São elas as responsáveis por definir qual será a lista própria do Estado e dos Municípios, e a pactuação do financiamento e resolução de outras questões pertinentes à gestão no âmbito estadual, como dispõe a Portaria Gm 3.237 de 24 de dezembro de 2007.<sup>30 31</sup>

---

<sup>29</sup> PORTARIA (PT/GM/MS) 3916, de 30/10/1998, Diretrizes, item 3.1.

<sup>30</sup> “Art. 1o– Aprovar as normas de execução e de financiamento da assistência farmacêutica na atenção básica em saúde, como parte da Política de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, nos termos constantes no Anexo I desta Portaria”. (PORTARIA GM 2327, de 24 de dezembro de 2007).

<sup>31</sup> ANEXO I - Art. 1º – O Elenco de Referência é composto por medicamentos e insumos que se destinam a atender aos agravos prevalentes e prioritários da atenção básica à saúde e estão contidos no Anexo II da presente portaria.

§1º - os medicamentos são integrantes da RENAME vigente .

§ 2º - Outros medicamentos constantes da RENAME vigente e que tenham indicação na atenção básica, de acordo com a necessidade local/regional, poderão ser incluídos e fazer parte do Elenco de Referência, desde que pactuado nas Comissões Intergestores Bipartite - CIB, podendo seu

O programa é financiado pelos três entes da federação, sendo que cada um deles contribui com um valor fixo por habitante/ano. A título de exemplo, observa-se a Portaria GM nº 3.237, de 24 de dezembro de 2007, a qual prevê que a partir de janeiro de 2008, os valores mínimos aplicados para a aquisição de Medicamentos do Elenco de Referência são de: a) R\$ 4,90 por habitante/ano pela União; b) R\$ 1,50 por habitante/ano pelos Estados e Distrito Federal; c) R\$ 1,50 por habitante/ano pelos Municípios.<sup>32</sup>

Os recursos ficam sob a responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde, ou são repassados aos Municípios, devendo o responsável executar a política pública. A compra dos medicamentos, também, pode ser realizada pelo Estado, que repassa os medicamentos em espécie para os municípios, ou ser efetuada pelos próprios municípios com os fundos repassados pelo Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais de Saúde. No entanto, é sempre dos Municípios, a responsabilidade pela dispensação dos medicamentos a população, que deve realizá-la através das Unidades Básicas de Saúde (UBS), mais conhecidas como “postos de saúde”.

Para ter acesso aos medicamentos do Programa de Atenção Básica, é preciso que o cidadão que necessite, tenha sido atendido em uma Unidade Básica de Saúde, ou hospital do SUS e tenha uma prescrição médica.

Os tratamentos de doenças com perfil endêmico, ou seja, que caracterizam problemas de saúde pública, atingindo, ou colocando em risco as coletividades e cujo controle concentra-se no tratamento de seus portadores, são regulamentados pelo segundo programa, ou Programa de Medicamentos Estratégicos.

Este programa é financiado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, que é responsável por sua elaboração, pelo financiamento e produção/compra de medicamentos e pela sua distribuição aos Estados que devem repassá-los aos municípios que fazem sua dispensação por meio das Unidades de Saúde de Referência Municipal.

Para que o cidadão que necessite se beneficiar com o programa tenha acesso aos medicamentos, é necessário que ele esteja vinculado ao SUS, apresente receita

---

financiamento se dar com os recursos financeiros definidos nesta Portaria.

§ 3º - Sem prejuízo da garantia do fornecimento/dispensação dos medicamentos para atendimento dos agravos cuidados na atenção básica em saúde e em atenção ao perfil epidemiológico local/regional, a disponibilização de todos os medicamentos constantes do Elenco de Referência não é obrigatória (...)” (PORTARIA GM 3.237, de 24 de dezembro de 2007).

<sup>32</sup> Fonte: [HTTP://portal.saude.gov.br/portal/saude](http://portal.saude.gov.br/portal/saude)

médica e preencha os Protocolos Clínicos estabelecidos pelo Programa de Medicamento Estratégico.

Finalmente, o último programa também é de responsabilidade do Ministério da Saúde, que deve elaborá-lo, definir as doenças a serem tratadas, quais os medicamentos que serão fornecidos e como deverá ser feito o tratamento, muito embora o Estado possa acrescentar Protocolos Clínicos de atendimento e outras doenças não previstas no Programa, assim como incluir novos medicamentos.

O Programa de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa fornecer tratamentos de média ou alta complexidade, em geral que tenham o custo elevado para doenças raras e/ou crônicas, que atingem um número limitado de pessoas, as quais na maioria das vezes, os utilizam por períodos prolongados. Como exemplo, pode-se citar os transplantados, portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária, de doenças genéticas como fibrose cística, doença de Gaucher, entre outros.

O custo dos medicamentos que fazem parte deste programa é suportado principalmente pelo Ministério da Saúde, com a complementação na forma de cofinanciamento, das Secretarias Estaduais da Saúde. Entretanto, sua execução é de responsabilidade dos gestores estaduais, que os adquirem e fazem sua dispensação em “Farmácias de Alto Custo”.

O Ministério da Saúde elaborou “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” para serem seguidos por médicos e profissionais da área da saúde durante o tratamento para que os medicamentos excepcionais sejam dispensados às pessoas que dele realmente necessitem.

Como já mencionado, tais programas, assim como a própria Política Nacional de Medicamentos, são em sua maioria, instituídos e regulamentados por meios de portarias do Ministério da Saúde. No entanto, existem leis federais que regulamentam questões para algumas doenças específicas.

#### 2.4 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM AÇÕES QUE ENVOLVEM O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS “PADRONIZADOS”

Na maioria das ações demandando medicamentos no Poder Judiciário, não se leva em conta o ente federal responsável por sua “dispensação” de acordo com as políticas públicas do Governo. Chega-se ao extremo de requerer do gestor municipal, medicamentos de alto custo, cuja responsabilidade de “dispensação” seria do Estado.

Há duas possíveis razões para que isso ocorra, sendo a primeira o desconhecimento por parte dos autores da ação de como é a organização das políticas públicas, e qual seria o ente responsável por fornecê-la, e a segunda seria por ser uma estratégia usada para aumentar a chance de provimento da demanda.

Quando estas situações ocorrem, os Municípios geralmente alegam sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, vez que seu objeto é de competência de outro ente da federação.

As decisões que indeferem a preliminar de ilegitimidade passiva do Município, dando provimento ao pedido do autor, trazem o argumento de que a obrigação é solidária entre os três entes federativos, (União, Estados e Municípios) para fornecer os medicamentos pleiteados<sup>33</sup>. Essa maior parte da jurisprudência entende que qualquer ente pode ser acionado para responder pela obrigação, independente de qual seja o gestor responsável conforma a Política Nacional de Medicamentos.

Portanto, não importa o nível da federação que seja demandado pela ação, nem a responsabilidade do gestor de acordo com a Política de Assistência Farmacêutica, pois todos os entes federativos teriam a obrigação de fornecer, individual ou conjuntamente, medicamentos que sejam pleiteados através do Poder Judiciário.

Embora o artigo 198 da Constituição Federal, a Lei 8080/90, e a Política Nacional de Medicamentos prevejam uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, o Judiciário tem entendido que não pode haver uma restrição a um ente ou gestor específico no fornecimento de medicamentos.

Consultando julgados<sup>34</sup>, percebe-se que há ainda decisões com a argumentação no sentido de que o autor da ação pode escolher contra qual ente federativo ele deseja propô-la, sem se importar com as atribuições de cada um na Assistência Farmacêutica, pois os três teriam obrigação concomitante.

---

<sup>33</sup> “Ocorrendo obrigação solidária das três esferas governamentais da Federação, quanto à garantia de proteção à saúde dos cidadãos, a obrigação de fornecer medicamentos necessários e adequados poderá ser exigida de um ou de todos os entes, como no caso dos autos, do Estado de Santa Catarina e do Município de Palhoça”. (Ac. 2012.060815-7, des. Rel. Jaime, de Brusque, em 01/11/2012)

<sup>34</sup> Consultados em [www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br) e [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

Sendo a Política Nacional de Medicamentos e os Programas da Assistência Farmacêutica do SUS, em geral, regulados por portarias do Ministério da Saúde, no âmbito nacional, e por outras normas das Secretarias Estadual e Municipal de Saúde, no âmbito local, há decisões no sentido de que “normas hierárquicas inferior”, ou ainda “atos administrativos inferiores” não podem limitar o direito à saúde previsto constitucionalmente.

São poucas as decisões que entendem no sentido contrário, reconhecendo a divisão de responsabilidade entre os entes federativos imposta pelas políticas públicas e que deve ser respeitada, pois não fere o “direito à saúde” disposto na Constituição Federal.

Como explicado no item anterior, a política de fornecimento de medicamentos envolve, também, questões orçamentárias. No Programa de Atenção Básica, o financiamento é feito conjuntamente pelos três entes federados, que contribuem com um valor fixo por habitante. Logo, o Programa é financiado em parte pelos próprios Municípios e em parte por recursos repassados à eles pela União e pelo Estado, na forma de verbas de fornecimento dos medicamentos em espécie. Quanto ao Programa de Medicamentos Estratégico, a aquisição dos medicamentos é realizada pelo Ministério da Saúde e o financiamento de insumos é de responsabilidade do Estado e Município.

Muito embora todas essas previsões orçamentárias, os tribunais<sup>35</sup> têm entendido que estas não são justificativas para o não fornecimento de medicamentos, visto que o direito à saúde é direito fundamental do indivíduo, que não está sendo negado somente organizado. Mais uma vez a organização da Assistência Farmacêutica é colocada em segundo plano, obrigando o Executivo a realizar gastos sem previsão e sem verbas específicas.

Com o argumento de que o direito à saúde é assegurado na Constituição e deve ser disponibilizado imediatamente ao indivíduo, os juízes tem entendido que diante da falta de verbas para cumprir a obrigação que não seria sua responsabilidade, o ente prejudicado pode pedir ressarcimento por meio de outra ação ao ente federativo responsável

---

<sup>35</sup> Foi Consultado o Tribunal do Estado de Santa Catarina e de São Paulo.

Outro argumento nesse sentido é o de que cabe ao Poder Executivo comprovar que há limitações orçamentárias para a compra de medicamentos que não são de sua competência de fornecimento.

Outra questão alegada pelos entes federativos que não são responsáveis pelo fornecimento dos medicamentos demandados é a necessidade de se fazer licitação para a compra do referido medicamento, como em geral ocorre nas compras realizadas pelo Poder Público. Contra esse argumento, as decisões afirmam que o processo licitatório pode ser dispensado pelo Poder Executivo, segundo a lei que o regula, devido à urgência da compra do medicamento<sup>36</sup>. Embora, realmente, possa haver dispensa da licitação, se pagará valor muito mais caro pelo medicamento, se comparado ao valor pago pelo ente federativo responsável, vez que este fez todo o processo licitatório para sua aquisição.

Poucas são as decisões que julgam improcedente ou parcialmente procedente. Nesses casos há um entendimento de que a Administração Pública é obrigada somente a fornecer medicamentos dentro da previsão orçamentária das verbas do SUS. O planejamento da política de Assistência Farmacêutica é, então, critério relevante para decidir a demanda.

---

<sup>36</sup> “Nos termos do artigo 24 da Lei 8.666/93, em caso de comprovada urgência, é possível a dispensa de processo de licitação para a aquisição, pelo ente público, de medicamento necessário à manutenção da saúde”. (Ac. [2012.073878-0](#), des. Rel. Jaime Ramos, em 29/11/2012.

## CONCLUSÃO

Com o primeiro capítulo foi possível verificar que a Constituição Federal do Brasil, sendo rígida, formal e dirigente tem como principal função a de nortear a Administração Pública e as decisões judiciais.

A Constituição, como ficou evidenciado, é composta por normas que são mandamentos que buscam a ordem e a justiça na vida social. Analisando a atuação do Poder Judiciário, restou claro que as normas constitucionais passaram de integrantes de um documento político, que direcionam a atuação do Legislativo e do Executivo, para desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por parte dos juízes e tribunais.

Observadas as classificações de José Afonso da Silva das normas quanto sua aplicabilidade, verificou-se que as normas que preveem o direito à saúde, são normas consideradas programáticas, com normatividade insuficiente e necessidade de legislação complementar para sua execução. Essas normas apenas dispõem sobre o princípio que deverá ser cumprido pela Administração Pública.

Alguns direitos dentro da Constituição garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social, são os chamados direitos fundamentais.

Ao analisá-los ainda no primeiro capítulo, concluiu-se que, embora atrasado, se comparado a outros direitos, o direito à saúde entrou para este grupo seletivo de direitos que visam proteger a dignidade humana. Se observado seu momento histórico, o direito à saúde faz parte da segunda geração de direitos fundamentais.

Anotada a classificação feita por Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, percebeu-se que o direito à saúde está no grupo dos direitos prestacionais, ou seja, permitem que o indivíduo cobre do Estado determinada postura prevista na Carta Magna.

Para entender essa possibilidade de o indivíduo exigir do Estado determinada postura, analisou-se o conceito de Estado e seus tipos. Concluiu-se que Estado é o povo em um determinado território com uma autoridade e não sujeito a qualquer outra e que o Estado brasileiro hoje é um Estado Democrático de Direito.

Um dos elementos caracterizadores do Estado, como demonstrado, é o poder, sendo este uno e indivisível. Portanto, ao se falar em “separação de poderes” na

verdade, está se referindo a estruturação dos exercícios de poder, ou seja, não há uma separação de poderes, e sim, uma separação dos exercícios de poder, de suas funções.

O Poder Executivo, como analisado, é formado pelo Presidente da República e seus Ministros. Devido ao sistema presidencialista adotado pelo Brasil, o Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo.

Com o acúmulo de funções e a extensa territorialidade brasileira, é permitido ao Presidente da República delegar funções tanto verticalmente (para Estados e Municípios), quanto horizontalmente (para Ministros com competência para tal).

O Estado, devido ao seu papel social, deve garantir a efetivação das normas programáticas da Constituição, cabendo esta responsabilidade aos três Poderes da União. Ao Executivo, cabe a criação de atos administrativos, como políticas públicas, ao Legislativo, a criação de leis regulamentares e ao Judiciário, o controle constitucional através de decisões judiciais.

Essa efetivação das normas constitucionais visa torná-las aplicáveis direta e imediatamente. As normas constitucionais, tais como as normas jurídicas, em sua maioria são dotadas do atributo da imperatividade, que pode ser descumprido tanto por ação quanto por omissão.

Conclui-se que o Presidente da República visando maior efetivação das normas, delega aos Ministros, as criações de Políticas Públicas nas áreas de sua competência. Portanto, todas as Políticas Públicas na área da saúde são elaboradas constitucionalmente.

Como analisado, o artigo 196 da Constituição prevê que o direito à saúde vai ser regulamentado por políticas econômicas e sociais, ou seja, ao delegar a competência aos Ministros e exigir a criação de políticas públicas, o Presidente da República nada mais está fazendo, do que cumprindo a Constituição.

Como se pôde observar através da análise da atuação do Poder Judiciário, sua intervenção no sentido de obrigar o Estado a fornecer medicamentos gratuitamente sem observar o ente responsável, conforme as Políticas Públicas, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. Acontece, que como observado, esse sistema pode vir a falir o Estado, devido ao grande número de demandas nesse sentido. Não há critério firme nas decisões de qual ente deve

ser responsabilizado pela entrega de cada medicamento, observa-se apenas qual deles está no polo passivo e com o argumento da solidariedade, julga-se procedente.

No entanto, isso mobiliza grande quantidade de agentes públicos, como procuradores e servidores administrativos, além de superposição de esforços e defesas, e tudo isso gera gastos.

As decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. Apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum.

Como estudado, quando um ente é condenado ao fornecimento de medicamento que seria de responsabilidade de outro ente, deverá adquirir o medicamento, sem licitação, devido à urgência, para cumprir a obrigação, enquanto o outro ente que seria responsável teria esse mesmo medicamento em estoque e adquirido a um preço bem inferior devido a todo processo administrativo para sua compra.

Esse entendimento não contribui para organizar o complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Se há decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, é certo que o polo passivo da demanda deve ser ocupado por esse ente, pois através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Ademais, tais decisões que não observam o ente federativo no polo passivo impedem que a Administração possa planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do litigante, mas impediria melhores promoções estatais no que toca a saúde pública.

Estas decisões sem critérios acabam colocando em risco a própria continuidade das Políticas de saúde pública, pois acabam promovendo uma desorganização da atividade administrativa e impedindo que se tenha um planejamento racional dos escassos recursos públicos, pois não levam em consideração nem a reserva do possível, nem o mínimo existencial. Em longo prazo, tais decisões podem impedir que políticas coletivas, que visam a promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.

Como analisado, o Judiciário não pode deixar de tutelar os direitos fundamentais que podem ser promovidos por ele. No entanto, também não pode extrapolar suas funções com o pretexto de promover direitos fundamentais de uns e causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Em muitas situações que envolvem o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Porém, em outros casos deverá respeitar as políticas públicas implementadas, pois, do contrário, estaria agindo de maneira excessivamente invasiva na deliberação dos outros Poderes.

Os juízes e tribunais devem sempre procurar respeitar as opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Portanto, onde não houver lei ou ação administrativa implementando a Constituição deve o Judiciário agir. Se houver lei e atos administrativos, e estes não forem devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. No entanto, se houver lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, não deve haver interferência judicial.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto “**Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**”, [http://www.migalhas.com.br/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=52582](http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582). Acesso em 20 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_. (2009), **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª. ed, São Paulo: Saraiva.

\_\_\_\_\_. (2009), **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª ed, São Paulo: Renovar.

\_\_\_\_\_. (2009), **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva

BARROS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo . **Curso de direito constitucional**. 26.ed. atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2011.

BORGES, Daniela da Costa Leite. (2007). *Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: dissertação de mestrado, Fundação Oswaldo Cruz.

BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 20 de jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em 20 de jul. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. (2000), **Elementos de Direito Constitucional**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Normas Constitucionais e seus efeitos**. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KRELL, Andréas J. *Controle Judicial dos Serviços Públicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade.; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 200, t IV.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. (2010), **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª ed. São Paulo (SP): Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa e LUIZA, Vera Lucia. (2005). *Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamento no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil*. In: Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, Vol 21 (2), pp. 525-534.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. (2003), **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. (2005), **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo (SP): Malheiros.

\_\_\_\_\_. (2009), **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Malheiros.

\_\_\_\_\_. (2002), **Poder constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros.

.