

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INEFICÁCIA DO ACESSO À SAÚDE NO
BRASIL**

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INEFFICACY OF ACCESS TO HEALTH IN
BRAZIL**

Juliana Alves Rodvalho¹
Tiago Nunes da Silva²

RESUMO: O presente artigo analisa os direitos fundamentais e ressalta, dentre eles, o direito à saúde. O estudo justifica-se pela extrema importância do acesso à saúde no Brasil, haja vista que apesar de ser um direito básico de todos, raramente é prestado como deveria. Objetiva-se aprofundar a discussão sobre a proporcionalidade para a aplicação dos direitos fundamentais, para que, desse modo, haja a devida efetivação de valores consagrados que emanam do Estado Democrático de Direito. Após isso, é realizada a exposição conceitual e jurídica acerca dos direitos fundamentais, do acesso à saúde e, por fim, a comparação dentre gastos considerados fúteis perante os gastos com a saúde, que é um direito mínimo para uma vida digna. Para a concretização da pesquisa, utilizou-se o método bibliográfico, acompanhado do dedutivo. Em conclusão, nota-se que, em que pese haver várias previsões acerca do acesso à saúde e da garantia deste direito de forma igualitária para todos, carece de maior aplicabilidade, razão pela qual a saúde está sendo cada vez mais judicializada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Poder Judiciário. Saúde.

ABSTRACT: This article analyzes the fundamental rights and emphasizes, among them, the right to health. The study is justified by the extreme importance of access to health in Brazil, given that although it is a basic right of all, it is rarely provided as it should. The objective is to deepen the discussion on proportionality for the application of fundamental rights, so that there is the proper realization of consecrated values that emanate from the Democratic Rule of Law. After that, the conceptual and juridical exposition about the fundamental rights, the access to the health is made and finally the comparison between expenditures considered futile before the expenditures with the health, that is a minimum right for a decent life. To carry out the research, we used the bibliographic method, accompanied by the deductive. In conclusion, although there are several predictions about access to health and ensuring this right equally for all, it lacks greater applicability, which is why health is being increasingly judicialized.

Keywords: Fundamental rights. Judicial power. Cheers.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade ESAMC.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Pós-graduado em Direito Público. Procurador Geral da Câmara Municipal de Uberlândia. Professor na Faculdade ESAMC. Advogado. Consultor em Direito Público. E-mail: adv.tiagonunes@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais estão dispostos na Constituição Federal de 1988 e são direitos inerentes ao ser humano, que não podem ser violados, ressaltando dentre eles, o direito à vida, à liberdade, à saúde, à segurança e à propriedade. Esses direitos são considerados direitos basilares para a existência digna do homem, de forma que devem ser efetivamente garantidos e prestados.

Para melhor compreensão e estudo, os direitos fundamentais foram divididos em dimensões, sendo elas, primeira, segunda e terceira dimensão, e, conforme defendido por alguns escritores, ainda existe uma quarta, quinta e sexta dimensão. A primeira dimensão aborda sobre os direitos “negativos”, ou seja, os direitos que exigem uma abstenção do Estado para serem efetivados, sendo algum deles: o direito à liberdade coletiva, à vida, à igualdade. Já os direitos de segunda dimensão, por outro lado, exigem uma atitude prestacional do Estado, por isso são chamados de direitos “positivos”, podendo destacar o direito à saúde, à educação e ao trabalho. A terceira dimensão abarca direitos “sociais”, como por exemplo a solidariedade e a fraternidade. Para que os referidos Direitos Fundamentais fossem efetivados, a aplicabilidade destes foi dividida em imediata e mediata, se enquadrando na primeira os direitos de primeira geração, por não gerarem gastos ao Estado, mas apenas uma abstenção e na mediata os direitos de segunda geração, visto que geram gastos e, por isso, só podem ser efetivados caso o Estado possua recursos suficientes.

A proposta do presente trabalho é demonstrar a importância do direito à saúde e realizar uma comparação, demonstrando quanto gastos considerados “fúteis” são dispensados pelo Estado, ao passo em que a saúde, direito fundamental de segunda geração, fica à mercê do princípio da reserva do possível.

O estudo justifica-se, pela clara percepção que se tem, atualmente, acerca da dificuldade enfrentada pelo cidadão no tocante ao acesso à saúde de forma eficaz por todos, haja vista imensas filas de espera no Sistema Único de Saúde, seja provocada por falta de médicos ou até por aparelhos quebrados, demonstrando um descaso com um dos principais direitos fundamentais garantidos.

Sendo assim, objetiva-se, no presente estudo, aprofundar a reflexão sobre a proporcionalidade utilizada para aplicação dos Direitos Fundamentais, tendo em vista altos

gastos dispensados em alguns setores e a ausência de investimento em outros que, por muitas vezes, careciam de mais recursos em razão da extrema importância.

Para tanto, no primeiro tópico, estuda-se a teoria dos direitos fundamentais, demonstrando o que são os referidos direitos, quais são, onde estão previstos, como surgiram e quais eram os ideais presentes na época que levaram ao surgimento destes.

Após isso, é realizada uma breve reflexão sobre as dimensões dos direitos fundamentais, desde a primeira dimensão até a sexta, como defendido por alguns escritores. Em seguida, um tópico foi utilizado para comparar os direitos de segunda dimensão com os de primeira dimensão. Logo após, foi realizada uma breve análise sobre os gastos realizados pelo Poder Judiciário comparado com os gastos da saúde. Por derradeiro, para a concretização da pesquisa, observou-se a revisão bibliográfica, com amparo na doutrina estrangeira e nacional. Já na abordagem, utilizou-se o método dedutivo.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Grande é a repercussão em torno do termo “Direitos Fundamentais”. Os referidos direitos além de espalhados por toda Constituição Federal, são temas de doutrinas, jurisprudências e artigos, restando clara a importância e a necessidade do estudo aprofundado a respeito.

O termo direito, oriundo do latim *directum* significa o que é reto, correto, mais adequado. Por outro lado, “fundamental” traz à tona algo que é indispensável, crucial, de extrema importância. Os Direitos fundamentais, portanto, servem como um parâmetro estabelecido, representando aquilo que a sociedade busca e que deve ser minimamente efetivado.

Ao longo do texto constitucional, pode-se perceber vários termos utilizados para definir os consagrados direitos fundamentais, dentre eles, “direitos e garantias fundamentais”, “direitos e garantias individuais” e até mesmo para alguns, “direitos humanos” e “direitos humanos fundamentais”, além de outros. É de grande importância a conceituação e delimitação dos direitos fundamentais para início do estudo e sua classificação.

Nesse sentido, o jurista Ingo Wolfgang Sarlet apesar de reconhecer aproximação, distinguiu os direitos humanos dos direitos fundamentais (2018, p. 28 a 30). Veja-se:

Nesse contexto, de acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Pérez Lunõ, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de direito.

Dessa forma, para o referido jurista, ao passo em que os direitos humanos são inerentes ao homem e à própria dignidade deste, independentemente de qualquer positivação, os direitos fundamentais são direitos positivados, que podem ser direitos humanos que foram recepcionados na ordem jurídica interna, positivados e incorporados às constituições, adquirindo força jurídica.

Alguns outros refutam a referida distinção, interpretando os direitos humanos e direitos fundamentais como direitos essenciais e indivisíveis. Dentre eles, Sérgio Resende de Barros acredita que separar os direitos humanos e fundamentais é o mesmo que retirar a “humanidade do fundamental e a fundamentalidade do humano”, afirmando que todas nomenclaturas diferentes se referem a um só instituto, com uma só finalidade: realizar o ser humano em igualdade de condições e dignidade.

Para Dimitri Dimoulise Leonardo Martins, conforme abordado no livro Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, dentre as diversas nomenclaturas previstas na Constituição Federal, os termos “direitos naturais” e “direitos humanos” não são adequados, por se tratarem dos direitos pré-positivos (direitos naturais) e suprapositivos (direitos humanos) (2014, p. 39 a 41). Dessa forma, o estudo que se desenvolverá a seguir não utilizará as mencionadas expressões como sinônimo dos “direitos fundamentais”.

A despeito do surgimento dos direitos fundamentais, apesar de não terem nascido no mundo antigo, a religião e a filosofia dessa época influenciou diretamente o pensamento dos

jusnaturalistas, que, a partir do século XVI, traziam a ideia de que o homem, apenas por existir, já possuía direitos naturais inerentes, apresentando as denominadas teorias contratualistas.

Ao mesmo tempo, o movimento denominado “Iluminismo” fez com que o direito natural do homem passasse por uma laicização, se tornando interligado com a razão e não mais com a religião. Outro ponto importante se deu na Inglaterra, no século XVII, quando os direitos naturais do homem saíram da teoria e adquiriram maior relevância, como ocorreu por meio das Cartas de Direitos que foram assinadas pelas autoridades da época.

Dentre os filósofos que contribuíram doutrinariamente para a defesa dos direitos humanos, pode-se destacar John Locke que foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais do homem, como o direito à vida, liberdade, propriedade e resistência, afirmando que a resistência pode ser usada pelo homem (nesse caso cidadãos e proprietários) em face dos detentores do poder. Da mesma forma, o filósofo alemão Kant também teve grande influência na história dos direitos humanos, ao pregar que todos os direitos são abarcados pelo direito de liberdade, tendo em vista que com a liberdade, o homem pode obedecer apenas às leis às quais deu seu livre consentimento.

Por fim, dentre tantos outros eventos e documentos de suma importância para o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais, pode-se destacar a “Carta Magna”, considerada como um dos documentos mais importantes da Inglaterra na Idade Média, pois, apesar de ter garantido direitos e privilégios apenas para os nobres, teve grande relevância para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições. Nesse mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, reconheceu aos homens direitos naturais e invioláveis, sem qualquer divisão por classes sociais.

Torna-se necessário, todavia, verificar a definição dos direitos fundamentais supramencionados, bem como onde estão previstos. Virgílio Afonso da Silva, dedica a sua obra ao estudo de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como o que acontece nas Constituições da Alemanha, Portugal e Espanha.

Para Virgílio, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se divide em enfoque objetivo e subjetivo, e em conteúdo essencial absoluto e relativo; o enfoque objetivo é aquele

“direito para a vida social como um todo”, como o que acontece com as cláusulas pétreas; por outro lado, o enfoque subjetivo é aquele baseado em situações individuais, caso a caso. A teoria do conteúdo essencial absoluto defende que no âmbito de proteção dos direitos fundamentais existe um núcleo que formaria “uma barreira intransponível”, já em contrapartida, o conteúdo essencial relativo defende que para determinação do que é essencial, é necessário a análise dos direitos nos casos concretos, sendo variável a depender da situação (2017, p. 21 a 36).

Para a compreensão do conteúdo, função e conceito dos direitos fundamentais é necessário o estudo das dimensões ou gerações de direitos, as chamadas 1^a, 2^a e 3^a geração/dimensão. Como para todo conceito e classificação existem divergências, alguns autores defendem também a existência da 4^a e 5^a geração. Abordaremos as gerações dos direitos fundamentais a seguir.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES

A Constituição Federal de 1988 dedica o seu Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, dividindo-os em grupos, quais sejam: Direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e, partidos políticos.

Antes da análise dos grupos em que a Constituição Federal separou os Direitos e Garantias Fundamentais, é necessário o estudo da classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, sendo a diferença entre estas apenas terminológica, visto que o uso do termo “dimensão” é mais usual, com o objetivo de evitar a ideia de sucessão, evolução que o termo “geração” pode causar.

Os Direitos Fundamentais da primeira dimensão marcam a passagem do Estado autoritário para o Estado de direito, por isso, são direitos considerados “negativos”, direitos oponíveis, de resistência do indivíduo frente ao Estado. Além da notória mudança no cenário do Estado, os Direitos da primeira dimensão foram fortemente influenciados pelos pensadores jusnaturalistas.

Os direitos fundamentais

A chamada primeira dimensão, por ter tido como principal enfoque evitar a intervenção do Estado na vida particular, defendia os direitos civis, políticos, igualdade entre os homens, bem como “liberdades” coletivas, tais como liberdade de expressão, manifestação, de imprensa, entre outras. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que (2018, p. 31):

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria.

Por volta do século XIX, no ápice da Revolução Industrial Europeia, a liberdade e a igualdade pregada pelos direitos fundamentais da primeira dimensão não geravam efeitos, posteriormente, no século XX, com a Primeira Grande Guerra e a fixação dos direitos sociais, foram emergindo uma série de movimentos reivindicatórios, como os movimentos cartistas e a Comuna de Paris, exigindo que o direito “formal” se tornasse “material”, ou seja, que fosse realmente aplicado.

Os direitos fundamentais da segunda dimensão, ao contrário dos direitos tratados na primeira, são direitos positivos, visto que não possuem mais como enfoque a proteção do indivíduo frente ao Estado, mas sim, uma exigência de ação do Estado, para que este promova, efetivamente, a liberdade, bem-estar social, dignidade e tantos outros direitos que deveriam ser “inerentes” ao homem.

Dessa forma, com a exigência do homem frente ao Estado por meio de manifestações, principalmente das classes mais pobres, como a classe operária, a segunda dimensão de direitos cuida dos direitos prestacionais por parte do Estado, como a saúde, educação e trabalho, além de que, com grande destaque, reconheceu direitos essenciais aos trabalhadores, como os direitos a férias, salário mínimo, repouso semanal, dentre outros.

Apesar da exigência perante o Estado e de serem garantidos formalmente, os direitos fundamentais da segunda geração, até os dias atuais, não possuem completa eficácia, tendo em

vista o alto custo e a dificuldade de prestação/fornecimento para a grande quantidade de pessoas beneficiadas/necessitadas. Paulo Bonavides explica (2000, p. 518):

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar, que nesse âmbito, existe o termo “mínimo existencial”, que refere-se ao direito básico, fundamental e essencial à vida humana, sendo, dessa forma, incontestável e inerente ao homem, cujo alcance e obtenção deve independe de qualquer lei.

Assim sendo, os direitos sociais/econômicos abrangidos pela segunda dimensão de direitos, quais sejam, o direito à saúde, educação, trabalho, salário mínimo, lazer são direitos “mínimos” necessários para uma vida digna. Os direitos enquadrados no “mínimo existencial” são direitos que devem ser prestados pelo Estado de forma eficaz a toda população.

Por outro lado, como tratado acima pelo jurista Paulo Bonavides, tendo em vista a grande quantidade e o crescimento dos direitos fundamentais, muitas vezes o Estado carece de recursos para o cumprimento efetivo dos direitos mínimos essenciais à dignidade da população. Sendo assim, a efetivação dos direitos sociais está subordinada às possibilidades financeiras do Estado, uma espécie de dicotomia necessidade/possibilidade, denominada “reserva do possível”.

Sendo assim, de forma direta e efetiva, apesar da previsão constitucional, o Estado realiza somente o que se “enquadra” em seus limites orçamentários, sendo necessário para a efetivação desses direitos fundamentais, inerentes ao homem e essenciais para uma vida digna, o uso de medidas judiciais pertinentes, como será abordado nos tópicos posteriores.

Quanto aos direitos fundamentais da terceira dimensão, estes são marcados por mudanças no cenário internacional, como o desenvolvimento tecnológico, científico e a sociedade em massa, que trouxeram grandes alterações nas relações econômicas-sociais, iniciando um pensamento transindividual, coletivo, bem como uma noção de preservação ambiental e proteção do consumidor.

Com a terceira dimensão, os direitos passaram a tratar a respeito da solidariedade e fraternidade, tendo em vista que se destinam a proteção de grupos humanos, como família, povo, nação, sendo todos titulares de direitos coletivos ou difusos. Dentre os direitos abarcados pela terceira dimensão, podemos citar o direito à paz, a qualidade de vida, ao desenvolvimento, meio ambiente, entre outros.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que (2018, p. 32):

Cuida-se na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Alguns escritores defendem a existência de outras dimensões além das supramencionadas, como a quarta, quinta e sexta dimensão dos direitos fundamentais, apesar de ainda não reconhecidas nas constituições.

Há divergência doutrinária quanto aos direitos fundamentais da quarta dimensão. Para parte dos escritores, como Norberto Bobbio, essa dimensão trata a respeito da evolução da engenharia genética, como a manipulação de patrimônios genéticos; outra parte da doutrina, defende que a quarta dimensão trata de direitos trazidos com a globalização, como a posição do jurista Paulo Bonavides (2006, p. 571/572):

Globalizar direitos fundamentais, equivale a universalizá-los no campo institucional, só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem, à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Os direitos fundamentais da quinta dimensão tratam a respeito do direito à paz, direito que para muitos está enquadrado nos direitos fundamentais da terceira geração, contudo, para Paulo Bonavides deve ser tratado em dimensão autônoma, tendo em vista se tratar do “supremo direito da humanidade”.

Da mesma forma, os direitos fundamentais da sexta dimensão são defendidos por poucos, sendo os principais Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva. Referidos autores afirmam que os direitos fundamentais da sexta geração tratam a respeito do acesso à água potável por toda a população, direito essencial à existência humana digna.

Após a defesa da existência dos direitos fundamentais da sexta geração, são exigidas novas atitudes do Estado, como instituições sociais e estatais que promovam o acesso à água potável, bem como a criação de políticas públicas para que o referido direito seja efetivado.

Assim sendo, após breve análise das dimensões direitos fundamentais, é necessário entender a respeito da eficácia destes, haja vista se tratar de um tema de grande (e merecido) destaque dentro da seara do Direito Constitucional.

Por meio da análise histórica, percebemos que a partir da Constituição de 1981 a temática da eficácia dos direitos fundamentais ocupou lugar de atenção dentre as doutrinas, principalmente com os ensinamentos de Ruy Barbosa, que, inspirado no direito constitucional estadunidense, defendia que existiam normas auto-aplicáveis (ou auto-executáveis) e normas não-auto-aplicáveis (ou não-auto-executáveis).

Conforme o pensamento de Ruy Barbosa, as normas auto-aplicáveis seriam aquelas aptas a gerar efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, ao passo que as normas não-auto-aplicáveis seriam aquelas que necessitariam de uma ação do legislador para efetivar seus direitos.

Alguns discordam e criticam a tese americana de Ruy Barbosa, alegando que a expressão auto-aplicáveis pode gerar uma falsa impressão de que tais normas nunca sofrem qualquer regulamentação legislativa. Ingo Wolfgang Sarlet coleciona em sua obra que (2018, p. 33):

[...] Nesta mesma linha de raciocínio situa-se a crítica dos que se opõem à concepção clássica, de inspiração norte-americana, quando consideram insustentável o entendimento de que as normas denominadas de não-auto-aplicáveis (ou não-auto-executáveis) não produzem efeito algum, uma vez que completamente destituídas de aplicabilidade direta, argumentando que inexistia norma constitucional destituída de eficácia, na medida em que toda e qualquer norma da Constituição sempre é capaz de gerar algum tipo de efeito jurídico. Verificou-se, portanto (lição que permanece atual), que uma norma não-auto-aplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípios de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora.

Luís Roberto Barroso, em sua obra, distinguiu três tipos de normas, são elas: as normas de organização, que seriam normas definidoras de competências, que criam órgãos públicos; as normas definidoras de direito, que criariam, principalmente, os direitos fundamentais; e, as normas programáticas.

Quanto as normas definidoras de direito, que são objeto deste estudo, tratam-se de normas “definidoras de uma finalidade a ser implementada pelo Estado”, conforme preceitua Sarlet.

Assim sendo, os direitos fundamentais são classificados por muitos em dois grandes blocos, os direitos de defesa (liberdade, igualdade, garantias – Direitos Fundamentais da 1ª dimensão) que, em regra, exigem uma abstenção por parte do Estado, e os direitos de prestações (proteção, participação, direitos sociais prestacionais – Direitos Fundamentais da 2ª dimensão) que exigem efetivamente uma prestação Estatal.

Quanto aos direitos de defesa (1ª dimensão), por exigirem uma ausência estatal, não há dúvidas a respeito de sua aplicação imediata. Por outro lado, sem dúvida, os direitos prestacionais (2ª dimensão), por exigirem um comportamento ativo do Estado, por diversas vezes, possuem maior dificuldade de aplicação e, assim, para grande parte da doutrina, não possuem eficácia plena, bem como aplicação imediata.

Sarlet defende em sua obra que (2018, p. 34 a 35):

[...] Tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar mais adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos), também parece certo que ao enunciar que a saúde – além de ser um “direito de todos”, “é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...” (art. 196 da CF de 1988), a nossa Lei fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários, etc.

Dessa forma, resta claro que os direitos sociais prestacionais (2ª dimensão), dentre eles, o direito à saúde, são direitos que não possuem aplicação imediata, sendo positivados por meio de normas programáticas, e, exigindo assim, uma imposição do legislador para que, após, possuam eficácia plena.

Sendo assim, apesar de consagrado na Constituição Federal a “tarefa” que o Estado possui de garantir o acesso à saúde, reduzir os riscos de doenças e outros agravos, tal obrigação não ocorre como deveria, visto que para a efetivação das normas programáticas é necessária a destinação de recursos suficientes para a referida seara, o que não acontece atualmente.

4 O ROMPIMENTO DE PARADIGMA ACERCA DOS DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO COMPARADO COM OS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

De acordo com o exposto anteriormente, os Direitos Fundamentais são garantias mínimas, inerente aos homens, para uma vida digna. Dentre os Direitos Fundamentais, pode-se dizer que alguns se destacam, sendo eles, o direito à vida, a saúde, a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Os direitos fundamentais

Em relação aos direitos mencionados, há quem defenda que o mais importante é o direito à vida, tendo em vista ser a vida a condição de possibilidade para o exercício de todos os outros direitos. Outros defendem que, em razão das exceções existentes no direito à vida, legítima defesa e o aborto necessário, outro direito fundamental se sobressai: o Direito à dignidade humana.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma que: “Todos os seres humanos têm o direito de exigir que respeitem sua vida. E só existe respeito quando a vida, além de ser mantida, pode ser vivida com dignidade” (2004, p. 122).

Para que a vida seja vivida com dignidade, conforme preceitua Dallari, outro direito fundamental é necessário: o direito à saúde. Clara e certa é a preocupação do legislador ao estabelecer que o direito à saúde se trata de um direito fundamental, de forma que sua violação ofende, precipuamente, direitos humanos fundamentais.

Por esse ângulo, Humberto Ávila destaca que (2007, p. 146):

Portanto, os direitos fundamentais, por estarem em uma posição de destaque dentro da Constituição Federal de 1988, torna-se um tema bastante relevante para ser debatido, em especial, o direito à saúde, por ser um direito de cunho prestacional e social e pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa.

Assim sendo, o direito à saúde possui extrema importância e destaque perante os outros direitos fundamentais, sendo um direito fundamental material – sua efetivação é imprescindível para a concretização da dignidade da pessoa humana – e formal – está previsto na Constituição Federal em seu artigo 6º, Título II “dos direitos e garantias fundamentais”.

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva defende que (2017, p. 21 a 36):

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.

Nestes termos, o acesso à saúde é um direito indisponível e deve ser prestado pela Administração Pública – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – à toda população, principalmente àquela de baixo poder aquisitivo, a fim de que preservar o principal bem do ser humano: a vida digna. O art. 196 da CRFB/88 assegura que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Novamente, vale-se lembrar que, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, §1º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, assim, devem ser efetivadas independente de norma infraconstitucional regulamentadora. Isso quer dizer que, em razão da extrema importância dos direitos fundamentais, estes dispensam norma regulamentadora para gerarem efeitos, vinculando todo Poder Público e também toda a sociedade à sua concretização.

No entanto, num país com grandes dimensões como o Brasil, a prestação dos direitos fundamentais não ocorre de forma imediata para todos. A efetivação desses direitos gera custos financeiros e sociais para o Estado, e, não é uma prática rara encontrar momentos em que a ausência do Poder Público é justificada pela falta de recursos necessários.

Tal justificativa é infundada, tendo em vista que a ordem constitucional conferiu a estes órgãos a responsabilidade de garantia, além de que a tributação prestada por todos cidadãos deveria ser utilizada para a manutenção da estrutura estatal, e assim, para a prestação de direitos mínimos, como o acesso à saúde, que, frise-se, é um direito essencial para a manutenção da vida.

Sendo assim, várias teorias são utilizadas para justificar a inefetividade do acesso à saúde, dentre elas, a principal trata a respeito do princípio da reserva do possível. O princípio da reserva do possível, mencionado brevemente no tópico anterior, tem sido utilizado como forma de regular a possibilidade e a abrangência de atuação do Estado de acordo com os recursos

Os direitos fundamentais

públicos disponíveis, gerando uma espécie de “adequação” do acesso à saúde dos cidadãos aos limites orçamentários.

Vale ressaltar que tal princípio foi originado em um julgamento realizado pelo Tribunal Federal da Alemanha, em 1972, a respeito de vagas para o curso de Medicina, envolvendo duas faculdades. A decisão exarada foi inspirada na expressão “limite de orçamento”.

Sendo assim, resta claro que o surgimento do princípio da reserva do possível se deu em uma situação completamente diferente da qual tal princípio é utilizado como justificativa no Brasil, qual seja, limitar a efetivação de direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais, por parte do Estado. Leny Pereira Silva, defende em seu artigo que:

A necessidade de previsão orçamentária é apontada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais. Trata-se de pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores. A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

Dessa forma, os direitos fundamentais que, conforme exposto na Constituição Federal deveriam ter aplicabilidade imediata, acabam se tornando “condicionados” a possibilidade financeira e a previsão orçamentária do Estado. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que (2018, p. 47):

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Assim, é possível verificar que toda valorização do ser humano apresentada na Constituição Federal por meio dos Direitos Fundamentais, encontra óbice para sua

concretização, principalmente no que diz respeito ao acesso a serviços públicos. Tais direitos, principalmente os ligados à vida e a integridade humana, como o direito à saúde, não deveriam possuir nenhuma barreira para o acesso, tendo em vista que tratam a respeito de um dever do Estado.

Sobre esse tema o Supremo Tribunal Federal manifestou-se nos seguintes termos:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular -e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar. 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 e promessa institucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado” (RE 267.612 –RS , DJU 23/08/2000, Rel. min. Celso de Mello).

Não restam dúvidas a respeito da necessidade do uso do princípio da reserva do possível, tendo em vista que o orçamento público é limitado, e assim, não é possível oferecer imediatamente o acesso a todos os Direitos Fundamentais garantidos constitucionalmente. Contudo, o princípio da reserva do possível não deve ser aplicado quando se está em pauta a vida humana, como é o caso de abordagem desse trabalho.

É necessário lembrar que o princípio do mínimo existencial trata a respeito de um direito fundamental e essencial, previsto na Constituição Federal, cuja obtenção independe de lei. Tal princípio se refere ao mínimo que deve ser oferecido pelo Estado para que os indivíduos tenham uma vida digna.

Então, os direitos fundamentais que possuem respaldo no mínimo existencial, como é o caso do direito à saúde, devem ser garantidos e efetivados, haja vista que a escassez ou inexistência de recursos não exime o Estado de seu dever.

Os direitos fundamentais

Conforme será tratado no tópico posterior, a ausência de recursos não pode ser aclamada para a falta de acesso à saúde no Brasil, haja vista que a saúde sequer ocupa 2% dos gastos do PIB brasileiro e tantos outros valores são dispensados com fins menos importantes ou até mesmo desnecessários.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco preceituam que (2008, p. 711):

(...) apesar da realidade da escassez de recursos para bancar políticas públicas de redução de desigualdades, é possível, sim, estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos, em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes (...).

A inefetividade do acesso à saúde trata-se, portanto, de um descaso estatal com o referido direito fundamental mínimo, visto que este deveria ser o destino inicial dos recursos públicos e, não o contrário, como ocorre no Brasil, ficando tal direito à mercê da reserva do possível.

Posto isto, observa-se que a principal diferença entre a efetividade/concretude dos direitos de primeira dimensão e a inefetividade dos direitos de segunda dimensão está pautada diretamente na relevância econômica e na disponibilidade de recursos, visto que os direitos prestacionais necessitam de verbas para serem efetivados, enquanto os direitos de defesa exigem apenas uma abstenção do Estado, e assim, não possuem sua aplicabilidade questionada.

Por meio desse estudo, defendemos que inexistente norma constitucional destituída de ineficácia e aplicabilidade, assim, ainda que sua densidade normativa seja menor ao nível da Constituição Federal, a norma sempre estará apta a gerar efeitos jurídicos, sendo a eficácia variável de acordo com a positivação do direito no texto constitucional.

5 O ALTO CUSTO DO PODER JUDICIÁRIO COMPARADO À SAÚDE

Conforme abordado no tópico anterior, os direitos prestacionais (segunda dimensão) por gerarem custo ao Estado, não são de aplicabilidade imediata, e, assim, possuem a efetivação restrita ao limite orçamentário do Poder Público.

Nesse cenário, a Constituição Federal prevê formas de se obter o acesso e garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais por meio da tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e até mesmo ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Assim sendo, a busca pela solução no Poder Judiciário tem sido um tema recorrente no Direito Brasileiro, principalmente no que se refere à judicialização da saúde. O sistema judiciário, atualmente, se encontra numa situação de superlotação, com grande número de demandas de saúde, solicitação de fornecimento de medicamentos, leitos para tratamentos hospitalares, dentre tantas outras.

Para melhor entendimento a respeito do termo “judicialização da saúde” e do acesso ao Judiciário, é necessário entender a organização, composição e atual situação deste.

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 2º, os poderes da União são independentes, harmônicos entre si e se dividem em três, sendo estes, legislativo, executivo e judiciário. Tais poderes devem possibilitar o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e devem agir em conformidade com os princípios norteadores da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em apertada síntese, o Poder legislativo é o responsável por editar regras gerais, abstratas e inovadoras na ordem jurídica, as chamadas leis. O Poder Executivo tem o poder de resolver problemas concretos e individualizados, tendo por base as referidas leis. Por sua vez, o Poder Judiciário atua, basicamente, como um mecanismo de pacificação social, aplicando o direito em casos concretos, a fim de dirimir conflitos de interesse. Para análise deste trabalho, nos limitaremos ao estudo do Poder Judiciário.

Os artigos 92 a 126 da Constituição Federal regulam o Poder Judiciário. Tal poder é constituído por diversos órgãos, sendo eles, o Supremo Tribunal Federal (STF), Superior

Os direitos fundamentais

Tribunal de Justiça (STJ), Justiça Federal Comum, Justiça Especializada – Eleitoral, Militar e do Trabalho – e Justiça Estadual.

Em regra, os processos têm início na primeira instância, seja ela estadual ou federal e podem ser levados, por meio de recursos, para análise e julgamento da segunda instância, do STJ e até mesmo do STF. Como exceção, alguns outros processos podem já ter início na segunda instância, como é o caso de processos criminais contra autoridades que possuem prerrogativa de foro.

Ocorre que alguns problemas são enfrentados pelo Poder Judiciário, dentre eles, se destacam: a morosidade e o alto custo.

Conforme se observa por meio do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018, p. 73), as despesas gastas em 2017 pelo judiciário resultam em R\$ 90,8 bilhões, sendo que mais de 15% desse valor é utilizado para pagamento de servidores inativos (aposentadorias e pensões).

Sendo assim, quase todo gasto é destinado ao pagamento de magistrados, servidores inativos, estagiários, terceirizados, bem como ao pagamento de vale-alimentação, auxílio transporte e diárias, somando um total de 90,5% do total dispensado (CNJ, 2018, p. 61).

Quanto a morosidade, conforme o mesmo relatório, no final de 2017 havia 80,1 milhões de processos aguardando decisão. Não bastando, o relatório concluiu que processos de conhecimento demoram, em média, 2 anos e meio para serem sentenciados, enquanto os processos de execução gastam, em média, 6 anos e 4 meses (CNJ, 2018, p. 143).

Nestes termos, não é de se estranhar que o judiciário seja tão procurado e, infelizmente, pouco efetivo. Medidas tecnológicas e modernas, poderiam ser utilizadas como forma de maior efetividade, e até mesmo, de redução de gastos, contudo, ainda não são buscadas como deveriam, além de que encontram forte resistência para aplicação.

Sob esse aspecto, como se não bastasse a grande quantidade de processos e a morosidade até a tão esperada sentença, o Poder Judiciário está sendo cada vez mais acionado por pessoas que buscam a efetividade de um de seus direitos fundamentais prestacionais: o acesso à saúde.

Destarte, tamanha procura do judiciário é realizada em razão da ausência de acesso à saúde, direito mínimo que deveria ser garantido e efetivamente prestado para todos, sendo assim, a única via encontrada por uma parcela da população para ver o seu direito constitucionalizado, garantido e executado plenamente.

Dentro da análise da judicialização da saúde, vários aspectos chamam a atenção. Observa-se que dentre deferimentos e indeferimentos, a maior parte de respostas positivas fornecidas pelo judiciário são de demandas individuais. Vários casos com pedidos coletivos são julgados improcedentes com a justificativa de que não é possível o fornecimento de um medicamento de forma genérica, tendo em vista que existem diferentes níveis, em uma mesma doença.

Nesse mesmo aspecto, valores altos são dispensados para medicamentos e tratamentos hospitalares dedicados a um número específico de pessoas, pessoas estas, na maior parte dos casos, de classe média ou média alta, haja vista que, grande parte da população de classe baixa, infelizmente, ainda não dispõe de conhecimento necessário para procurar uma via judicial.

Além disso, existem outras problemáticas envolvendo a judicialização exacerbada e constante, nesse sentido, Barcellos nota que:

Quanto aos limites na capacidade institucional do Poder Judiciário, é preciso considerar dois problemas: a) em matérias de grave complexidade, que demandem grande conhecimento técnico de aspectos científicos, o juiz pode não ser o mais qualificado, por falta de informação e conhecimento específico; e b) em matéria de efeitos sistêmicos imprevisíveis, uma decisão judicial pode ter impactos inesperados, demonstrando a incapacidade do juiz de visualizar os possíveis danos que poderá advir de sua decisão. Tem sido criticada a excessiva intervenção do judiciário nas políticas de saúde. Muitos sustentam que sua postura ativista tem ocasionado um 'rombo' no orçamento público e comprometido as atividades dos outros Poderes.

Apesar do demonstrado, a judicialização da saúde, sem dúvidas, é necessária para a concretização do Direito Fundamental que, conforme defendido anteriormente, é considerado mínimo para manutenção de uma vida digna e, muitas vezes, não é devidamente efetivado. Figueiredo, acertadamente, deduz que:

Se a judicialização das demandas sociais é indicativo desse 'ativismo' por parte dos indivíduos e instituições vinculados à sua representação e defesa, o

Os direitos fundamentais

número massivo de ações judiciais pleiteando as mais variadas prestações em saúde, perante o poder público e a iniciativa privada, descrevem o fenômeno que vem sendo designado por 'judicialização da saúde' e configuram indício, outrossim, de que há problemas na efetivação do direito à saúde e no cumprimento, pelo SUS, dos objetivos para os quais foi instituído pela constituinte, em 1988.

Assim sendo, a judicialização da saúde apenas demonstra o que os índices comprovam: a saúde no Brasil é deficitária, com poucas vagas, escassez de recursos e grande dificuldade de acesso, tudo causado pela falta de investimento e de atenção que o Poder Público dá para este setor.

Vale ressaltar que o Brasil é um dos países com menor investimento na saúde dentre todos os outros países da América Latina, tendo em vista que os gastos da União destinados à saúde são menores que 1,8% do Produto Interno Bruto do país.

Como já demonstrado anteriormente, a prestação da saúde no Brasil é regulamentada pelos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, sendo obrigação de todos os entes da federação de forma solidária.

O Sistema Único de Saúde – SUS – disposto no artigo 200 da Constituição Federal e na Lei de n. 8.088/90, é o complexo sistema de saúde pública utilizado no Brasil. Tal sistema possui como intuito ser universal, integral e gratuito, sem discriminação. Além disso, possui como objetivo a prevenção e promoção da saúde, abrangendo desde atendimentos primários até cirurgias complexas.

Ocorre que, como na maioria das vezes, o direito material não se efetiva conforme o esperado. Atualmente, o SUS encontra-se com insuficiência de recursos, problemas com a ineficiência e gestão, apresentando aparelhos, instalações e estrutura em condições lastimáveis.

Ademais, existem poucos leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI espalhados pelo Brasil. Em 2018, conforme dados do Conselho Federal de Medicina - CRM, existiam, aproximadamente, apenas 22 mil leitos de UTI disponíveis para o SUS.

Não bastante, conforme os dados mencionados acima, dos 22 mil leitos de UTI disponíveis para o SUS, quase a metade (44%) dos leitos se encontram nas capitais, de forma

que, os 7 estados da região norte somados possuíam menos leitos de UTI do que 5 outros Estados, sendo eles: Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul.

Como já visto, o Estado gasta grande parte de seu orçamento com servidores inativos, campanhas políticas, turismo e outros fins, que, apesar de também serem importantes, ao serem comparados com o direito à saúde se tornam supérfluos.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para que haja um sopesamento, visto que nenhum direito pode sobressair ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e, assim, conseqüentemente, à saúde.

Nestes termos, o princípio da reserva do possível não é aplicável ao direito à saúde, tendo em vista que este se sobressai perante outros gastos, tantas vezes considerados “inúteis” dispensados pelo Poder Público.

Trata-se, portanto, de uma análise a respeito de prioridades, de alocação de um direito em detrimento de outros. De forma que, os direitos mínimos devem ser garantidos, com enfoque principal, destino inicial dos recursos públicos, para depois, em razão da limitação orçamentária, ser invocado o princípio da reserva do possível.

Deve-se, assim, sopesar, ou seja, ponderar os gastos realizados pelo Poder Público e o acesso à saúde oferecido à população, visto que este é, com toda certeza, um dos principais direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Por meio desse estudo, defendemos que além de ser efetivo, o acesso à saúde deve ser prestado de forma adequada. Ocorre que tal prestação só será possível quando o tema for considerado como prioritário para o Estado e assim, concretamente, for o destino principal das verbas, com investimento maior que outros fins, considerados, com razão, menos importantes que a vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é um direito fundamental, é inerente ao homem e necessário para a garantia de uma vida digna. Conforme defendido no trabalho, para que a vida seja vivida, no mínimo, com dignidade, o direito fundamental à saúde é indispensável. Contudo, por se tratar

Os direitos fundamentais

de um direito prestacional (segunda dimensão), que gera custos ao Estado, não possui aplicabilidade imediata, possuindo a efetivação restrita ao limite orçamentário do Poder Público.

Dessa forma, o princípio da reserva do possível é utilizado como “escape” para defender os baixos níveis de prestação de saúde no Brasil, visto que regula a possibilidade e a abrangência de atuação do Estado de acordo com os recursos públicos disponíveis, gerando uma espécie de “adequação” do acesso à saúde dos cidadãos aos limites orçamentários.

Nesse sentido, é importante relembrada existência do princípio do mínimo existencial, que é aquele que garante que o Estado forneça a todos os indivíduos direitos fundamentais e essenciais para a existência de uma vida digna, como é o caso do direito à saúde, de forma que a escassez ou inexistência de recursos não exime o Estado de seu dever.

Assim, por meio desse estudo, defende-se a utilização do princípio da reserva do possível, contudo, este não deve ser aplicado quando se está em pauta a vida humana, como é o caso de abordagem desse trabalho.

Resta claro que a saúde no Brasil é deficitária em razão da falta de investimento e de atenção que o Poder Público dá para este setor, tendo em vista que, como demonstrado, o Brasil é um dos países com menor investimento na saúde dentre todos os outros países da América Latina.

Sob esse aspecto, em razão da ausência de prestação e efetividade do acesso à saúde, o Poder Judiciário está sendo cada vez mais acionado e a saúde cada vez mais judicializada, sendo uma das formas vislumbradas pela população para a concretização do Direito Fundamental que, conforme defendido anteriormente, é considerado mínimo para manutenção de uma vida.

Não bastando, de acordo com o exposto no trabalho, vários gastos relativamente “inúteis” são dispensados pelo Poder Judiciário, devendo ser aclamado o princípio da

proporcionalidade para que haja um sopesamento, visto que nenhum direito pode sobressair ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e, assim, consequentemente, à saúde.

Por meio desse estudo defende-se que deve haver uma análise de prioridades, de forma que, os direitos mínimos devem ser o destino inicial dos recursos públicos, para que depois, em razão da limitação orçamentária, seja invocado o princípio da reserva do possível, assim a saúde seria prestada de forma eficiente e, outros gastos também necessários do Poder Judiciário seriam prestados conforme a disponibilidade de recursos.

7 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000.

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **Constituição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Editora Millennium, 2007.

DALLARI, DALMO DE ABREU. **Direitos Humanos e cidadania**. 2. Ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

FIGUEIREDO, Mariana F. **Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro**. Some notes on the efficacy and effectiveness of the fundamental right to health in the context of Brazilian constitutional. Direito à saúde - Boletim do Instituto de Saúde, São Paulo, v. 12, n.3, dez. 2010.

Os direitos fundamentais

SARLET, Wolfgang Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2012. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SA_UDE_por_Leny.pdf.