

DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DI ATTO DI NOTORIETÀ

(ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445)

Il sottoscritto MATTEO FINCO

nato il 14/04/1985 a VENEZIA

sotto la propria responsabilità e con piena consapevolezza e conoscenza delle sanzioni penali nel caso di dichiarazione non veritiere, di formazione o uso di atti falsi, richiamate dall'art. 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché della decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato qualora l'Amministrazione, a seguito di controllo, riscontri la non veridicità del contenuto della suddetta dichiarazione, di cui all'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445

DICHIARO

di aver contribuito alla pubblicazione presentata come segue:

- *Direito à saúde e evolução dos direitos humanos. Uma leitura sistêmica no contexto do Supremo Tribunal Federal brasileiro*, in *What's up? Desafios ao Direito. Inteligência artificial - Uso de dados pessoais - Covid-19 Direito à saúde - Crianças, adolescentes e idosos no mundo digital - Biotecnologia e bioética*, a cura di A.C. Scalquette, P. Vanzolini, R. da Rocha, R.A. Scalquette, Almedina, São Paulo, 2022: **Capp. 1, 2.**

Il dichiarante



Roma, 03/11/2024

What's up?
Desafios ao Direito

14.

DIREITO À SAÚDE E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. UMA LEITURA SISTÊMICA NO CONTEXTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA
MATTEO FINCO

Introdução

Se partimos¹ – com a teoria dos sistemas sociais do sociólogo Niklas Luhmann – da ideia de que os direitos fundamentais e humanos² garantem as condições mínimas que permitem ao ser humano de ter um papel na

¹ Este trabalho foi elaborado a partir de um artigo publicado na «Revista Pensamento Jurídico» (v. 13, n. 2, 2019) com o título *Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde*.

² Falaremos, neste trabalho, indiferentemente de direitos humanos e fundamentais, ignorando a distinção tradicional onde os primeiros seriam aqueles afirmados internacionalmente, e os segundos aqueles contidos nas constituições nacionais. Isso porque adotamos uma perspectiva sociológica que identifica neles um papel mais amplo do que o jurídico. Podemos explicar isso a partir do mesmo Luhmann. O autor, ao contrário do que em *Grundrechte als Institution* (1965), nas suas obras mais recentes não se refere mais aos direitos fundamentais, mas sim aos direitos humanos (*Menschenrechte*). A razão pode ser atribuída, pelo menos em parte, ao interesse pela semântica da individualidade, para o problema da exclusão e para os “escândalos inaceitáveis”, ou seja, as violações extremas de dignidade humana.

comunicação³, ou seja, para atuar nos diferentes sistemas da sociedade, isso significa que estes direitos representam as condições para a inclusão. A participação, ou seja, a relevância no nível da comunicação dos indivíduos na sociedade é garantida pelos direitos. Que são subjetivos, mas gerais, isto é, não específicos, não são “adaptados” para cada um, mas flexíveis, adaptáveis, abertos e também, como qualquer outro direito, mutáveis. Ademais, a distância entre o conteúdo dos direitos e a sua efetivação é grande: as normas jurídicas são um produto do sistema político, e tornar elas efetivas é um papel sobretudo desse sistema, através de políticas públicas. O sistema jurídico, por outro lado, intervém somente quando há casos evidentes de desrespeito dos direitos, através de tribunais que possam identificar os culpados, estabelecer uma pena e, possivelmente, formas de compensação para as vítimas.

De fato, os direitos humanos são *valores*, que estabelecem um horizonte – o da inclusão: neste sentido, são *promessas* de que a sociedade tem como objetivo fazer com que todos possam ter um papel nela. Por isso os direitos humanos são genéricos, flexíveis, indeterminados, mas em qualquer caso pontos de referência constantes que, em cada sistema funcional, estabelecem os critérios mínimos de inclusão. Ao mesmo tempo, essas promessas “nada podem fazer em relação à gestão efetiva da inclusão e à suas consequências”⁴.

No entanto, é preciso destacar que – ao contrário do que implicaria a retórica comum dos direitos, mesmo quando trata-se da expressão de um desejo legítimo de progresso – os direitos humanos não representam o produto de um direito superior e absoluto, soberano sobre qualquer outra esfera da sociedade, mas “ocupam o espaço intermediário que separa, mas poderíamos dizer também que combinam, direito e política” – entendidos como sistemas sociais. Assim, tal como a Constituição – que para Luhmann representa o acoplamento estrutural entre política e direito⁵ – os direitos fundamentais têm uma “função evolutiva” que

³ LUHMANN, 2002.

⁴ DE GIORGI, 2017a, p. 327. A *tradução* dos trechos de volumes publicados em línguas estrangeiras são nossas.

⁵ LUHMANN, 1996.

consiste precisamente em “bloquear a involução, evitando que o passado aniquile o presente com os seus escombros”⁶.

1. A função dos direitos fundamentais

Para Luhmann, direitos fundamentais são *instituições*, ou seja, expectativas de comportamento relacionadas aos papéis sociais e baseadas no consentimento social. São estruturas que servem para estabilizar a diferenciação do sistema político (chamado a produzir decisões vinculantes), bem como garantias para os indivíduos, que devem ser protegidos dos excessos do próprio Estado.

Não se trata, portanto, de “direitos humanos eternos”⁷, mas de uma ferramenta moderna que visa prevenir tendências regressivas da ordem social e garantir oportunidades de comunicação, através da estabilização do sistema político, de forma que não invade outras esferas sociais, como a personalidade individual, os processos de socialização, outros subsistemas da sociedade.

Na teoria dos sistemas, não há espaço para retórica ou tensões morais: a diferenciação funcional não é um valor a ser defendido, mas uma condição da ordem social: os direitos fundamentais servem para evitar o retrocesso da sociedade a estágios anteriores de desenvolvimento. Não se trata de uma tarefa fácil. Numa sociedade complexa, caracterizada por uma elevada contingência e evolução contínua, é necessário que os direitos fundamentais permaneçam abertos ao desenvolvimento e à mudança: por isso não podem ser determinados de forma muito específica. A Constituição serve para este propósito: ela estabelece os princípios fundadores do Estado, os direitos subjetivos inalienáveis e os valores e as normas gerais que representam um ponto de referência para todos os direitos e demandas que surgirão no futuro, com novas necessidades e condições não previsíveis no momento presente. A Constituição conecta direito e política, ao mesmo tempo que os mantém separados: a legitimidade política e a organização do sistema administrativo e de governo são justificados juridicamente, encontrando suas garantias essenciais na carta constitucional. Ao mesmo tempo, o direito permanece aberto para o futuro,

⁶ DE GIORGI, 2017a, p. 328.

⁷ LUHMANN, 2002, p. 59-60.

pois a Constituição atua como referência constante diante das demandas da sociedade: os princípios nela contidos podem ser aplicados a novas situações de tempos em tempos, e podem ser modificados pelo poder legislativo, de acordo com as modalidades previstas na Constituição.

Assim, os direitos fundamentais mantêm o futuro “aberto” (“flexibilidade” para novas possibilidades); garantem a diferenciação funcional (a separação entre os subsistemas e suas autonomia); protegem o indivíduo face às pressões e necessidades funcionais dos sistemas (em particular o político); tornam possível incluir os indivíduos nos diferentes sistemas funcionais por meio do sucesso da autorrepresentação da personalidade individual, que permite ao indivíduo “referir suas ações a múltiplos sistemas sociais e reunir suas necessidades contrastantes em uma síntese comportamental pessoal”, isto é, “representar-se como o mesmo” em qualquer circunstância⁸.

2. A função evolutiva dos direitos humanos e a inclusão

Os direitos humanos, nesse sentido, são direitos “mínimos”: não apenas no sentido de que devem garantir as condições básicas para uma existência digna, evitando violações flagrantes, abusos, etc., mas também enquanto representam elementos irrenunciáveis para a ordem social. Nesse sentido, os direitos humanos são construtos que protegem a autonomia individual e que mantêm a separação entre os diferentes subsistemas da sociedade. Assim, para além de sua promessa de inclusão dos indivíduos e para além das suas flexibilidade e adaptabilidade, eles fornecem “as condições nas quais é possível estabilizar a forma de diferenciação social tipicamente moderna”⁹. Isso enquanto separam os diferentes subsistemas da sociedade e tornam possível “a eliminação das desigualdades naturais como ambiente do direito, da política e da economia” e “legítima a determinação interna dos limites do agir de qualquer sistema social”¹⁰. Dessa forma, eles garantem a possibilidade constante de equilíbrio e “ajustes” da realidade social.

⁸ LUHMANN, 2002, p. 99.

⁹ DE GIORGI, 2017b, p. 46.

¹⁰ DE GIORGI, 2017b, p. 47.

Para o sistema do direito, os direitos humanos também garantem a possibilidade de evolução, permitindo ao sistema “a possibilidade de alcançar níveis sempre mais altos de artificialidade, níveis sempre mais refinados de sedimentação jurídica da comunicação social”¹¹. Isso exatamente porque os direitos humanos são, na sua generalidade e flexibilidade, *abertos ao futuro*. Futuro que obviamente não pode ser conhecido, mas somente imaginado. Ter valores adaptáveis, então, permite também que o direito como um todo possa mudar, evoluir, se adaptar a situações sempre novas.

Assim, compartilhamos a definição de Marcelo Neves: os direitos humanos, passando por cima dos limites determinados das fronteiras nacionais, são expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade mundial; portanto, são expectativas normativas de *acesso universal* ao direito enquanto sistema social¹².

Assim, o reconhecer as condições básicas para a inclusão (o fato de ter direito, enquanto indivíduo, de apresentar demandas de participação nas esferas sociais), assegura que os sistemas permaneçam abertos ao ambiente, ao reconhecimento contínuo do outro¹³ e, portanto, à evolução. Eles devem continuamente ser capazes de conhecer e processar as *irritações* que tem suas origens no ambiente, e que impulsionam o sistema a se adaptar. Na terminologia da teoria dos sistemas sociais, trata-se da *abertura cognitiva* (possibilidade de aprender), frente o *fechamento operacional* (o fato de que o sistema tem sua própria lógica específica, com base na sua estrutura).

Desta forma, os direitos humanos permanecem flexíveis, isto é, não predeterminados, mas mutáveis, a fim de compreender novos casos, adaptando-se a situações e contextos culturais diferentes. Isso permite também que os conflitos entre valores possam ser enfrentados e resolvidos, estabelecendo, cada vez, os casos em que um direito prevalece sobre outro (liberdade vs. dignidade, propriedade vs. igualdade, etc.).

¹¹ DE GIORGI, 2017a, p. 334.

¹² NEVES, 2009, p. 225.

¹³ “o esquema dos Direitos Humanos contribui para a estabilidade da sociedade moderna porque deixa aberto o espaço para a contínua produção do outro, para a contínua emergência daquilo que é outro.”: DE GIORGI, 2017a, p. 329.

A flexibilidade é alcançada por um lado através da intervenção do sistema político, chamado a efetivar os direitos e a criar e especificar leis e normas; por outro através do sistema do direito (essencialmente os tribunais, centro do sistema), chamado a interpretar as leis e julgar.

Que o direito permaneça cognitivamente aberto significa que os tribunais, e concretamente os juízes, devem ser capazes de interpretar a realidade social na sua complexidade. Para fazer isso, por exemplo, eles não devem julgar ideologicamente, tomar uma postura conservadora, barrar o acesso ao novo e ao diferente. Não devem evitar ou ignorar as irritações do ambiente, mas “absorvê-las” aprendendo delas, para decidir e assim continuar as operações jurídicas: assim, esse processo contribui à evolução do direito.

Também o sistema político deve enfrentar a realidade e processá-la, mantendo-se aberto à aprender. Muitas vezes, pelo contrário, acontece que tem resistência a aprender, com a tentativa de reduzir a complexidade através do uso de ideias tradicionais e assumindo posições ideológicas, para manter e aumentar facilmente o consentimento.

Neste sentido, os direitos humanos, entendidos como um ponto de contato entre a política e o direito (nos termos de Luhmann, *acoplamento estrutural*), se tornam uma estrutura de potencialização da comunicação que pode aumentar a abertura para a inclusão de novas situações e novos sentidos. Variações impulsionam a seleção e assim a estabilização das estruturas¹⁴.

Assim, a inclusão universal permitida pelos direitos humanos é um correlato da *universalidade da razão*: o sujeito unitário, racional e livre pode ter acesso a todos os sistemas porque não há mais um direito natural, mas sim um direito positivo, com uma sua própria razão. Também cada um dos outros sistemas tem uma razão específica (características, critérios, regras diferenciadas): cada sistema conserva suas próprias razões (“autoconservação da razão”)¹⁵. Assim, os direitos humanos garantem a estabilização das possibilidades do agir na sociedade moderna, ou seja,

¹⁴ CAMPILONGO, 2002. A evolução é o resultado de um processo que inicia com uma variação, continua com uma seleção e acaba com uma re-estabilização: LUHMANN, 2007.

¹⁵ DE GIORGI, 2017a, p. 327.

garantem a potencial inclusão – mas a partir da seletividade própria de cada sistema.

Não é difícil ver que os direitos humanos servem primariamente para a sociedade, e não para os seres humanos (para valorizar suas vidas, consideradas *sagradas*). Os direitos humanos são uma necessidade da ordem social: ao aumento da complexidade, é necessário ter indivíduos prontos para participar na sociedade com modalidades diferenciadas, cada vez mais improváveis. Os direitos humanos representam assim uma forma que torna continuamente possível a ordem social, cada vez mais complexa.

O fato de apresentar – como nas declarações internacionais – os direitos humanos na forma de “catálogos”

torna possível dispor de um ambiente útil para que o direito e a política possam construir aquilo que é usado como realidade: um ambiente artificial, precisamente, que fornece o longo horizonte no qual o direito e a política podem exercitar-se na prática de suas atividades decisórias.¹⁶

Através da forma-catálogo, disponibilizam-se referências para programas políticos.¹⁷ Ela fornece “esquemas de referência úteis para a estabilização das possibilidades do agir nessa sociedade moderna”¹⁸ nos diferentes âmbitos (subsistemas). Não é por acaso que há diferentes tipos de declarações (catálogos): direitos econômicos, sociais e culturais, direitos da infância, direitos dos doentes, etc. Mas isso exatamente porque a inclusão deve ser universal cada vez mais maior, mais ampla.

Contudo, a expansão da inclusão representa também um problema na contemporaneidade: a *hipertrofia* de direitos (inclusive dos direitos humanos), ou seja, as demandas crescentes de direitos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Reivindica-se mais direitos (quantidade) e também direitos com maior eficácia (qualidade). Trata-se de uma caracte-

¹⁶ DE GIORGI, 2017b, p. 47.

¹⁷ “Aqueles direitos estão expostos seja à Política, seja ao Direito, o que significa que são caracterizados por uma alta sensibilidade nos confrontos de ambos.”: DE GIORGI, 2017a, p. 335.

¹⁸ DE GIORGI, 2017a, p. 335.

terística do *Welfare State* (Estado de bem-estar): a garantia de direitos, por parte do Estado, é progressivamente ampliada. Isso encoraja e legitima as demandas, na forma de pedidos de direitos subjetivos. Não há, a princípio, soluções para limitar essas demandas, e isso leva também a problemas do ponto de vista jurisprudencial. Trata-se, enfim, do fenômeno chamado de *inflação de demandas* (*Anspruchsinflation*)¹⁹.

A legitimação a apresentar demandas tem fundamento no fato de que, no direito moderno positivo, os direitos subjetivos são criados e legitimados. Isso é uma característica da modernidade.

Na tradição da Europa antiga, *ius* apontava para o que era considerado “justo” a partir de uma ordem objetiva. Ao mesmo tempo, *subiecto* apontava para quem estava “submetido” a um poder público ou privado. Com o enfraquecimento, a partir da Idade Média, do controle do Estado sobre o indivíduo e a emancipação das limitações tradicionais (classe, família, etc.), ou seja, com uma sociedade em expansão e cada vez mais complexa, muda também o direito. Não há mais direito natural, no sentido de inalterável: frente às demandas de liberdade, torna-se mais conveniente não vincular demais. O pacto social (contrato), como ensina Hobbes, leva a possibilidade de fazer ou deixar de fazer²⁰. O ser humano não é mais o “objeto” das normas, mas o *subiectum*, ou seja, o protagonista delas.²¹ Assim, há o conceito de *persona jurídica*, que manifesta demandas e interesses.

Assim, numa sociedade funcionalmente diferenciada, o impulso para decidir autonomamente (liberdade) é legitimado pelo direito, através de uma ferramenta adequada para o propósito: os *direitos subjetivos*. O sujeito agora poderá apresentar demandas na forma de interesses a ser legitimados e transformados em direitos, com o objetivo de alcançar esse a própria pessoa, exclusiva e autônoma individualidade.

O direito, então, na modernidade, encoraja o indivíduo a ser autônomo, tornando-se uma ferramenta que, além de regular conflitos, possibilita a individualidade dos indivíduos²².

¹⁹ LUHMANN, 2015.

²⁰ HOBBS, 1651.

²¹ Esta transição de o *subiecto* para o *subiectum* é descrita por ORESTANO, 1950.

²² Como explica De Giorgi, o “agir que se autodetermina é legitimado na sua forma con-

Assim, os direitos subjetivos são invenções que tornam o sistema jurídico adequado à crescente complexidade social. Eles “constituem um mecanismo estável de contínua auto-reprodução do direito. Esta autor-reprodução, por sua vez, alimenta uma contínua auto-reprodução das demandas ou, se preferirem, dos interesses”²³.

De fato, os direitos subjetivos são uma “ficção operacional” que permite, no Estado de bem-estar de realizar programas políticos.

Agora nos perguntamos: o que acontece quando essa inflação de demandas (de direitos) chegam no judiciário? Para tentar responder, vamos analisar um caso concreto.

Conclusões: direito à saúde, judicialização e STF

A fundamentação axiológica do direito à saúde nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal gira em torno da vinculação de tal direito aos direitos humanos. Assim, ideias como a de indisponibilidade e a da irrenunciabilidade, inerentes à uma postura “humanista”, são adotadas pelos juízes da Suprema Corte nos seus raciocínios. Dessa forma, as decisões levam à obrigação estatal ao fornecimento de fármacos e de tratamentos de saúde, independentemente do custo ou da existência de verba pública, sob o fundamento de que a saúde é um bem indisponível, e sobretudo legitimando à ideia que os direitos subjetivos individuais devem ser protegidos, considerando a saúde, quase exclusivamente, como um direito subjetivo, e deixando de fato do lado a ideia do mesmo como interesse da coletividade.

Um conjunto de decisões aventam a indisponibilidade de um bem com a sua manutenção mesmo diante de argumentos de difícil superação, como a efetiva escassez de recursos²⁴. Constrói-se a indisponibilidade do direito à saúde em desfavor da sua não concretude, de modo que a União interpôs Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário de

tingente, assim como o direito que se autoproduz é legitimado na sua validade.”: DE GIORGI, 1998, p. 108.

²³ DE GIORGI, 1998, p. 108.

²⁴ Na literatura sócio-jurídica recente o tema da “reserva do possível” é bastante desenvolvido. Por uma crítica, veja-se SCHWARTZ, 2009.

n. 640722/SC em face de decisão do TJSC em que se deferiu a outorga de medicamentos ao autor²⁵.

O STF tende em considerar o direito à saúde um direito inviolável que, também e sobretudo, implica a obrigação do Estado de intervir, de garantir o fornecimento de medicamentos, com destaque para o atendimento de doenças graves.²⁶ Assim, de fato, trata-se de um dever do Estado (num sentido genérico) concretizado não pelo sistema político, mas pelo direito. O Estado, em outras palavras, se ativa não através do sistema político – deputado a criar leis e ações políticas diferentes –, mas através do judiciário, com uma evidente inversão de papéis.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Brasília, DF. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “1. A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recurso financeiro o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves”. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “2. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “3. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

²⁶ Trecho do mesmo julgado, p. 1: “O agravo não merece acolhida. Isso porque, o julgado impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286- AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Salientou-se, ainda, no citado julgado, que a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro. No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: RE 393.175-AgR/RS e AI 662.822/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 566.575/ES, Rel. Min. Ayres Britto; RE 539.216/RS, Rel. Min. Eros Grau; RE 572.252/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 507.072/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 535.145/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 635.766/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence”.

Uma decisão muito debatida parte do pressuposto de que o direito à saúde seria afirmado como norma programática, entretanto, a sua interpretação não poderia resultar numa promessa inconstante. Essa assertiva é tida – para os juízes – como uma premissa incontestada. Bem por isso, é repetida como axioma numa grande quantidade de decisões, como, por exemplo, nos julgados AI n. 662822/RS, AGR no RE n. 393175/RS, e, ilustrativamente, transcreve-se trecho do RE n. 535145-MT:

[...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstante, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterigável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...].

Assim, é legitimada uma visão do direito à saúde que consiste na união do direito à saúde com força vinculante e do direito à saúde como norma programática²⁷ produzindo uma interpretação enérgica dirigida para uma postura emocional e ideológica.

Desta forma, a dimensão temporal do “programa em direito à saúde” vai perder importância. A sua interpretação desse “programa” aproxima-se muito mais das normas de eficácia imediata, em que pese ainda serem chamadas pelo STF de normas de eficácia programática.

Contudo, o direito moderno é um direito positivo, distinto da moral, e posto por uma decisão e alterável por outra: funciona com base em operações sistêmicas de reflexão interna (fechamento operacional) e, ao mesmo tempo, por uma abertura às comunicações vindas do ambiente (abertura cognitiva). A evolução do direito é motivada pela necessidade de se adaptar à crescente complexidade, em razão da diversidade

²⁷ RISTER, 2016, p. 72.

do número de situações e eventos possíveis²⁸. Porém, a evolução não é necessariamente positiva, porque não significa progresso. Depois de variação e seleção (relacionada a eventos), é necessário que a auto-organização dos sistemas, através da estabilização, torne a evolução possível²⁹. Daí é possível a involução, entendida como não ingresso e processamento no direito de nova complexidade.

Assim o STF busca uma realização simbólica do direito à saúde³⁰ de forma, ou seja, ideológica: a corte julga sob uma racionalidade exclusivamente adjudicatória, sem tentar de aprender do ambiente, nem de processar a complexidade externa, mas favorecendo uma minoria (aqueles que podem se dar ao luxo de iniciar a judicialização) e assim excluindo a maioria da população que não teve acesso aos tribunais – maioria que também é prejudicada pelos recursos desviados da saúde para cumprir as decisões. A Corte, ao tratar como intocável o direito à saúde, simplesmente tenta (involuntariamente?) fechar a operação jurídica às novas necessidades da sociedade. Trata-se de uma artificialidade muito usual no direito em outros tempos, cujo uso desmedido, desproporcional, pode, no entanto, aumentar demais a pressão social vinda do externo, a ponto de submeter o sistema a pressão muito maior do que a sua capacidade operacional pode suportar.

Os efeitos do fechamento cognitivo do direito é evidente no fenômeno, comum no Brasil, da *judicialização da saúde*, que representa essa tendência a expressar expectativas na forma de demandas de direitos. Isto produz um alto risco de fazer prevalecer os interesses individuais (do recorrente) sobre as necessidades coletivas (representadas pelo direito à saúde entendido como direito coletivo, como bem da comunidade, enfraquecido por causa de dinheiro gastado do Estado para executar as disposições das sentenças). Também produz uma confusão entre as noções de “direito individual” e de “interesse”, enquanto a “Constituição menciona o direito à saúde, não o interesse individual”³¹. Trata-se, enfim, de um problema que não é nem jurídico nem médico, mas sim

²⁸ LUHMANN, 1990, p. 38.

²⁹ LUHMANN, 1997, cap. 3.

³⁰ RISTER, 2015b, p. 81.

³¹ CORSI; MARTINI, 2018a, p. 35.

uma característica da sociedade mundial funcionalmente diferenciada, ou seja, a “impossibilidade de coordenar os diferentes subsistemas diante de expectativas que não podem ser simplesmente ignoradas”³².

Referências

- CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della *judicialização da saúde* in Brasile. **Sociologia del diritto**. N. 3, 2018a, p. 29-44, p. 35.
- CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica – Unicuritiba**. V. 1, 2018b, p. 62-75, p. 70.
- DE GIORGI, Raffaele. Semântica da idéia de direito subjetivo. In: **Direito, democracia e risco**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 99-112, p. 108
- . Por uma Ecologia dos Direitos Humanos. **Revista Opinião Jurídica**. A. 13. N. 20. Fortaleza: Unichristus, 2017. p. 324-340 (2017a).
- . Periferias da modernidade. **Revista Direito Mackenzie**. V. 11. N. 2, 2017. p. 39-47 (2017b).
- LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Bologna: il Mulino, 1990 (**Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999 (1970)).
- . La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo et al. (Orgs.), **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996 (Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, 9, p. 176-220).
- . **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp: 1997.
- . **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dedalo, 2002 (**Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Duncker & Humblot, 1965).
- . Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società. In: CORSI, Giancarlo (Ed.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015. p. 52-70.

³² CORSI; MARTINI, 2018b, p. 70.

- A modo de Introducción. In: Un Prefacio sobre Inclusión/Exclusión por Niklas Luhmann, *sistemassociales.com*, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://sistemassociales.com/un-prefacio-sobre-inclusion-exclusion-por-niklas-luhmann/>>.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan or, the matter, forme and power of a common-wealth, ecclesiasticall and civil**, 1651.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ORESTANO, Riccardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale. **Jus**. XI, 1950. p. 149-196.
- RISTER de SOUSA LIMA, Fernando. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2015a.
- Atuação da Suprema Corte Brasileira no Direito à Saúde: Simbólica ou Efetiva?. In: *Sociologia do Direito. Teoria e práxis*. FEBBRAJO, Alberto; RISTER de SOUSA LIMA, Fernando; PUGLIESI, Marcio (Eds.). Curitiba: Juruá, 2015b. p. 81-102.
- Descrição Pragmática da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à Saúde. **Quaestio Juris**. Vol. 9, n. 1, 2016. pp. 56-83.
- SCHWARTZ, Germano. A reserva do possível no Direito à Saúde: uma falácia aplicável no Brasil?. **Estado de Direito**, março-abril 2009. p. 19.