

CAPÍTULO I

**A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
PROGRAMÁTICAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988 EM SEU VIGÉSIMO ANIVERSÁRIO:
OS AVANÇOS DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Paulo Roberto Lyrio Pimenta**

Sumário • 1. Introdução – 2. Eficácia das regras jurídicas – 3. A eficácia do fato jurídico – 4. A eficácia das normas programáticas: controvérsia doutrinária: 4.1 A doutrina clássica; 4.2 A doutrina moderna – 5. A eficácia das normas programáticas da Constituição Federal de 1988: 5.1 – A evolução da jurisprudência do STF; 5.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – 6. Conclusões – 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988 gerou na coletividade uma enorme expectativa, por diversos motivos, principalmente pelo inédito elenco de direitos econômicos e sociais veiculados em normas de caráter programático.

Infelizmente, a adoção de determinada concepção teórica pela doutrina e pelos Tribunais impossibilitou a efetivação de muitas dessas normas.

Recentemente, todavia, tem-se assistido no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal grandes avanços no exame da matéria, fator que tem contribuído decisivamente para que as normas constitucionais possam adquirir uma maior efetividade.

No presente trabalho pretende-se analisar tais mudanças, considerando a dualidade de concepções doutrinárias existentes sobre o tema.

*. O autor é Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, onde leciona como Professor Adjunto nos cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação. Juiz Federal na Bahia.

2. EFICÁCIA DAS REGRAS JURÍDICAS

A eficácia apresenta basicamente três acepções na teoria do direito: a) aptidão para produzir efeitos jurídicos; b) produção de efeitos jurídicos; c) aplicabilidade.

Trata-se, portanto, de uma qualidade das normas (regras e princípios) e dos fatos jurídicos, que se apresenta de maneiras diferentes, consoante será adiante analisado.

Em relação às regras jurídicas, tem-se afirmado que a eficácia pode se manifestar de quatro formas distintas.

A primeira, denominada de *eficácia técnica*, refere-se à aptidão de a norma produzir efeitos, considerando a sua estrutura. Vale dizer, examina-se, neste ponto, se os âmbitos de validade (domínios) de vigência¹ estão delineados de maneira precisa, para que a norma tenha aptidão para atuar no plano dos fatos. Destarte, observar-se-á se os âmbitos de validade material, pessoal, temporal e espacial estão descritos, de forma suficiente, pela fonte formal de direito (documento normativo) que tiver veiculado a regra.

No segundo, denominado de *eficácia semântica*, confronta-se o plano normativo com situação de fato por ele regulado. Assim, o cotejo entre a hipótese normativa e o suporte fático revelará a compatibilidade necessária para a norma atuar. O descompasso entre o plano dos fatos e o da norma importará na ausência deste tipo de eficácia. Ex: norma que prevê a utilização por determinados sujeitos de um tipo de aparelho audiovisual inexistente no mercado.

Se tais modalidades eficaciais se fizerem presentes, a regra jurídica incide, jurisdicizando suportes fáticos, fenômeno denominado por Pontes de Miranda de *eficácia legal*: “a incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência”.² A incidência está no plano do pensamento, sendo automática e infalível.³

1. Para Kelsen, “a referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio da vigência espacial e temporal da norma” (*Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.13). E conclui: “Além dos domínios de validade espacial e temporal pode ainda distinguir-se um domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas. Com efeito, a conduta que pelas normas é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que são de distinguir em toda conduta fixada numa norma um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir” (Op. cit., p.15).
2. *Tratado de Direito Privado*, t. I, Campinas: Bookseller, 1999, p.63.
3. Diz Pontes de Miranda: “a incidência da lei, pois que se passa no mundo dos pensamentos e nele tem de ser atendida, opera-se no lugar, tempo e outros “pontos” do

Por fim, tem-se a hipótese de *eficácia social* (efetividade), que significa a produção de efeitos previstos pela norma no plano dos fatos, por ter sido voluntariamente ou coativamente cumprida por seu destinatário. Assim, por exemplo, a norma que prevê o uso obrigatório de cinto de segurança em veículos automotores apresentará eficácia social no instante em que os condutores de automóveis fizerem uso deste equipamento de segurança. Convém salientar, contudo, que ainda que a norma não seja cumprida, poderá apresentar esse tipo de eficácia, à medida que os objetivos visados com a sua edição sejam atendidos, a exemplo da satisfação ideológica.⁴

Obviamente que a existência de eficácia social dependerá da presença das demais modalidades de eficácia, pois a ausência de algum dos âmbitos de validade da norma ou o descompasso entre esta e o plano dos fatos impossibilitará a sua observância.

É com base na eficácia técnica que todas as normas jurídicas, e não apenas as constitucionais, podem ser classificadas em normas de eficácia plena, contível e limitada. O problema aí é da presença ou não dos domínios de vigência da norma, que a permitem atuar no plano dos fatos. Tal aptidão de produzir efeitos – eficácia técnica –, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior, admite graus, cuja aferição depende da verificação das *funções eficaciais*.⁵ Nesta linha de entendimento, são três as funções eficaciais; de bloqueio, de programa e de resguardo. A primeira busca obstaculizar a prática de determinada conduta, enquanto a de programa impõe um fim a ser alcançado e a de resguardo um determinado comportamento.⁶ Dada à similitude entre as duas últimas, preferimos separar as funções eficaciais em duas categorias: positiva e negativa.

Nas normas jurídicas as mencionadas funções se manifestam por meio de graus diversos. Assim, numa regra de outorga de competência a principal função é a positiva, aparecendo a negativa de forma secundária. Quando a

— mundo em que tenha de ocorrer, segundo as regras jurídicas. É, portanto, *infalível*” (Op. cit., p.62)

4. Nesse sentido, leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior que “a eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disto, produzirem o efeito de satisfação ideológica.” (*Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p.195).

5. Cf. op. cit., p.196.

6. Cf. op. cit., p.197.

CF outorga, por exemplo, competência exclusiva à União para legislar sobre direito penal, faculta a este ente a prática de um comportamento positivo, destacando-se a função positiva. No entanto, tal regra veda que os demais entes políticos legislem sobre a matéria, aparecendo aí a função negativa. É possível, portanto, falar numa função primária e noutra secundária.

Com base em tais funções e tendo em vista os âmbitos de validade é que as normas jurídicas admitem a classificação supra, quanto ao grau de eficácia: plena, limitada e contível. Quando a função eficaz puder ser obtida sem a ajuda de outra regra, diz-se que a norma tem eficácia plena. Quando houver necessidade de auxílio de outras normas, a hipótese será de eficácia limitada, enquanto na última situação a eficácia é plena, havendo a possibilidade de outra norma restringir a possibilidade de produção de efeitos.⁷

A eficácia das regras, que pode ser denominada de eficácia *jurídico-normativo*, importa na transformação do suporte fático em fato jurídico. Como assevera Pontes de Miranda, “só após a incidência da regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*.”⁸ Portanto, a produção de efeitos dos fatos jurídicos é que pode ser denominada de *eficácia jurídica*. Em outras palavras, eficácia jurídica é a do fato, e não a eficácia das regras.

3. A EFICÁCIA DO FATO JURÍDICO

A análise da eficácia do fato jurídico passa necessariamente, por um breve exame da teoria da norma jurídica de Pontes de Miranda, interpretada de forma precisa por Marcos Bernardes de Mello.

Embora Pontes não tenha escrito um trabalho específico sobre o tema, a este se dedicou nos primeiros volumes do Tratado de Direito Privado.

Ao seu sentir, o mundo jurídico compõe-se de fatos e de regras, sendo um subconjunto do mundo.⁹ As regras jurídicas são produto da criação humana, pertencendo ao plano abstrato.¹⁰

Em toda regra existe um suporte fático (*Tatbestand*), que é a previsão abstrata de um fato ou grupo de fatos, de natureza diversa, sobre os quais a norma incide. Esse suporte fático admite duas acepções: a) suporte fático

7. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, op. cit., p.197-198.

8. Cf. op. cit., p.51.

9. *Tratado de Direito Privado*, t.1, p.51

10. *Idem*, p.54.

abstrato – previsão do fato no plano da norma; b) suporte fático concreto – o evento ocorrido no mundo físico.¹¹

É a regra jurídica que seleciona os fatos do mundo fenomênico que considera relevantes para o direito.¹² Ao fazê-lo, escolhe fatos de diferentes modalidades, como os da natureza, psíquicos e até criações do próprio direito. Sendo assim, os elementos do suporte fático podem ser fatos da natureza, atos humanos, dados psíquicos, estimativas valorativas, probabilidades, fatos e efeitos do mundo jurídico.¹³

Por meio da incidência, ocorre a jurisdicização do suporte fático concreto, pela subsunção à previsão abstrata (suporte fático abstrato). Assim, o suporte fático concreto passa a ser qualificado como fato jurídico, ingressando no plano da existência. Em célebre frase sobre o assunto, diz Pontes de Miranda: “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos””.¹⁴ Esse fenômeno Pontes qualifica como *eficácia da regra*, e não eficácia do fato: “a incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é jurisdicização das conseqüências dele, devido á incidência”.¹⁵

Uma vez ingresso no plano da existência, o fato pode passar pelo plano da validade e o da eficácia, que integram o mundo jurídico.

A eficácia do fato consiste, nesse modelo teórico, ao qual aderimos, na produção de efeitos jurídicos, isto é, relações e situações jurídicas. Afirmam Pontes: “só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico”.¹⁶

A eficácia da regra, desse modo, é um *prius* em relação a do fato. Sem a incidência da regra não há que se falar na existência do fato jurídico, e, por conseguinte, em sua eficácia.

Nem todo fato jurídico produz efeitos. O fato ingressa no plano da existência no momento em que a norma incide sobre o suporte fático,

11. Cf. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 1999, p.37.

12. Idem, p.66.

13. Cf. Marcos Bernardes de Mello, op. cit., p.38-42.

14. Op. cit., p.52.

15. Idem, p.63.

16. Idem, p.51.

reafirme-se. No entanto, é possível que o fato existente não produza efeito, como ocorre, por exemplo, na hipótese de testamento revogado pelo testador antes da sua morte.

No instante em que o fato gerar efeitos, produzirá uma situação jurídica, que pode ser entendida como um plexo de comportamentos modalizados pelas normas, vale dizer, as situações jurídicas correspondem ao conjunto de efeitos produzidos pelos fatos jurídicos. Podem existir apenas situações ativas ou passivas, pois a intersubjetividade não é um traço característico desta categoria.

A posição jurídica é um conceito relacional, isto é, resulta de uma operação de comparação. Ex: determinado sujeito é credor de outrem, se este se encontrar na posição de devedor. A posição de um sujeito resulta da comparação com a do outro.

Já a relação jurídica é um vínculo em virtude do qual alguém tem o dever jurídico e outrem o direito subjetivo. Trata-se, pois, de uma intersecção de duas ou mais situações jurídicas, cujos conteúdos se correlacionam.

Não há coincidência, destarte, entre os conceitos de situação, posição e de relação jurídica. Calha aqui o magistério de Marcos Bernardes de Mello, ao asseverar que a situação jurídica “em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica, e mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica”.¹⁷

Diante do exposto, infere-se que a eficácia dos fatos não equivale à das normas-regras. A primeira é a produção de situação jurídica, a segunda, a possibilidade ou a produção de efeitos sobre o suporte fático.

4. A EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS: CONTRO-VÉRSIA DOUTRINÁRIA

4.1 A doutrina clássica

O tema eficácia das normas constitucionais (eficácia da regra, eficácia jurídico-normativo) inicialmente foi objeto de análise de determinado setor da teoria jurídica, que denominamos em estudo anterior de “doutrina

17. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia- 1ª Parte*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.79.

clássica”,¹⁸ surgida nos Estados Unidos da América no início do século passado.

O grande teórico dessa escola foi Thomas Cooley, Juiz da Suprema Corte de Michigan, que separou as normas constitucionais em duas grandes categorias, no que se refere à eficácia: normas *self-executing* (*self-enforcing*) e normas *not self-executing* (*not self-enforcing*).¹⁹ Ao seu sentir, existiriam na Constituição determinadas regras aptas a atuarem desde o instante em que viessem a ser inseridas no ordenamento, enquanto outras necessitariam da atuação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos.

No Brasil, tal concepção ganhou a adesão de Ruy Barbosa, que classificou as normas constitucionais em *normas auto-executáveis* ou *disposições* e *normas não-auto-executáveis* ou *mandamentais*, asseverando que as primeiras teriam exequibilidade imediata, enquanto as demais dependeriam do socorro das leis infraconstitucionais.

Grandes juristas brasileiros também adotaram esse posicionamento, a exemplo de Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda, Victor Nunes Leal e Nelson de Souza Sampaio, o que colaborou decisivamente para que durante décadas essa doutrina prevalecesse na seara da teoria do direito, repercutindo em cheio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante será a seguir analisado.

Assim, entendia-se que as normas programáticas seriam regras destituídas de qualquer eficácia, meras exortações morais, que ficariam à espera do auxílio do legislador infraconstitucional para produzirem efeitos jurídicos. Infelizmente, foi esse o entendimento amplamente majoritário em nosso país durante o século passado, que causou grande prejuízo aos administrados.

4.2 A doutrina moderna

No final da primeira metade do século passado teve início um processo de mudança da doutrina acerca da eficácia das normas programáticas, com o aparecimento dos estudos de um grande constitucionalista italiano, Vezio Crisafulli, que se notabilizou pela defesa da eficácia das normas veiculadas pela Constituição italiana de 1948.

18. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p.145-150.

19. *A Treatise on the Constitutional Limitations Power of the States of the American Union*, 7ªed., Boston, Little, Brown and Co., 1903,p.119-121.

A premissa do pensamento desse autor é que a Constituição, como qualquer outra lei, é acima de tudo um ato normativo, razão pela qual suas disposições devem ser integradas de regras, como disposições normativas. Assim, a Carta Magna tem natureza de um ato normativo, como a lei ordinária, porém, dotada de maior valor. Por conseguinte, as contradições internas do ordenamento devem ser eliminadas priorizando-se as normas inseridas pela Constituição, enquanto fonte do direito dotada de supremacia sobre as demais. Defendeu-se, destarte, o valor normativo de todas as normas constitucionais, em harmonia com a afirmação de ser a Constituição uma “*superlegge, ma legge*”, e, como tal, dotada de eficácia ab-rogante em relação a outra disposição contrária anterior.

Em outras palavras, tudo no sistema normativo é penetrado, modificado pelas normas constitucionais, não importando se preceptiva ou programática, todas vinculantes, ainda que tenham efeitos diversos no confronto com as demais normas anteriores.

Desse modo, em síntese apertada, Crisafulli lançou as bases para o aparecimento de uma corrente doutrinária diferente, que denominamos de “moderna”,²⁰ baseada nas seguintes assertivas: i) reconhecimento da eficácia normativa das disposições exclusivamente programáticas; ii) reconhecimento da natureza obrigatória do vínculo derivado das normas programáticas, em relação aos órgãos legislativos, como consequência da eficácia oriunda da fonte do direito que as veiculam (Constituição); iii) reconhecimento da invalidade das leis posteriores e anteriores às normas programáticas, que com estas estiverem em contradição.²¹

Com fundamento em tais premissas, conclui o festejado constitucionalista que as normas programáticas são tão eficazes quanto as demais, no entanto, a peculiaridade reside no tipo de efeito que irradiam para o ordenamento: paralisar a eficácia de todas as normas que lhes sejam contrárias.

Amparados nas lições de Crisafulli, constitucionalistas de diversas partes do mundo abraçaram a tese da eficácia das normas programáticas. Na Europa, pode-se citar, como exemplos, as posições de J.J. Gomes Canotilho²² e de

20. Cf. nosso *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, p.150-154.

21. Cf. Vezio Crisafulli, *Le norme “programmatiche” della Costituzione*. In: Stato, popolo, governo – illusioni e delusioni costituzionale. Milano: giufrè, 1985, p.43.

22. *Direito Constitucional*, 6ªed., Coimbra, Almedina, 1993, p.183-185.

Jorge Miranda,²³ Na Argentina, Rolando E. Pina,²⁴ e, no Brasil, J.H. Meirelles Teixeira,²⁵ José Afonso da Silva,²⁶ Paulo Bonavides,²⁷ Eros Roberto Grau²⁸ e Luís Roberto Barroso,²⁹ dentre outros.

Convém observar, todavia, que o aparecimento da doutrina “moderna” num primeiro momento não foi suficiente para provocar uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a eficácia das normas programáticas, como será adiante analisado.

5. A EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

5.1 A evolução da jurisprudência do STF

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema “eficácia das normas constitucionais” foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 04, que versava sobre a eficácia do dispositivo previsto no art. 192, §3º da Carta Magna, o qual estabelecia uma limitação da taxa de juros ao patamar de 12% ao ano. Nesse julgamento, prevaleceu a tese da corrente clássica, admitindo-se que há determinadas normas constitucionais que não têm aptidão de irradiar qualquer efeito jurídico, enquanto não forem reguladas pelo legislador infraconstitucional. O voto então proferido pelo Ministro Celso de Mello, adiante parcialmente transcrito, demonstra a claramente a adoção por essa concepção: “É precisamente o que ocorre com o preceito inserido no §3º do art. 192 da Constituição federal, que configura, na clássica acepção das regras constitucionais de eficácia limitada, uma estrutura jurídica sem suficiente densidade normativa. Sem a legislação integrativa da vontade do constituinte, normas constitucionais – como a de que ora se trata – “não produzirão efeitos positivos” e nem mostrar-se-ão aplicáveis em plenitude.”³⁰

23. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 2ªed., Coimbra, Coimbra editora, 1988,p.219-220.

24. *Clausulas Constitucionales Operativas y Programáticas*, Buenos Aires, Astreas, 1973, p.25.

25. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p.333.

26. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p.139-145.

27. *Curso de Direito Constitucional*, 6ªed., São Paulo, Malheiros, 1996, p.200-223.

28. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p.126.

29. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 3ªed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p.114-118.

30. STF, ADIn nº 04, RTJ nº 147, março de 1994, p.824.

Esse posicionamento majoritário da Corte Maior impediu a efetividade das normas constitucionais programáticas previstas pela nova Constituição, causando frustração para os administrados.

Com o passar dos anos, todavia, gradativamente o Tribunal começou a alterar a sua jurisprudência, às vezes de maneira tímida. O marco para o início dessa virada foi a discussão sobre a possibilidade de o Estado fornecer medicamentos de alto custo para o cidadão sem condições financeiras, com base na regra veiculada pelo art. 196 da Constituição Federal, de indiscutível caráter programático.³¹ Em diversos julgados a Corte passou a admitir que o administrado, em tal situação, tem direito subjetivo ao recebimento do medicamento, devendo o Estado arcar com o custo da aquisição, eis que tem o dever constitucional de assegurar o desfrute dessa pretensão material. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238328, por exemplo, o Tribunal decidiu que “o preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”.³² Em julgado posterior, em parte transcrito, a eficácia das normas programáticas foi defendida de maneira enfática, *verbis*:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indisociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável

31. O art. 196 da Constituição Federal dispõe o seguinte: “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”.

32. STF, 2ª Turma, AI-AgR nº 238328, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18/02/2000.

dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.³³

Como se pode observar do exame desse julgado, os avanços da jurisprudência do Pretório Excelso são inquestionáveis e bastante relevantes. Admite-se que as normas programáticas produzem efeitos jurídicos, ou seja, apresentam eficácia, deixando de representar meras promessas, exortações morais. Além disso, a Corte reconhece que tais normas geram direitos subjetivos, e não mero interesse. A situação de direito subjetivo recebe do ordenamento maior proteção, conferindo ao seu titular verdadeira pretensão de caráter material. Por conseguinte, os titulares de direitos conferidos por normas programáticas passam a ter a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação prevista em tais regras jurídicas, inclusive perante o Poder Judiciário.

Em decisão mais recente, que versava sobre o mesmo tema, o Tribunal mais uma vez reconheceu a obrigação do Estado em fornecer medicamentos de alto custo, o que equivale, por outro lado, a admitir a existência de direito subjetivo outorgado ao administrado por uma norma de caráter programático.³⁴

Do exposto se infere, portanto, que no momento em que se celebra o vigésimo aniversário da Carta de 1998, que inseriu em nosso ordenamento um grande número de regras programáticas, não se pode deixar de admitir os avanços da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da eficácia, fato que acaba contribuindo decisivamente para que esse documento normativo gradativamente tenha uma maior efetividade.

5.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia das normas constitucionais programáticas vem ganhando eco em outros tribunais, principalmente no Superior Tribunal de Justiça. Em diversos julgados, que versam sobre idêntica matéria – fornecimento pelo Estado de medicamentos de alto custo –, a Corte tem admitido, expressamente, a produção de efeitos jurídicos pela norma inserida no art. 196 da Carta Magna. No julgamento do RMS nº 11.183, por exemplo, o Tribunal posicionou-se da seguinte maneira: “Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988,

33. STF, RE-AgR 393175, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/12/2006.

34. STF, AI-AgR 648971, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28/09/2007.

na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”(art.196)”.³⁵ Buscou-se, destarte, a efetivação do dispositivo constitucional em epígrafe, que veicula indiscutivelmente norma de caráter programático no ordenamento constitucional.

Noutro julgado a Corte entendeu que “a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana”.³⁶Aqui o Tribunal rejeitou implicitamente a tese da existência de proclamações morais na Constituição, optando por um entendimento que privilegia a eficácia de todas as normas constitucionais.

Em julgamento mais recente, o Superior Tribunal de Justiça novamente reconheceu a eficácia do art. 196 da CF, *verbis*: “A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art.196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda”.³⁷Nessa decisão a Corte admitiu que a norma programática inserta no art. 196 da Carta Maior gera direito subjetivo para o administrado, à medida em que obriga o Estado ao fornecimento de medicamento de alto custo para as pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Com a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, evidencia-se que a tese da eficácia das normas programáticas, defendida pela corrente moderna, vai ganhando maior adesão, em detrimento da perda de prestígio da corrente clássica sobre a eficácia das normas constitucionais programáticas.

6. CONCLUSÕES

- i) No Brasil sempre prevaleceu o entendimento doutrinário da corrente clássica, que sustenta a ineficácia das normas programáticas,

35. STJ, RMS nº 11.183, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 04/09/2000.

36. STJ, RESP nº 771.616, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/06/2006.

37. STJ, AgRg no Ag 858.899, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 30/08/2007.

- transformando-as em exortações morais, desprovidas de significado jurídico;
- ii) O aparecimento na Europa da doutrina moderna, defendendo a existência de eficácia das normas programáticas, foi insuficiente, inicialmente, para promover uma virada na doutrina e na jurisprudência pátria sobre o tema;
 - iii) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclinou-se, inicialmente, pela adoção da corrente clássica sobre a eficácia das normas programáticas veiculadas pela Constituição Federal de 1988;
 - iv) Atualmente, tanto a jurisprudência do Pretório Excelso quanto a do Superior Tribunal de Justiça admitem a eficácia das normas programáticas, sustentando, inclusive, que são capazes de gerar direito subjetivo para os administrados.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ªed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªed.. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed.. Coimbra: Almedina, 1993.
- CRISAFULLI, Vezio. **Le norme “programmatiche” della Costituzione**. In: Stato, popolo, governo – illusioni e delusioni costituzionale. Milano: Giuffrè, 1985.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 9ª ed. Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª Parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. II, 2ªed.. Coimbra: Coimbra editora, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. I. Campinas: Bookseller, 1999.
- PINA, Ronaldo E.. **Clausulas Constitucionales Operativas y Programáticas**. Buenos Aires: Astreas, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

A Treatise on the Constitutional Limitations Power of the States of the American Union, 7^aed.. Boston: Little, Brown and Co., 1903.

Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas. São Paulo: Max Limonad, 1999.