

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DIREITO À SAÚDE

The principle of legality and the right to health

Carla Pittelli Paschoal D'Arbo¹

RESUMO

Este artigo reúne os temas direito à saúde, efetividade das normas constitucionais e instrumentos de normatividade da Constituição Federal em face do princípio da legalidade. Seu principal objetivo é analisar se há necessidade de atuação legislativa futura ou se as normas que versam sobre a saúde têm aplicação imediata. Após discorrer sobre o campo de incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, a reserva do possível e o mínimo existencial, apresenta-se um estudo sobre o direito à saúde. Ainda para esclarecer a questão, aborda-se a efetividade das normas constitucionais, dando ênfase às normas programáticas. Ao analisar as normas que disciplinam o direito à saúde e a classificação das normas constitucionais, conclui-se que, embora prescrevam um direito fundamental, não têm aplicação imediata, dependendo de atuação futura e legiferante do poder público, por meio de políticas públicas. Em razão disso, busca-se dirimir quais instrumentos previstos no ordenamento jurídico são eficazes no combate à inércia do Poder Legislativo, o que gera um estudo sobre o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular, e os efeitos das decisões judiciais proferidas nos dois primeiros. Por fim, apresenta-se uma crítica sobre a confusão entre direito à saúde e direito a medicamentos, sobre a utilização desenfreada da ação de mandado de segurança e sobre a atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Efetividade; Legalidade; Normas Programáticas; Saúde.

ABSTRACT

This article brings together the right to health, the effectiveness of constitutional and normative instruments of the Federal Constitution in

¹ Procuradora do Estado. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo – SP - Brasil. E-mail: <cpaschoal@sp.gov.br>. Texto recebido em 12.08.2010 e aprovado em 30.09.2010.

face of the principle of legality. Its main objective is to examine whether there is need for future legislative action or whether the rules that deal with health have immediate application. In reviewing the rules about the right to health and the classification of constitutional norms, it concludes that although these norms prescribe a fundamental right, they have no immediate application and they depend on governments public policies. For this reason, it seeks which instruments under the law are effective in combating the inertia of the legislative branch, which leads to a study on the writ of injunction, the direct action of unconstitutionality by omission and the popular initiative and the effects of decisions judgments given in the first two. Finally, it reflects about the confusion between the right to health and access to drugs, the use of unrestrained action of injunction and the action of the Judiciary.

Keywords: Effectiveness; Health; Legality; Standard Norms.

1 INTRODUÇÃO

Diversamente da previdência social, que somente é devida àqueles que contribuem, e da assistência social, que somente é assegurada aos hipossuficientes, a saúde é, segundo a Constituição Federal, para todos: “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.”²

Embora universal, o direito à saúde não possui o alcance pretendido, em razão de haver sido positivado sob a forma de normas programáticas, o que remete, ao legislador infraconstitucional, a competência de fazer as escolhas e alocar recursos, atendendo, da forma mais abrangente possível, às necessidades sociais como um todo.

O Poder Executivo, por sua vez, deve agir sempre nos termos da lei. É o que preceitua o princípio constitucional da legalidade.

Assim, a insuficiência de lei regulamentadora impede a administração pública de atuar, o que leva os cidadãos a buscarem soluções no Poder Judiciário, que não tem dispensado a devida atenção

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141.

à problemática ora apontada, ignorando aspectos intrínsecos ao regime jurídico de direito público a que está submetida a administração pública.

Observados esses aspectos, pode-se vislumbrar os conflitos gerados em face da falta de normatização infraconstitucional do direito fundamental à saúde.

A propósito, insta citar lição de *Uadi Lammêgo Bulos*: “O direito expressivo, universal e igualitário à saúde garantido na Carta Maior do país é sufocado pela omissão, complacência e conformismo e acaba sendo proporcional à situação econômica da pessoa.”³

Por outro lado, na ordem jurídica brasileira instituída pela Constituição Federal de 1988, há previsão de diversos instrumentos de proteção das liberdades públicas que têm por objetivo afastar a omissão legislativa, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.

De toda sorte, este trabalho pretende analisar a natureza jurídica das normas definidoras do direito à saúde, para identificar se são normas programáticas, dependentes da atuação futura do Poder Legislativo, ou se têm aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, pois veiculam direitos fundamentais, baseados na dignidade da pessoa humana.

Com isso, busca-se discorrer acerca da efetividade do direito à saúde, em face da normatividade da Constituição, bem como sobre os institutos que podem ser utilizados para proteção desse direito, e a atuação do Poder Judiciário, sobretudo em razão do princípio da separação dos poderes, para encontrar uma forma de evitar que as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais restem ineficazes, como consequência da inércia do legislador ordinário, mas isso sem a necessidade de uma atuação usurpadora do Poder Judiciário.

³ BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, p. 1.339.

2 O CAMPO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Breve evolução histórica e conceito

De acordo com *Ingo Wolfgang Sarlet*, o conceito de dignidade da pessoa humana encontra raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. Tanto no Antigo como no Novo Testamento podem ser encontradas referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Ainda segundo o mesmo autor, no pensamento filosófico e político da Antiguidade clássica, a dignidade confundia-se com a posição social da pessoa, de forma que havia pessoas mais ou menos dignas. Já no pensamento estoico, a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas. Para os estoicos, todos os seres humanos são iguais em dignidade. Desvinculou-se a dignidade do cargo ou posição social.

No pensamento de *São Tomás de Aquino*, a dignidade da pessoa humana tem por fundamento o fato do ser humano ser criado à imagem e semelhança de Deus, mas sendo livre por natureza. Por força de sua dignidade, o ser humano existe em função da sua própria vontade.

No século XVI, o espanhol *Francisco de Vitória* defendeu que todos os homens, em razão de sua natureza humana, independentemente de serem cristãos, protestantes, índios etc., são livres e iguais e devem ser respeitados como sujeitos de direitos.

Nos séculos XVII e XVIII, no âmbito do pensamento jusnaturalista, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização, mantendo-se a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Contudo, foi na doutrina de *Immanuel Kant* que a dignidade da pessoa humana teve significado mais expressivo. Para *Kant*:

“O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência

depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).”⁴

A autonomia de vontade é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Inúmeras críticas surgiram dessa teoria, por seu excessivo antropocentrismo. *Hegel*, filósofo alemão, sustenta uma noção de dignidade centrada na ideia de eticidade, de forma que o ser humano não nasce digno, torna-se digno no momento em que assume sua condição de cidadão. Segundo *Hegel*, cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas. Afasta-se de *Kant*, ao não condicionar a dignidade da pessoa humana à racionalidade.

Desde então, a dignidade da pessoa humana ocupa lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico e é valor fundamental em um estado democrático de direito.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição pátria a considerar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, inserindo-a textualmente no artigo 1º, inciso III. Com isso, a dignidade da pessoa humana não possui apenas um sentido ético e moral, mas constitui uma norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, deve ser cumprida. É o vetor determinante da exegese da Constituição Federal de 1988, pois condiciona a atividade do intérprete dos direitos fundamentais.

Ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, ensina *Ingo Wolfgang Sarlet* que

“impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”.⁵

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 134-135 (Os Pensadores).

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Na lição de *Uadi Lammêgo Bulos*:

“A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral [...]. Quando o texto constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social.”⁶

Discorre o mesmo autor que a dignidade da pessoa humana abarca três dimensões: 1ª) fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico positivo; 2ª) orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstacule a consecução dos fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional e 3ª) crítica – em relação às condutas.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, a base de todos os direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

2.2 A reserva do possível

O princípio da “reserva do possível” regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal, no tocante à efetivação de alguns direitos, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Segundo *Flávia Danielle Santiago Lima*⁷, a reserva do possível surgiu na Alemanha, durante o julgamento do famoso caso *numerus clausus* (BverfGE n. 33, S. 333) em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da lei federal alemã de liberdade de escolha

2007, p. 82.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, p. 83.

⁷ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: considerações sobre o conceito de reserva do possível*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>> Acesso em: 26 dez. 2010.

da profissão. A Corte Constitucional alemã firmou entendimento que os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Dessa forma, a reserva do possível é uma condicionante que o estado deve obedecer para dar efetividade ao exercício de determinados direitos que demandem gastos públicos. É a reserva do financeiramente possível.

Em face da limitação existente nas leis orçamentárias, a reserva do possível é o fundamento para a impossibilidade de atendimento pelo Estado de todos os pleitos sociais.

Assim sendo, embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça inúmeros direitos fundamentais do homem, nem todos têm condição de aplicabilidade imediata, especialmente os direitos sociais de prestação positiva, cuja efetivação é limitada à atuação do Legislativo (normas programáticas) e à reserva do possível.

Trata-se de um aparente conflito de interesses e princípios constitucionais, cuja solução deve ser encontrada através do denominador “mínimo existencial”.

2.2.1 O mínimo existencial

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 abrangem os direitos individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss), os direitos de nacionalidade (art. 12) e os direitos políticos (arts. 14 a 17).

Na lição de *Ingo Wolfgang Sarlet*⁸, a Constituição Federal de 1988 consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, de sorte que, além daqueles expressamente previstos no Título II, existem direitos fundamentais positivados em outras partes da Constituição, assim como existem direitos fundamentais implícitos. Para ele, o mínimo existencial é um direito social fundamental implícito que encontra seu fundamento no direito à vida e no dever do Estado de prover as condições mínimas para uma vida com dignidade.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 101.

Assim, o conceito de dignidade da pessoa humana e sua previsão como princípio fundamental fez surgir na doutrina pátria o direito fundamental a um mínimo existencial que, na verdade, vai além de pura e simplesmente assegurar a existência humana, mas, mais do que isso, visa assegurar uma existência digna, uma vida com dignidade, que é a aspiração de um estado democrático de direito.

*Ana Paula de Barcellos*⁹ assevera que o ordenamento brasileiro contém um núcleo essencial (mínimo existencial) formado por um plexo de direitos subjetivos, que podem ser exigidos e aplicados pelo Judiciário sem se cogitar de qualquer transgressão à tripartição de poderes. Esses direitos seriam indispensáveis à dignidade da pessoa humana e, em um exercício de sopesamento de princípios, sobrepujariam outros preceitos, como os de índole orçamentária.

O mínimo existencial encontra-se implícito no caráter orientador do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida que exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família.

O mínimo existencial, portanto, é o denominador que soluciona o aparente conflito entre reserva do possível e dignidade da pessoa humana, delineando o campo de incidência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valor plasmado na Constituição Federal de forma ampla.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Assim como o direito administrativo, o princípio da legalidade nasceu com o estado de direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, tendo em vista que é a completa submissão da Administração Pública às leis.

No estado de direito, todo poder emana do povo, que deverá exercê-lo por meio de seus representantes, e o princípio da legalidade é garantia de que o governo não terá uma atuação personalista.

No magistério de *Celso Antônio Bandeira de Mello*:

“O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro.”¹⁰

Assim, como princípio da administração, o princípio da legalidade preceitua que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal. É o fruto da submissão do Estado à lei.

Ainda segundo *Celso Antônio Bandeira de Mello*, o princípio da legalidade assume vertentes diferentes em cada sociedade. Na França, Alemanha, Portugal e Espanha, a esfera em que a Administração pode se manifestar com alguma liberdade em relação à lei é incomparavelmente maior do que no Brasil, onde o princípio da legalidade causa uma postura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para o Poder Executivo. A função da administração é o estrito cumprimento de lei pré-existente, de forma que “regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito Brasileiro”.¹¹

A própria Constituição Federal prevê hipóteses em que o princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição: são as medidas provisórias, as medidas tomadas durante o estado de defesa e o estado de sítio.

4 DO DIREITO À SAÚDE

4.1 A saúde no Brasil: desenvolvimento histórico

Desde os primórdios até os dias atuais, o ser humano convive com os riscos iminentes de uma doença. O surgimento e o desenvolvimento da medicina vêm acontecendo desde tempos muito antigos. As epidemias, que sempre seguiram as guerras e revoluções, marcaram a história mundial, podendo ser citadas a lepra e a varíola. Na Idade Média houve

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 103.

um retrocesso em todos os aspectos possíveis da humanidade, inclusive na área sanitária. O feudalismo e o absolutismo também colaboraram para o ambiente moribundo que povoava o mundo naquela época.

Em 1543 foi publicado o primeiro tratado de anatomia, quando a saúde passou a ser vista também de forma preventiva, porém o direito à saúde não integrava qualquer constituição da época.

Em 1824, quando foi outorgada a Constituição do Império, o Brasil, recém-declarado independente, iniciava a construção de uma nova sociedade. Essa constituição refletia a aplicação das teorias do liberalismo e tinha forte herança absolutista. A saúde e os serviços de vigilância sanitária eram escassos, se é que realmente existiam. Tratando-se de um Estado Liberal, não cabia ao poder público interferir nessa questão.

A legislação internacional também não regulamentava o direito à saúde.

Com a promulgação da Constituição da República, em 1891, a saúde também não foi inserida no texto constitucional que, aliás, foi um retrocesso, ao ser comparado com a Constituição do Império, em relação aos direitos sociais.

A Constituição de 1934 inaugurou o estado social brasileiro, estabelecendo normas relativas à vigilância sanitária, responsabilizando a União, os estados e os municípios quanto à matéria.

As Constituições de 1937 e 1946 silenciaram sobre o tema.

Em 1946, com a constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), definiu-se um novo conceito de saúde: a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

No direito alienígena, foi em janeiro de 1948, com a Constituição italiana, que os fenômenos da saúde e doença passaram a ser tratados como processos biológicos e sociais. A saúde é tida como um direito do cidadão e é elevada à condição de direito fundamental.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, elenca a saúde como elemento de cidadania, em seu artigo 25:

“1. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou

noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.”¹²

Várias constituições recepcionaram o tema, porém, embora o Brasil seja signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição de 1967 inexisteu qualquer avanço com relação ao direito à saúde.

No direito internacional, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 03 de janeiro de 1976, tratou do direito à saúde no seu artigo 12.¹³

Somente em 1988, com a promulgação da denominada Constituição Cidadã, a saúde, de forma radical, passou a ter previsão constitucional.

Observa-se, destarte, o evidente atraso do legislador constituinte pátrio, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos completava 40 anos. O direito à saúde é absolutamente recente e foi consolidado como direito fundamental do homem.

No Brasil há dois sistemas de saúde: o público e o privado. Há expressa autorização constitucional para a atuação da iniciativa privada no setor. Essa atuação dá-se em caráter suplementar, ou seja, apenas como complementação, sendo regulada, normatizada, controlada e fiscalizada

¹² BRASIL. Ministério da Justiça. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

¹³ “Artigo 12 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” (PACTO Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em 26 dez. 2010).

pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde.¹⁴

Após a Constituição Federal de 1988, a saúde pública passou a ser prestada de forma descentralizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nos termos do artigo 8º da Lei n. 8.080/90, os serviços executados pelo SUS, diretamente ou com a participação complementar da iniciativa privada, são organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

4.2 Princípios norteadores do sistema de saúde

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à vida etc., a Lei federal n. 8.080/90 estabelece os princípios específicos do Sistema Único de Saúde.

Dispõe o artigo 7ª dessa lei:

“Artigo 7º - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

¹⁴ A Agência Nacional de Saúde foi criada pela Lei n. 9.961, de 28.01.2000 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em 26 dez. 2010).

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.”¹⁵

4.2.1 Princípio do acesso universal

Esse princípio garante que todos tenham acesso aos serviços de saúde, sejam de natureza preventiva ou curativa, independentemente da condição social, financeira, racial ou de qualquer outra discriminação e também de qualquer contribuição prévia ou posterior.

A universalidade é uma grande inovação, já que antes os serviços de saúde eram prestados somente para aqueles que contribuíssem, ou em caráter de assistência social.

Parte da doutrina entende que a universalidade está condicionada à existência ou não de recursos pessoais do paciente. Porém, não é esse o sentido da norma constitucional, que preceitua ser a saúde um direito de todos.

4.2.2 Princípio da integralidade de assistência

Previsto no artigo 198, II, consiste na obrigação do Estado oferecer serviços integrais à saúde para tratar qualquer doença ou agravo, ensejando a atenção individualizada a cada caso, considerando suas

¹⁵ Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

exigências em todos os níveis de complexidade. Significa que todas as pessoas têm direito ao atendimento e assistência sempre que necessitarem.

4.2.3 Princípio da preservação da autonomia das pessoas

Trata-se de uma prerrogativa do indivíduo, que tem o direito de escolher o tratamento e se pretende submeter-se a ele, bem como da obrigação do estado de respeitar a autonomia de vontade do administrado.

A jurisprudência, contudo, tem sinalizado pela indisponibilidade do direito à vida, autorizando a realização de procedimentos contra a vontade do indivíduo ou de seu representante legal.

4.2.4 Princípio do direito à informação às pessoas assistidas

Os pacientes têm direito de saber tudo sobre sua saúde, salvo se o conhecimento for causar risco à sua integridade física e mental. Decorre da previsão constitucional de que é assegurado a todos o acesso à informação e de que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XIV e XXXIII).

4.2.5 Princípio da igualdade

Os serviços de saúde devem ser prestados de maneira uniforme e igualitária a todos os administrados. Todos que se encontrem em situações iguais devem ter acesso aos mesmos tratamentos e recursos utilizados.

4.2.6 Princípio da unicidade

O artigo 198 da Constituição Federal implanta um sistema único de saúde que difere do sistema anterior, por ser descentralizado e dividir a responsabilidade pelo seu funcionamento entre União, estados e municípios.

4.2.7 Princípio da participação da comunidade

Previsto no artigo 198 da Constituição Federal, possibilita a participação da comunidade como meio de exercício democrático. As Leis ns. 8.080/90 e 8.142/90 regulam essa participação.

4.2.8 Princípio da solidariedade no financiamento

O inciso XI do artigo 7º da Lei n. 8.080/90 prevê a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para prestação dos serviços de saúde. Todos os entes públicos têm responsabilidade financeira concorrente para dar efetividade à saúde.

4.3 A saúde como direito fundamental

Os direitos fundamentais do homem estão em constante evolução e passaram a ser positivados a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. A Constituição Mexicana de 1917 foi pioneira e positivou os direitos sociais como direitos fundamentais do cidadão, sendo seguida pela Carta da União Soviética. Em 1919, na Alemanha, a Constituição de Weimar manteve os direitos sociais no capítulo dos direitos fundamentais e criou o estado social de direito.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. É uma modalidade estatal que procura transformar a realidade por meio da lei, que obriga tanto os governados como os governantes.

O estado democrático de direito, segundo leciona *Germano Schwartz* “é um compromisso assumido pela sociedade brasileira no sentido da busca de uma justiça social efetiva, de uma qualidade de vida que se faça presente; logo, da saúde também.”¹⁶

O legislador constituinte proclamou serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º da CF).¹⁷

José Afonso da Silva conceitua direitos sociais como:

“Dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores

¹⁶ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

¹⁷ “Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, 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. (Redação dada pela EC n. 26/2000).”

condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”¹⁸

No estado democrático de direito, os direitos sociais ganham *status* de direitos fundamentais do homem e condicionam a atuação estatal, vinculando o poder público a realizar mudanças na procura da efetivação desses direitos.

A Constituição Federal de 1988, para tanto, elevou a saúde à condição de direito fundamental no seu artigo 126 e, como tal, ela deve ser tratada: “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.”¹⁹

Alguns autores consideram a saúde, assim como a educação e a segurança social, um direito de prestação, ou seja, direito do particular a obter algo através do estado. Por isso, a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para obter o adimplemento da obrigação.

4.4 A saúde como direito subjetivo

Após concluir que a saúde é um direito fundamental do homem, para analisar a efetivação do direito à saúde, faz-se necessário verificar se, com base no artigo 196 da Constituição Federal, é possível afirmar que a saúde é um direito subjetivo oponível ao Estado, independente de legislação posterior.

O Título II da Constituição Federal de 1988 contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 289.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

O artigo 5º, parágrafo 1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Consigna-se que esse parágrafo está em posição anterior aos artigos que se referem aos direitos sociais (art. 6º e ss.), o que poderia levar à conclusão de que não se aplica a eles. Tal assertiva, porém, não condiz com a realidade constitucional pátria, já que os direitos sociais têm natureza jurídica de direitos fundamentais.

Malgrado o teor e clareza da norma inserta no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a própria Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas garantidoras de direitos sociais e coletivos, de forma que, nos dizeres de *José Afonso da Silva*:

“Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.”

E completa afirmando que o Poder Judiciário, “quando invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.²⁰

O mesmo autor, ao tratar especificamente da saúde, leciona:

“As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao poder público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece do lado da palavra fiscalização.”²¹

Assim sendo, conclui-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, embora dependam de providências positivas do Poder Público, seja o Poder Legislativo, ao dar efetividade aos seus preceitos,

²⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 165.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 808-809.

editando as leis necessárias, seja o Poder Judiciário, conferindo o direito ao caso concreto.

Consigna-se a respeito, lição de *Uadi Lammêgo Bulos*:

“[...] seria um inusitado absurdo considerar toda e qualquer norma constitucional apta para produzir efeitos imediatos, através de aplicações diretas, sem qualquer remissão à legislação subsidiária. [...]. E se nos valermos da interpretação teleológica, concluiremos que o parágrafo 1º registrou a regra, ou seja, ‘terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais que não estiverem obstaculizados por uma determinação legislativa posterior ou por uma menção explícita à lei’.”²²

Contudo, para saber se o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 acarreta direito subjetivo oponível diretamente ao Estado, podendo ser deferido pelo Poder Judiciário no caso concreto, ou se depende de atuação legiferante do Poder Legislativo, far-se-á necessário identificar a que categoria o citado artigo pertence, quanto à efetividade das normas constitucionais.

5 DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1988 é uma Constituição formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida e dirigente, o que significa dizer que há um texto solene em que foram inscritas normas com *status* constitucional que regulamentam todos os assuntos que o constituinte originário entendeu serem relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado. Consagra valores, metas, fins e propósitos e somente pode ser alterada por um processo legislativo mais dificultoso do que o previsto para normas infraconstitucionais.

A Carta Constitucional de 1988 expande o rol de direitos econômicos, sociais e culturais. Possui inúmeras normas programáticas, mas alguns direitos subjetivos são prontamente acionáveis.

Trata-se, portanto, de uma Constituição social, em que o Estado deve ser eficiente de forma a intervir e assegurar o bem-estar dos cidadãos. Nesse sentido, discorre *Flávia Piovesan*: “O esgotamento do modelo liberal de Estado em face do aumento de bens merecedores de tutela, que

²² BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal anotada*, p. 401-402.

exigem a eficiência de um estado de bem-estar social, intervencionista e planejador.”²³

O próprio preâmbulo²⁴ demonstra o caráter compromissário da Constituição Federal de 1988, que priorizou direitos e princípios fundamentais, ao discipliná-los nos primeiros artigos, e o artigo 60 da Constituição Federal²⁵ demonstra a dificuldade reformadora do Congresso Nacional.

A Constituição Federal 1988 revela-se absolutamente dirigente e programática, “na medida em que boa parte dos direitos sociais enunciados no artigo 6º é redirecionada para os Títulos VII (Da Ordem Econômica) e VIII (Da Ordem Social), nos quais se alojam os programas, as tarefas e os planos que ao estado, em cooperação com a sociedade, incumbe desenvolver”.²⁶

E continua o mesmo autor:

“Este fenômeno reflete a visível abertura do texto constitucional, uma vez que a presença de considerável número de normas programáticas,

²³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 47.

²⁴ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

²⁵ “Artigo 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 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. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

²⁶ PUCCINELLI JUNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

estruturadas de forma quase esquelética e ornadas com reduzida eficácia, não dispensa a mediação normativa e o desenvolvimento de uma jurisdição construtivista e comprometida com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.”²⁷

De toda forma, a Constituição Federal de 1988 possui um caráter absolutamente compromissário, com inúmeras normas programáticas. Sob esse aspecto, *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*: “De todas as Constituições que tivemos, a de 1988 é, certamente, a mais programática.”²⁸

5.1 Da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia

O normativismo distingue com precisão a vigência da eficácia. A vigência da norma pertence a ordem do dever-ser, é a existência da norma. Já a eficácia é o próprio ser. A norma eficaz é a norma efetivamente aplicada e respeitada, cumprida.

Vigência refere-se ao direito presente, existente naquele momento histórico. A eficácia tem duas vertentes: a eficácia social, que designa uma conduta social conforme a norma; e a eficácia jurídica, ou seja, independentemente de ser respeitada pela sociedade, a norma produz efeitos jurídicos, como o de revogar normas anteriores.

5.1.1 A classificação de *José Afonso da Silva*

Para *José Afonso da Silva*, as normas devem ser consideradas sob tríplice característica: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e normas constitucionais de eficácia limitada (declaratórias de princípios institutivos ou organizativos ou declaratórias de princípios programáticos).

²⁷ PUCCINELLI JUNIOR, André, *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*, p 33.

²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 58.

5.1.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Embora possa parecer de fácil conceituação, é muito difícil determinar um critério para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das normas constitucionais de eficácia contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que incidem diretamente sobre os interesses que regulam. Têm aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários a sua executoriedade.

5.1.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses de determinadas matérias, mas deixou ao legislador ordinário a possibilidade de restringir os conceitos nela veiculados.

Embora haja possibilidade de atuação legislativa, e muitas vezes contenham a expressão “nos termos da lei”, as normas de eficácia contida diferem das normas de eficácia limitada, pois têm aplicabilidade imediata e a atuação legislativa serve apenas para conter seus regramentos.

Assim sendo, assemelham-se às normas constitucionais de eficácia plena, no que diz respeito à aplicabilidade imediata, já que o legislador deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam, distanciando-se delas por poderem restringir seu conteúdo; e assemelham-se às normas constitucionais de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, porém, ao contrário dessas, o legislador pode apenas restringir sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-las, como se dá com as normas de eficácia limitada.

São exemplos de normas constitucionais de eficácia contida o artigo 5º, incisos VIII e XIII, da Constituição Federal de 1988²⁹, pois os direitos neles previstos são ilimitados e de eficácia plena, somente podendo ser restringidos por lei posterior.

²⁹ “Artigo 5º - [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

5.1.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

José Afonso da Silva divide as normas constitucionais de eficácia limitada em: a) normas de princípio institutivo ou organizativo e b) normas de princípio programático. Ambas dependem de legislação futura e, por isso, não têm aplicação imediata.

As normas de princípio institutivo ou organizativo são normas não programáticas dependentes de legislação. São de eficácia limitada, pois é o legislador ordinário que lhes vai conferir executividade plena. São as que contêm o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para lei complementar ou ordinária. Pode ser citado como exemplo o artigo 33: “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios.”

As normas de princípio programático ou normas programáticas contêm um conteúdo socioeconômico, traduzindo-se em programas a serem seguidos e alcançados pelo Estado. Buscam atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. São de verdadeiros programas de intervenção na ordem econômica, interferência no domínio privado, com vistas a assegurar a todos existência digna, corrigindo desigualdades ou suprimindo carências sociais.

Conclui o autor que são características básicas das normas de conteúdo programático:

“I - São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho, desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.

II - São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III - São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como termos oportunidade de mostrar.”³⁰

³⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 150.

5.1.2 A classificação de *Maria Helena Diniz*

Maria Helena Diniz classifica as normas constitucionais tendo por critério a intangibilidade e a produção dos efeitos concretos, dividindo-as em normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação.

Para essa autora, as normas constitucionais de eficácia absoluta são aquelas intangíveis, de forma que contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Conferem uma força paralisante de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.

Normas com eficácia plena são aquelas que possuem desde a entrada em vigor possibilidade de produzirem os efeitos previstos.

Normas de eficácia restringível são as normas de eficácia contida de *José Afonso da Silva*, alterando apenas a nomenclatura, por entender mais apropriada, já que têm aplicabilidade imediata ou plena.

Finalmente, há normas dependentes de complementação, que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior.³¹

5.1.3 A classificação do artigo 196 da Constituição Federal quanto à aplicabilidade

Reza o artigo 196 da Constituição Federal: “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.”

Ao discorrer sobre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, *José Afonso da Silva* afirma que o artigo 196 da Constituição Federal não é norma programática:

“Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o estado que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.”³²

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

³² SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 150.

Uadi Lammego Bulos, contudo, ao analisar esse artigo, afirma que:

“O artigo 196 é programático. Ora, o reconhecimento da saúde, como direito fundamental do homem, não alcançou efetividade, no primeiro decênio de constituição. Assim, um direito expressivo e universal ficou postergado e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, porque, nesse campo, grassou indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo.”³³

Observa-se, portanto, que não há unanimidade quanto à classificação das normas sobre o direito à saúde, no que se refere a sua aplicabilidade, se programáticas ou de aplicação imediata, já que se trata de um direito fundamental.

*Germano Schwartz*³⁴ reconhece que a programaticidade do artigo 196 acarreta diversas consequências: primeiro, por ser uma norma de eficácia limitada, depende de lei para se desenvolver integralmente; não se poderia falar em direito público subjetivo oponível contra o Estado; não poderia o cidadão lesado buscar tutela da saúde, quer pela via judicial ou administrativa; o dever do Estado seria limitado à implementação de políticas públicas, respeitando princípios e verbas orçamentárias; o Poder Judiciário não poderia exigir do Executivo ações positivas ou negativas em relação à saúde, pois seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Atualmente, os tribunais pátrios têm considerado o artigo 196 da Constituição Federal norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, principalmente nas ações pleiteando medicamentos. Contudo, tal assertiva também traz inúmeras consequências:

a) somente são atendidas a contento as pessoas que demandam contra o Estado. As ações geralmente são individuais;

b) há previsão pelo Ministério da Saúde de medicamentos padronizados que são distribuídos gratuitamente e que abrangem praticamente todas as moléstias, porém os pedidos dizem respeito a outros medicamentos ou tratamentos, incluindo medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

³³ BULOS, Uadi Lammego, *Constituição Federal anotada*, p. 1.339.

³⁴ SCHWARTZ, Germano, *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*, p. 59-60.

c) o Poder Judiciário assume o papel de gestor público, substituindo-se na função do Executivo, a quem compete a formulação da Política Nacional de Medicamentos, elaborando a lista de medicamentos que devem ser distribuídos gratuitamente e os requisitos para tanto;

d) foram descobertas diversas espécies de fraudes praticadas por laboratórios, e mesmo por indivíduos que acabam comercializando os medicamentos recebidos por ordem judicial, sem o controle do Executivo;

e) não é observado o princípio da reserva do possível. Os recursos públicos são insuficientes para atender às demandas sociais, impondo sempre ao Estado a tomada de decisões difíceis. As decisões judiciais acarretam prejuízo na administração dos recursos públicos; e

f) a pior consequência da excessiva atuação judicial no que se refere à saúde é o descumprimento de princípios básicos de direito, a começar pelo princípio da universalidade e igualdade de acesso à saúde, até os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade administrativa, bem como o princípio da reserva do possível e da separação de poderes.

Nem mesmo se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é integralmente observada através das concessões dos provimentos jurisdicionais, pois, para atender ao pleito de um jurisdicionado baseado no fundamento de que a saúde é direito fundamental, o direito de várias outras pessoas é inviabilizado, diante da impossibilidade de prestação da assistência básica prevista na lei, por ausência de verba pública, ante a sua utilização para atender às ordens judiciais.

Não se pretende aqui negar o acesso ao Poder Judiciário em matéria de saúde, mas conforme observa *Luis Roberto Barroso*:

“O Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas públicas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.”³⁵

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 26 dez. 2010.

Mas como dar efetividade ao direito à saúde, se o Poder Executivo deve fundamentar seus atos em disposições legais e não pode obrigar o Poder Legislativo a legislar?

A resposta a essa questão encontra-se na própria Constituição Federal.

6 O CONSTITUCIONALISMO E A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo é a possibilidade de tutela das liberdades públicas pelos cidadãos, por meio de sua previsão em um texto constitucional dirigido a todos, inclusive aos detentores do poder público, o que lhes assegura o direito de exercerem as prerrogativas inalienáveis do ser humano contra qualquer um que as infrinja.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou em seu artigo 16 que “toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”. Foi a forma encontrada pela doutrina liberal para se livrar dos abusos dos monarcas.

Os documentos constitucionais são amplos e analíticos, no intuito de proteger os indivíduos da atuação dos governantes. As Constituições são dirigentes, com a presença de diversos direitos fundamentais, que se apresentam na vertente axiológica (são os reclamos por uma sociedade melhor, justa e igualitária) e na vertente praxeológica (dimensão operativa do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, existência de instrumentos de proteção das liberdades públicas).

Especificamente com relação à possibilidade de exercício de normas constitucionais definidoras de direitos e garantias individuais não regulamentadas, a ordem jurídica brasileira, instituída pela Constituição Federal de 1988, prevê os seguintes instrumentos de eficácia constitucional: mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e iniciativa popular.

6.1 Instrumentos de eficácia constitucional

6.1.1 Mandado de injunção

O mandado de injunção é a ferramenta constitucional que tem por finalidade sanear um problema específico: a ocorrência de

omissão legislativa que torne inviável o exercício de direitos assegurados constitucionalmente ou impeça a efetivação das prerrogativas inerentes à soberania, cidadania e nacionalidade afirmadas em legislação constitucional ou infraconstitucional.

O cabimento do mandado de injunção depende da coexistência de dois requisitos: omissão legislativa e que essa omissão esteja impedindo o exercício de direitos constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania.

Assim, se esse impedimento não decorrer da carência de norma regulamentadora, não caberá a injunção.

6.1.1.1 Natureza jurídica da sentença proferida em mandado de injunção

Diversas teorias tentam explicar a essência do mandado de injunção:

a) Teoria da subsidiariedade ou não concretista: para os adeptos desta teoria, na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o responsável pela edição normativa necessária, tal como ocorre com a inconstitucionalidade por omissão. Esta teoria foi adotada como guia de postura pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgamentos, o que acabou por criar desprestígio ao instituto.

A propósito, pode ser citado voto proferido em mandado de injunção³⁶ pelo Ministro Moreira Alves, cuja síntese é a seguinte:

“[...] é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com ação direta de inconstitucionalidade por omissão [...], com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos.”

A sentença nessa hipótese seria meramente declaratória e não surtiria efeito prático eficiente.

³⁶ STF – MI n. 107-3/DF, rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2008.

b) Teoria da independência jurisdicional: segundo esta concepção, também chamada de *concretista geral*, a natureza jurídica da sentença proferida em mandado de injunção é *constitutiva erga omnes*, ou seja, caberia ao órgão judiciário editar uma norma geral, fugindo ao caso concreto. O Judiciário substituiria em todos os termos o órgão responsável pela edição da norma.

c) Teoria da resolutividade ou concretista individual: para dar real efetividade ao instituto, surgiu a teoria da resolutividade que, para a maioria dos juristas, parece mais adequada ao espírito do instituto. Para esta teoria, o órgão jurisdicional demandado deve decidir o caso com base nos princípios constitucionais e no seu sentimento de equidade, permitindo a imediata efetivação do direito subjetivo enunciado de forma incompleta.

6.1.1.2 Posição do Supremo Tribunal Federal

Tem-se observado nos julgamentos proferidos pela Corte Suprema Constitucional a preferência pela teoria da subsidiariedade, limitando-se a declarar a mora do legislador. Excepcionalmente, ao julgar mandado de injunção referente à norma prevista no artigo 8º, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Supremo Tribunal Federal assumiu uma postura intermediária, conferindo prazo razoável para o responsável pela iniciativa legislativa sanar a omissão. Ao final do prazo, mantendo-se a inércia, o interessado ficou autorizado a exercer o direito invocado. Cabe salientar que o prazo para edição da norma estava previsto constitucionalmente³⁷. O Supremo Tribunal Federal também adotou a posição concretista para proteger o direito constitucional previsto no artigo 195, parágrafo 7º.

Malgrado a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal seja não concretista, alguns ministros da corte constitucional brasileira adotam a posição concretista individual, subdividindo-a em duas vertentes: concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Pela primeira, o Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, implementa imediatamente a norma. Adotam essa posição os ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Velloso.

³⁷ STF – MI n. 447/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 05.05.1994.

Segundo o ministro Marco Aurélio de Mello, o provimento judicial:

“[...] deve alcançar o desiderato previsto no mandado de injunção, deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem tampouco, de uma sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação de direito de inconstitucionalidade por omissão.”³⁸

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso, em julgamento de mandado de injunção³⁹, enfatizou em seu voto que, enquanto na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, compete ao Supremo Tribunal Federal declarar a omissão inconstitucional e cientificar o órgão competente para adotar as providências cabíveis (art. 103, § 2º, da CF), no

“mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (art. 5º, LXXI, da CF).”

Já o ex-ministro Néri da Silveira adotava a posição concretista individual intermediária, entendendo que após julgar a procedência do mandado de injunção, deve ser concedido um prazo de 120 dias para elaboração da norma regulamentadora. Ao término do prazo, o Supremo Tribunal Federal deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

Consigna-se que não há qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes na adoção da posição concretista, pois, a própria Constituição Federal prevê um sistema de freios e contrapesos visando a impedir o arbítrio estatal.

6.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Para combater a denominada síndrome de inefetividade e dar eficácia plena a todas as normas constitucionais, a Constituição Federal de 1988 previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

³⁸ STF – MI n. 232/RJ, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 02.08.1992.

³⁹ STF – MI n. 95/RO, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.10.1992.

Diferente do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, somente têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, os governadores dos estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103).⁴⁰

De acordo com o texto constitucional, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. A ausência de prazo para cumprimento da decisão pelo Poder Legislativo acaba por tornar ineficiente o instituto.

6.1.3 Iniciativa popular

A Constituição Federal consagrou como instrumento da soberania popular a iniciativa popular de lei. Prevista no artigo 14, inciso III, pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por no mínimo um por cento (1%) do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento (0,3%) dos eleitores de cada um deles.⁴¹

A iniciativa popular também é uma forma de dar efetividade às normas constitucionais, pois, permite desencadear o processo de elaboração legislativa.

⁴⁰ “Artigo 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela EC n. 45/2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela EC n. 45/2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela EC n. 45/2004) VI - o Procurador geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.

7 O MANDADO DE SEGURANÇA E SUA UTILIZAÇÃO PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Hely Lopes Meirelles define o mandado de segurança como:

“[...] sendo o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”⁴²

Assim, o mandado de segurança consiste em ação de natureza constitucional e só pode socorrer a quem sofra lesão (ou ameaça de lesão) a direito líquido e certo, ou seja, direito incontestável.

No caso do direito à saúde, os indivíduos têm-se valido dessa ação com o objetivo de conseguir o fornecimento de medicamentos, tratamentos, insumos, suplementos alimentares, exames etc.

Nessas hipóteses, entretanto, não há demonstração de direito líquido e certo, mas o impetrante demonstra tão somente possuir interesse, consubstanciado na pretensão de que o estado custeie os medicamentos, tratamentos etc. que não são fornecidos pelo SUS.

Do magistério de *José Cretella Júnior*, pode ser extraída a seguinte lição:

“Não se confunde direito com simples interesse. A ação do mandado de segurança protege direitos, jamais interesses. [...] Interesse é uma pretensão do indivíduo. Todas as pessoas têm interesses, mas direito é a pretensão protegida pela norma jurídica. O interesse é gênero de que o direito é espécie.”⁴³

Não é todo e qualquer direito que pode ser protegido pela via mandamental, mas apenas o direito líquido e certo que, segundo posicionamento já consolidado, é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída. É o direito capaz de ser comprovado de plano.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 61.

O direito à saúde, genericamente considerado e dirigido a todos, é um direito líquido e certo, comprovado de plano, contudo o direito a um medicamento ou tratamento não é.

Realmente, é imprescindível a realização de prova técnica para comprovação, por meio de laudo pericial, das doenças apontadas nas inúmeras iniciais, bem como de que o medicamento, insumo ou tratamento solicitados são os únicos eficazes para a patologia do impetrante.

E, para tanto, é evidente que não basta uma singela receita médica, principalmente sabendo-se que existem tantas e tão constantes divergências de diagnóstico e de indicação de tratamento de um médico para o outro, levando-se em conta o seu grau de conhecimento, a sua experiência, a sua linha de conduta etc.

A ausência de prova irrefutável do alegado na inicial, por si só, afasta a liquidez e certeza do direito, afastando a possibilidade de utilização do mandado de segurança.

Contudo, o *writ* tem sido utilizado sem limites, com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o que não condiz com a realidade do instituto.

Assim, como acima exposto, os institutos previstos para provocar o Poder Legislativo e tirá-lo da inércia que prejudica os cidadãos são apenas e tão somente: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar as normas constitucionais que disciplinam o direito à saúde.

O princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja um princípio basilar do direito constitucional pátrio, não pode ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com as demais normas constitucionais, como um sistema de que faz parte e não pode ser dissociado.

A justiça deve ser observada sob um enfoque coletivo e social e não individual, de modo a priorizar o interesse de um em detrimento dos demais membros da sociedade, o que fere o princípio da igualdade. O mínimo existencial e a reserva do possível são denominadores que precisam ser observados no momento de conceituar-se e delimitar-se a dignidade da pessoa humana.

Além dos princípios fundamentais, a Constituição Federal disciplina aqueles a serem seguidos pela administração pública na gestão do dinheiro público, dentre os quais está o princípio da legalidade, que proíbe a atuação do Poder Público sem lei específica acerca do tema.

Portanto, pode-se observar o conflito entre princípios constitucionais.

Daí a importância de analisar a natureza jurídica das normas que preceituam o direito à saúde e qual a sua efetividade e aplicabilidade.

Com o advento de Constituições dirigentes, aumentou a problemática da aplicação das normas constitucionais, particularmente no Brasil, cuja Constituição Federal assume um papel importantíssimo nas conquistas sociais, estabelecendo inúmeros programas de governo.

O direito à saúde não está expresso no artigo 5º da Carta Constitucional, que elenca os direitos e garantias fundamentais, mas se encontra no *caput* do artigo 6º, ditame que norteia políticas públicas coletivas, como o direito ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social etc.

Mas é o artigo 196 da Constituição Federal que fundamenta as inúmeras ações judiciais sobre o tema.

Trata-se, porém, de uma norma programática que depende de atuação futura do legislador, para que tenha efetividade. O próprio dispositivo é claro nesse sentido: “mediante políticas sociais e econômicas que visem [...]”.

Assim sendo, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo a edição de leis que disciplinem políticas públicas e tornem efetivo o direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 contemplou garantias constitucionais que visam a assegurar os direitos nela previstos, de modo a não permitir que a omissão legislativa tenha o condão de alterar o seu conteúdo.

Dessa maneira, os próprios cidadãos podem buscar uma forma de viabilizar a atuação legiferante. Os instrumentos previstos constitucionalmente, e que formam, nas palavras de *José Afonso da Silva*, “autênticos direitos públicos subjetivos”⁴⁴, são o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 192.

Tais instrumentos, porém, não estão sendo utilizados na prática, em face do posicionamento majoritário da jurisprudência brasileira sobre os efeitos das sentenças neles proferidas, ou em face das dificuldades que a própria Constituição Federal impõe. Veja-se:

A iniciativa popular é um belo exemplo de democracia, porém a Constituição Federal de 1988 estabeleceu requisitos muito difíceis de serem alcançados, dependendo de uma atuação política de grande parte da população, o que, atualmente, é inviável.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de controle abstrato da omissão legislativa mediante o qual se instaura um processo com a finalidade de provocar a atuação do órgão legislativo.

Eventual procedência dessa ação acarreta uma obrigação de agir para órgãos administrativos, porém, se a omissão legislativa depender do órgão legislativo, a procedência da ação funcionará como mera exortação moral, cientificando-o de que existe a omissão, sem demarcar prazo para a adoção de medidas tendentes a conferir plena eficácia aos preceitos constitucionais.

Paralelamente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição Federal previu o mandado de injunção, especificamente para a defesa do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Diferente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica.

O mandado de injunção é, portanto, o verdadeiro instrumento jurídico, garantia prevista constitucionalmente, de que dispõe a sociedade para proteção de seus direitos e liberdades constitucionais dependentes de atuação legiferante.

Acerca dos efeitos da sentença proferida nessas ações, há três correntes doutrinárias que sustentam competir ao Poder Judiciário: I - substituir o legislador e elaborar a norma faltante com eficácia *erga omnes*; II - declarar a inconstitucionalidade e dar ciência ao órgão omissor para adoção de medidas cabíveis; III - viabilizar, no caso concreto, o exercício de liberdades, prerrogativas ou direitos tolhidos por ausência legislativa. Atualmente, a corrente mais forte no Supremo Tribunal Federal é a número II, embora não unânime.

A possibilidade de dar eficácia a políticas públicas e sociais poderia ser alcançada com sua utilização; contudo, os efeitos atribuídos à decisão proferida em sede de mandado de injunção a torna insubsistente.

Conclui-se, destarte, que a Constituição Federal considera a saúde um direito fundamental, contudo condiciona sua eficácia e exercício à elaboração de lei futura. A ausência dessa lei impede o Poder Público de atuar, nos termos do princípio da legalidade, que também é uma garantia constitucional aos administrados.

O estado não pode ser compelido a cumprir decisões judiciais sem a atuação legislativa necessária. A própria Constituição prevê instrumentos para provocar a atuação legislativa, porém eles não têm utilidade prática, em face do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito de suas decisões.

Urge consignar que direito à saúde não significa direito a determinados medicamentos, insumos e tratamentos, cujos pedidos assolam o Judiciário e são deferidos sem o menor critério.

Há previsão de diversos medicamentos que são distribuídos gratuitamente nos programas de assistência farmacêutica e que atendem a grande parcela da população e ficam disponíveis nas farmácias hospitalares e ambulatoriais, de acordo com as necessidades e peculiaridades locais. São os chamados medicamentos padronizados.

Sem uma padronização, o poder público jamais conseguiria ou conseguirá atender a toda a demanda da população brasileira para todas as áreas da saúde, sobretudo porque os laboratórios lançam novas drogas no mercado em grande quantidade, mas nem sempre o novo é o mais eficaz.

De fato, a padronização é procedimento administrativo feito pelo Ministério da Saúde que traduz expresso cumprimento ao princípio da legalidade. É a verdadeira realização de políticas públicas, pois consegue atingir a sociedade como um todo e não um indivíduo que tem acesso ao Judiciário, conforme determinam os princípios da igualdade e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Cabe salientar, por fim, que a resposta mais eficaz para o problema está na possibilidade do Poder Judiciário assumir um posicionamento diferente com relação aos efeitos das sentenças proferidas em mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de forma a dar concretude aos pleitos nelas formulados, exercitando sobretudo uma jurisdição responsável, que busque efetivamente alcançar a dignidade da pessoal humana.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROS, Giselle Nori. *O dever do Estado no fornecimento de medicamentos*. 2006. 219 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582> Acesso em: 26 dez. 2010.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERMUDES, Sergio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 642, p. 21-25, abr. 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 26 dez. 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- CHAVES, Marily Diniz do Amaral, *A saúde suplementar à luz da Constituição*. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 101-162 (Os pensadores).
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: considerações sobre o conceito de reserva do possível*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>> Acesso em: 26 dez. 2010.
- MARTINS, Rogério Salgado. Constitucionalismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/85/constitucionalismo>>. Acesso em: 27 dez. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PACTO Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In:

São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.