

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: UM DIREITO DE TODOS?

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: A RIGHT FOR ALL?

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN BRASIL: ¿UN DERECHO DE TODOS?

Gerson Conceição Cardoso Júnior¹, Flávia Sulz Campos Machado², Fernanda Ferreira dos Santos Bacelar Silva³

DOI: 10.54899/dcs.v23i92.6247

Recibido: 15/06/2026 | Aceptado: 10/07/2026 | Publicación en línea: 20/07/2026.

RESUMO

O presente estudo insere-se no campo do Direito Constitucional, abordando a perspectiva da judicialização das políticas públicas de saúde no contexto brasileiro. Tem como objetivo analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil à luz da Análise Eco-lógica do Direito, desenvolvida pelo jurista baiano Wálber A. Carneiro, a fim de refletir os impactos deste fenômeno na concretização do direito à saúde. Adota-se o método qualitativo, com base em revisão bibliográfica. Como resultado, identifica-se que a atuação do Poder Judiciário, sobretudo em demandas individuais de direito a saúde, tensiona a legitimidade democrática, ao operar enquanto instância decisória sobre a alocação de recursos públicos destinados, a princípio, ao atendimento do direito à saúde numa perspectiva coletiva, nos contornos historicamente delineados pelo constituinte de 1988. Conclui-se que, embora a atuação jurisdicional seja essencial à promoção e garantia dos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde, as decisões judiciais em demandas individuais podem comprometer a sustentabilidade do sistema de saúde.

Palavras-chave: Judicialização, Saúde Pública, Análise Eco-Lógica do Direito.

ABSTRACT

This study is situated within the field of Constitutional Law, addressing the judicialization of public health policies in the Brazilian context. The main objective is to analyze the phenomenon of health judicialization in Brazil based on the Eco-logical Analysis of Law developed by the jurist Wálber A. Carneiro, in order to reflect on the impacts of this phenomenon on the realization of the right to health. A qualitative method is adopted, based on a bibliographic review. The findings indicate that the actions of the Judiciary, particularly in individual health-related claims, place pressure on democratic legitimacy by operating as a decision-making instance regarding

¹ Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, Bahia, Brasil.
E-mail: gersonccardosojr@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5572-7539>

² Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, Bahia, Brasil.
E-mail: sulz.flavia@gmail.com

³ Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, Bahia, Brasil.
E-mail: nanda_ferreirads@hotmail.com

the allocation of public resources, which are, in principle, intended to serve the right to health from a collective perspective, as historically outlined by the 1988 Constitution. It concludes that, although judicial intervention is essential for the promotion and protection of fundamental rights, including the right to health, judicial decisions in individual cases may compromise the sustainability of the health system.

Keywords: Judicialization. Public Health. Eco-Logical Analysis of Law.

RESUMEN

El presente estudio se enmarca en el ámbito del Derecho Constitucional y aborda la perspectiva de la judicialización de las políticas públicas de salud en el contexto brasileño. Su objetivo es analizar el fenómeno de la judicialización de la salud en Brasil a la luz del Análisis Ecológico del Derecho, desarrollado por el jurista de Bahía Wálber A. Carneiro, con el fin de reflexionar sobre los impactos de este fenómeno en la materialización del derecho a la salud. Se adopta el método cualitativo, basado en una revisión bibliográfica. Como resultado, se constata que la actuación del Poder Judicial, sobre todo en demandas individuales relacionadas con el derecho a la salud, pone a prueba la legitimidad democrática, al actuar como instancia decisoria sobre la asignación de recursos públicos destinados, en principio, a la satisfacción del derecho a la salud desde una perspectiva colectiva, dentro de los límites históricamente delineados por la Asamblea Constituyente de 1988. Se concluye que, aunque la actuación jurisdiccional es esencial para la promoción y garantía de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la salud, las resoluciones judiciales en demandas individuales pueden comprometer la sostenibilidad del sistema sanitario.

Palabras clave: Judicialización. Salud Pública. Análisis Ecológico del Derecho.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

INTRODUÇÃO

A construção do direito à saúde no Brasil reflete um processo histórico de transformações políticas, sociais e econômicas do país. Inicialmente, as ações de saúde eram voltadas para o controle de epidemias, sem que se reconhecesse a saúde como um direito fundamental. Somente a partir da segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a saúde passa a ser reconhecida como um direito humano, influenciando o arcabouço jurídico brasileiro.

O tratamento do direito fundamental à saúde no âmbito do constitucionalismo brasileiro apenas ocorre com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, sendo a saúde consagrada como direito de todos e dever do Estado. O delineamento do direito à saúde, bem como a criação do Sistema Único de Saúde, teve a influência das reivindicações do

Movimento Sanitarista, que entendiam pela necessidade da ruptura com o modelo da saúde pública anterior à 1988, a fim de garantir o direito à saúde para todos, com acesso universal e igualitário, e através de ações e serviços de natureza pública.

O advento da Constituição de 1988 também propiciou a emergência do fenômeno da judicialização da política, na qual se insere a judicialização da saúde. A partir de 1990, começam a crescer as demandas individuais pleiteando tratamentos de saúde e, na década de 2000, a postura do Poder Judiciário passou a tender ao deferimento desses pleitos, com a condenação dos entes públicos ao seu custeio.

A postura adotada pelo judiciário brasileiro tende à desconsideração dos impactos orçamentários das decisões jurídicas e, consequentemente, das implicações na dimensão coletiva do direito à saúde, eis que o orçamento público é pensado para atendimento das demandas de toda a coletividade.

O presente artigo apresenta uma reflexão acerca da judicialização da saúde pública a partir da proposta da análise eco-lógica do direito, a qual explora os déficits prestacionais da abordagem do sistema jurídico e suas organizações ao tratamento da concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito à saúde.

A reflexão ora proposta dialoga com a temática da Democracia e Poder Judiciário na perspectiva da garantia de direitos e proteção ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a judicialização da saúde se revela campo privilegiado para análise de tensões estruturais entre a atuação jurisdicional e a preservação institucional do regime democrático. Enquanto o Poder Judiciário assume papel central para a garantia do direito à saúde diante das insuficiências das políticas públicas estatais, esta atuação jurisdicional nas demandas individuais suscita questionamentos quanto à legitimidade democrática de decisões que operam como escolhas alocativas dos recursos públicos destinados ao atendimento da coletividade.

A CONSTRUÇÃO DA JUSFUNDAMENTABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Entre o final do século XVI e o começo do século XII, antes de a saúde ser considerada um direito, as ações sanitárias dos Estados europeus estavam restritas à elaboração de estatísticas de nascimento e mortalidade, sem intervenções efetivas de cuidado ao estado de saúde da população (Foucault, 1998). A partir de meados do século XVIII, o crescimento das populações

urbanas, em decorrência da industrialização, evidencia a necessidade de contenção de epidemias locais. Mais tarde, durante o século XX, diante do aumento do comércio, melhoria dos transportes e encurtamento das distâncias entre as nações, já não seria mais possível ignorar a interferência mútua das condições sanitárias entre as diferentes partes do mundo, propiciando a cooperação internacional para a prevenção de doenças transmissíveis (Rosen, 1994).

A saúde teria figurado, num primeiro momento, uma preocupação de caráter prático, com a adoção de mecanismos que não possuíam o prisma de direitos subjetivos do cidadão, nem mesmo sendo cogitados no âmbito jurídico (Villas-Bôas, 2009). Somente após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde viria a ser reconhecida a nível internacional como um direito humano fundamental, no bojo do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) (Dallari, 1998).

No Brasil, a ideia de um direito de todos e dever do estado, já delineada pela OMS, influencia o delineamento do direito à saúde no texto constitucional de 1988. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil (Crfb/1988) estabeleceu a saúde como um direito fundamental e social, afirmada como “direito de todos e dever do Estado” (no artigo 196), além de criar um sistema de saúde público e universal, orientado pelos princípios da universalidade, integridade, equidade e participação social.

Até 1988, as constituições brasileiras não haviam tratado de forma específica do direito à saúde, se limitando à distribuição de competências executivas e legislativas de temas transversais. Por outro lado, a assistência à saúde aparecia em alguns textos anteriores como um direito exclusivo dos trabalhadores, sem a explicitação de um caráter fundamental (Dallari, 2009; Sarlet, 2013).

Sarmiento (2010) aponta que a Assembleia Nacional Constituinte, ocorrida entre 1987 e 1988, discutiu o teor da nova constituição com ineditismo no que tange à mobilização cívica e à participação social. A expressiva participação popular teria sido responsável pela introdução da saúde ao rol dos direitos sociais, bem como pela fixação das bases para uma nova política de saúde, com destaque para atuação do Movimento da Reforma Sanitária.

Uma das principais lutas do Movimento Sanitarista, que precederam à Constituinte, era pela criação de um sistema único de saúde, de natureza pública. Além disso, o movimento entendia que: a saúde deveria ser assegurada como direito universal e igualitário; o Estado deveria atuar na promoção, proteção e recuperação da saúde; as ações e os serviços de saúde deveriam

ter natureza pública e o sistema único de saúde deveria ser gratuito, descentralizado para estados e municípios, sujeito ao controle social, além de deter atribuições de assistência, vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, saneamento básico e saúde ocupacional (Rodriguez Neto, 2019). Dallari (2009) aponta que a redação promulgada para a seção da saúde, nos artigos 196 a 200 da CRFB/1988, efetivamente constituiu o que os sanitaristas apresentaram como emenda popular à constituição, com sutis modificações.

As reivindicações do Movimento Sanitarista eram de reforma política da saúde brasileira, cujo modelo, anterior à 1988, era caracterizado por um acesso restrito e excludente, com ações focadas na dimensão curativa e com gestão centralizada na esfera federal. O movimento tem origem na década de 1970, enquanto o país vivencia a ditadura militar (1964-1985), período marcado por poucos recursos para a saúde, sendo destinados aos serviços a serem prestados por hospitais particulares, negligenciando a criação e manutenção de hospitais públicos, bem como o saneamento básico e as campanhas preventivas de epidemias (Bertolli Filho, 2011).

Daí o significado histórico da bandeira levantada pelo Movimento Sanitarista em defesa da saúde como um direito de todos, de acesso universal, constituindo uma incumbência precipuamente direcionada ao ente público, que passaria a ter maior responsabilidade de financiamento e gestão. Por outro lado, a perspectiva de que o novo sistema único de saúde seria formado por uma rede de ações e serviços descentralizados, regionalizados e hierarquizados, contando com a participação social, o que demarcava um contraponto incisivo ao autoritarismo e à centralização da gestão da saúde na esfera federal.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E PARADOXO DO ORÇAMENTO

Consoante se disse anteriormente, até 1988 os textos constitucionais brasileiros não haviam se dedicado ao tratamento do direito à saúde. Na Constituição de 1967, a alínea “o” do artigo 119⁴ previa a possibilidade de apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, de causas que decorressem imediato perigo ou grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. Para Villas-Bôas (2009) o dispositivo lançara a semente da confirmação de que ameaças à saúde seriam aferíveis judicialmente. Sem embargos, a emergência da judicialização do direito à saúde somente é propiciada pela promulgação da Constituição de 1988.

A CFRB/1988 conferiu expressamente o caráter de direito fundamental e social à saúde

⁴ Com redação dada pelas emendas constitucionais (EC) n. 1/1969 e n. 7/1977.

(artigo 6º). O Sistema Único de Saúde (SUS) previsto no texto constitucional, por sua vez, assumiu condição de autêntica garantia institucional fundamental perante a ordem constitucional brasileira, gozando da mesma proteção outorgada às demais normas fundamentais, contra quaisquer medidas que tendam à sua abolição ou esvaziamento (Sarlet, 2013).

No contexto do fim da Segunda Guerra Mundial, impulsionada pelo processo de internacionalização dos direitos humanos e do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, desponta a judicialização da política. No Brasil, o fenômeno encontra na promulgação da Constituição de 1988 uma de suas “condições facilitadoras” (Verbicaro, 2008).

Nesse sentido, Barroso (2012) assinala três causas para a emergência da judicialização na experiência brasileira, todas relacionadas à Constituição de 1988, sendo elas: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente (destacando o caráter analítico e ambicioso do texto constitucional) e o estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade, possível pelas vias concentrada e difusa e que contou com um vasto rol de legitimados ativos. A Constituição de 1988 teria ampliado o acesso à justiça e possibilitado um certo protagonismo do Poder Judiciário, em especial enquanto guardião dos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde.

A gênese da judicialização da saúde no país ocorreu na década de 1990, quando as demandas individuais pleiteando acesso a tratamentos de saúde começam a interpelar o Poder Judiciário. Enquanto as primeiras decisões neste âmbito afirmavam a não intervenção do judiciário na esfera de atuação da Administração Pública⁵, no início dos anos 2000 há uma mudança de posicionamento dos tribunais, que se voltam à fundamentabilidade material do direito à saúde, passando a ser comum o acolhimento indiscriminado dos pleitos e a condenação dos entes públicos ao seu custeio (Balestra Neto, 2015).

Nos anos que se seguiram, com o aumento das demandas individuais na área da saúde, tendo como desfecho comum decisões desfavoráveis ao ente público, o meio acadêmico e a comunidade jurídica passam a compreender a judicialização da saúde como um problema (Vasconcelos, 2020), especialmente em razão do impacto que as determinações judiciais provocam ao orçamento público destinado à saúde, para atendimento das necessidades coletivas (Delduque; Marques, 2009).

⁵ Um exemplo emblemático é o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6564/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6564/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23/05/1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/rms6564rs>. Acesso em: 05 ago. 2023).

As decisões judiciais no âmbito da tutela da saúde, ao reconhecerem a existência de um direito subjetivo aos tratamentos médicos e enfatizarem a eficácia das disposições constitucionais, tendem a um afastamento de questões concernentes aos custos dos direitos e à escassez dos recursos públicos.

Amaral (2001) aponta que as decisões judiciais no campo da saúde operam no âmbito da microjustiça, de forma que pedidos judiciais têm seus custos considerados de forma isolada e, assim, eles não parecem suficientes para oferecer impacto no orçamento público. Galdino (2005), por sua vez, afirma que os modelos teóricos do pensamento sobre os direitos fundamentais no Brasil, historicamente, não enfrentam o problema da escassez de recursos, apontando que o modelo teórico dos custos dos direitos⁶ representaria um ponto de avanço na teoria dos direitos fundamentais. Na síntese apresentada pelo próprio autor, teríamos:

(I) modelo teórico da indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico.

(II) modelo teórico do reconhecimento: a produção intelectual funda-se no reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos.

(III) modelo teórico da utopia: a crítica ideológica da crença em despesas sem limite iguala direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.

(IV) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível.

(V) modelo teórico dos custos dos direitos: revela a superação dos modelos anteriores; tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais. (Galdino, 2005, p. 181).

Em sentido próximo, Carneiro (2020), em sua proposta por uma análise eco-lógica do direito fundamental à saúde, aponta que o tratamento judicial dessas demandas adota, simultânea e convenientemente, posturas no âmbito de um ceticismo descompromissado e de um compromisso irresponsável. O autor situa a questão da escassez de recursos públicos para a concretização dos direitos fundamentais num paradoxo, representado pelo orçamento – o qual possibilita e, ao mesmo tempo, limita a realização do direito fundamental à saúde. Apesar disso, ambas as perspectivas acabam por não enfrentar o problema da escassez de recursos.

O ceticismo descompromissado limitaria a concretização do direito à saúde nos limites de

⁶ Galdino indica a obra de Holmes e Sunstein como referência teórica do modelo dos custos dos direitos (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019).

sua regulamentação pelo legislador e implementação pelo Poder Executivo. Com efeito, a questão orçamentária restaria contornada, através de um desvio do problema, antes de observá-lo. A análise de eventuais impactos no ambiente da forma como o orçamento é utilizado para a realização do direito fundamental à saúde seria transferido a outras formas de comunicação, como a política. A abordagem de um compromisso irresponsável, por seu turno, estaria amparada na ideia de que os direitos fundamentais não devem ficar à mercê dos limites orçamentários, eis que caberia ao Estado promover a saúde e, não o fazendo, a intervenção jurisdicional restaria justificada pelas determinações constitucionais (Carneiro, 2020).

Carneiro (2020) elucida que, perante questões judiciais inseridas na microjustiça (demandas individuais), o sistema jurídico adota a postura do compromisso irresponsável, acolhendo os pleitos em favor dos requerentes. Por outro lado, diante de demandas que suscitem o aspecto macro-orçamentário (como discussões sobre o regramento para o financiamento público da saúde), o sistema jurídico evoca preceitos da não intervenção judicial à Administração Pública, apostando num ceticismo descompromissado.

A partir de uma reflexão metodologicamente orientada pela Fenomenologia Hermenêutica de Heidegger, pela Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann e pela Epistemologia da Complexidade de Morin, Carneiro (2020) explica que ambas as perspectivas apontadas (ceticismo descompromissado e de um compromisso irresponsável) refletem parâmetros de autorreprodução do sistema jurídico em relação à observação do sistema da administração pública que, numa observação imediata do paradoxo do orçamento, acaba por naturalizá-lo. Ao internalizar essa naturalização do paradoxo, porém, a observação jurídica acabaria por desconsiderar os impactos nos indivíduos presentes no ambiente dos sistemas do direito e da saúde das suas formas de operação diante da judicialização do direito à saúde.

É “natural”, portanto, que a administração pública não questione o paradoxo orçamentário no momento em que “gasta” seu orçamento da saúde. [...] Essa naturalidade não pode, todavia, ser transportada para a observação teórica do direito, pois ela tem a possibilidade de se constituir sobre uma forma diferente de auto-observação jurídica. Embora igualmente paradoxal, se a observarmos como uma auto-observação científica. O problema, entretanto, está quando essa observação científica sobre o direito abre mão de suas possibilidades “desparadoxalizantes” em relação ao “objeto” de suas observações e se limita a reproduzir a cegueira inerente à autorreprodução do sistema observado. Nesse caso, abre-se mão das possibilidades que a observação de segunda ordem (observação da observação) poderia oferecer para o aprendizado cognitivo do sistema observado. (Carneiro, 2020, p. 8)

Além disso, a partir do acolhimento das demandas individuais, com a consequente

condenação do ente público ao custeio para a realização dos tratamentos de saúde requeridos, o sistema jurídico acreditaria estar concretizando o direito fundamental à saúde previsto na Constituição de 1988. No entanto, como se disse anteriormente, os recursos orçamentários da saúde são previstos para o atendimento das necessidades da coletividade composta pelos brasileiros.

Além disso, historicamente o direito fundamental à saúde previsto na Constituição de 1988 foi concebido como a inauguração de um novo paradigma para a saúde pública no país, a fim de oferecer um acesso universal e igualitário aos cidadãos, em contraponto ao modelo sanitário vigente anteriormente, restrito e excludente.

Assim, ao que dados da judicialização da saúde apontam que quase a totalidade das demandas são de caráter individual, não resultando em benefícios coletivos (Freitas *et al*, 2020), percebe-se que a realização judicial do direito à saúde para alguns indivíduos provoca e aprofunda desigualdades na distribuição das prestações de saúde no país (Carneiro, 2020).

CONTRIBUTOS DE UMA ANÁLISE ECO-LÓGICA DO DIREITO À SAÚDE

A abordagem eco-lógica do direito fundamental à saúde proposta por Carneiro (2020) assinala que a judicialização da saúde na realidade brasileira aponta problemas nos eixos das prestações de segurança, inclusão generalizada e sustentabilidade, as quais se relacionam aos princípios operacionais do direito, quais sejam: consistência, igualdade complexa e integridade.

Dentro da proposta de uma nova tipologia principiológica à dogmática jurídica⁷, Carneiro (2021) considera que o direito possuiria três princípios operacionais, baseados na relação estrutura-função do sistema jurídico, quais sejam: da consistência, da igualdade complexa e da integridade. Cada um dos princípios, por seu turno, refletem as expectativas do ambiente do sistema jurídico de prestações, respectivamente: de segurança, de inclusão generalizada e de sustentabilidade.

Carneiro (2021) projeta os princípios operacionais na dinâmica evolutiva do sistema jurídico na sociedade moderna, considerando que os princípios representariam uma abertura cognitiva do sistema para a seleção de expectativas do ambiente, a fim de embasar programas normativos.

⁷ Deixando, assim, de lado as classificações dos princípios jurídicos em princípios funcionais, princípios jurídicos-epistemológicos e princípios pragmáticos (Cf. Carneiro, Wálber Araújo. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v. 43, n. 1, 2021, p. 1-249).

Assim, a expectativa da prestação de uma segurança seria reproduzida internamente como consistência. Essa prestação poderia ser observada a partir da codificação sistematizada das leis, no século XIX, com a finalidade de propiciar a aplicação do juiz das normas editadas pelo legislador e, desta forma, oferecer estabilidade e respeito ao primado da liberdade/igualdade formal aos indivíduos, nos termos das reivindicações liberais-burguesas (Carneiro, 2021). No caso da judicialização do direito à saúde, as posturas adotadas pelo sistema jurídico e suas organizações prestariam segurança ao ambiente, tendo em vista que as decisões judiciais podem representar ameaças à estabilidade de seus programas e organizações, como a política e a economia. Além disso, o sistema opera em detrimento de indivíduos subincluídos (aqueles que não acessam o serviço jurisdicional) e não oferece segurança fiscal (Carneiro, 2020).

Quanto ao princípio da igualdade complexa, esse representaria uma evolução do princípio da consistência, diante da percepção das desigualdades econômicas, de gênero, de raça e de nacionalidade. A igualdade, então, passa a implicar tratamento desigual aos desiguais, impulsionados pela emergência e reconhecimento dos direitos sociais para a realização da cidadania. Por conseguinte, se coloca a expectativa do ambiente por uma inclusão generalizada (Carneiro, 2021). O sistema jurídico pecaria especialmente no âmbito da proteção isonômica, no que concerne ao direito fundamental à saúde. Isto porque a atuação do sistema jurídico e de suas organizações tornaria a inclusão dos indivíduos no sistema de saúde mais desigual, quando, no entanto, a igualdade para a saúde pressupõe uma inclusão generalizada daqueles que necessitam, na medida de suas necessidades.

A judicialização simbólica tira dos mais necessitados para dar àqueles que, ainda que igualmente necessitados da prestação, veem-se incluídos em outros sistemas, como o econômico (porque pagam advogados), o educacional (que leva à noção de cidadania e consciência de direitos) e o jurídico (porque acessam organizações judiciárias que postulam e julgam suas demandas). (Carneiro, 2021, p. 31)

O tratamento judicial do direito à saúde, assim, desconsidaria o sentido da expressão direito para todos consagrado na Constituição de 1988, em especial por atribuir uma interpretação desconexa da construção histórica do direito à saúde no Brasil, marcada pela atuação do Movimento Sanitarista.

Já a prestação de sustentabilidade, correlata ao princípio da integridade, não seria alcançada, tendo em vista que o sistema jurídico não garante o cumprimento dos programas orçamentários voltados ao sistema de saúde. É dizer: ao impor determinações voltadas à satisfação de necessidades individuais não previstas no planejamento orçamentário do gestor

público, o judiciário interfere no dispêndio de recursos escassos, provocando a insustentabilidade do sistema de saúde (Carneiro, 2020).

Diante disso, Carneiro (2020) assinala a necessidade de avanço a partir de uma teoria dos direitos fundamentais ecologicamente sensível, a fim de selecionar programas condicionais capazes de reproduzir os três problemas fundamentais no cerne da insustentabilidade do sistema público, da isonomia inerente ao tratamento jurídico da saúde e parâmetros de consistência às decisões judiciais no campo das questões de microjustiça e macro-orçamentárias da saúde, abertas ao diálogo com o sistema de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da saúde da população passa de uma preocupação estatal relacionada à contenção da transmissão de enfermidades entre os países para um direito humano reconhecido internacionalmente a partir do segundo pós-guerra, em meados da década de 1940.

No Brasil, a Constituição de 1988 figura o primeiro texto constitucional a tratar de forma específica do direito à saúde, trazendo uma seção dedicada ao tema, que é inaugurada com a promessa de um direito de todos e dever estatal, além de criar um sistema público de saúde norteado pela pretensão de um acesso universal da população às ações e serviços de saúde.

Num primeiro momento, o direito fundamental à saúde é entendido como uma norma programática e, por isso, destituída de aplicabilidade imediata ou, em outra palavra, de exigibilidade. Uma das justificativas para essa consideração residiu no fato de que a saúde, enquanto direito social, careceria de atuação e de prestações estatais para ser efetivado, o que incorreria em custos para o ente público que não poderiam ser determinados pelo Poder Judiciário.

Esse quadro, no entanto, é alterado no bojo do processo de internacionalização dos direitos humanos, com a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento desses direitos e a afirmação da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais. Nesse contexto, a Constituição de 1988 marca a emergência da judicialização da política e, inserida nesse fenômeno, a judicialização da saúde, que tem seu prelúdio na década de 1990.

Nessa conjuntura, a ideia de que a implementação do direito à saúde acarretaria num custo a justificar a sua inexigibilidade é substituída por uma tendência à completa desconsideração desse custo, representada pelo crescimento das demandas judiciais pleiteando os mais diversos

tratamentos de saúde cujo desfecho comum é a condenação do ente público ao fornecimento e custeio desses pleitos.

Sob o prisma da análise eco-lógica do direito, a desconsideração dos custos encontra ressonância nas abordagens do ceticismo descompromissado e do compromisso irresponsável que, por seu turno, representam a autorreprodução, pelo sistema jurídico, da naturalização do paradoxo do orçamento. Por outro lado, as perspectivas adotadas pelo sistema jurídico no campo da judicialização do direito apontam para déficits prestacionais de segurança, inclusão generalizada e consistência.

Uma perspectiva orientada pela análise ecológica do direito pode contribuir à dogmática dos direitos fundamentais no sentido avanço e tratamento dos problemas de insustentabilidade do sistema público, isonomia inerente ao tratamento jurídico da saúde e parâmetros de consistência às decisões judiciais no campo das questões de microjustiça e alocações macro-orçamentárias na saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, **Gustavo. Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo / Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde - Evolução rumo à racionalidade. **R. Dir. Sanit.**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/balestraneto15>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://tinyurl.com/barroso-2012>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública** no Brasil. São Paulo: Ática, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 6564/RS**, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23/05/1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/rms6564rs>. Acesso em: 05 ago. 2023

CARNEIRO, Wálber Araújo. Análise ecológica do direito fundamental à saúde: da judicialização simbólica ao silêncio eloquente do sistema e das organizações jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 1-41, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n213402>. Acesso em: 31 jul. 2024

CARNEIRO, Wálber Araújo. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v. 43, n. 1, 2021, p. 1-249.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito**

Sanitário, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/dallari2009>. Acesso em: 24 ago. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde públ.**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/dallari1988>. Acesso em: 24 ago. 2024.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silva Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13ª edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde**. Promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz Edições Livres, 2019.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução de Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Hucitec Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à seção II: Da Saúde. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.461>. Acesso em: 24 ago. 2022.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível: <https://tinyurl.com/verbicaro08>. Acesso em: 25 ago. 2024

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de recursos em saúde**: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. Volume I. 2009. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.