

**COLEÇÃO JURUÁ DE CONHECIMENTO**

---

---

**Pequenos Textos, Grandes Saberes**

# **HÁ LIMITE ECONÔMICO PARA A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE PÚBLICA?**



**EDITORA AFILIADA**

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

**ISBN: 978-85-362-**



**Brasil** – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900 – Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

**Europa** – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 – Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

**Editor:** José Ernani de Carvalho Pacheco

---

????, ???.

???? ?????????????????????????????

????????????????????????????????

Curitiba: Juruá, 2019.

?? p. (Coleção Juruá de Conhecimento:  
pequenos textos grandes saberes)

1. ??????. 2. ?????????????.

I.Título.

CDD ???

CDU ???

---

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

**Fernando Rister de Sousa Lima**  
**Matteo Finco**

**HÁ LIMITE ECONÔMICO  
PARA A INTERVENÇÃO  
DO JUDICIÁRIO NA  
SAÚDE PÚBLICA?**

Curitiba  
Juruá Editora  
2019



## **Sobre os Autores**

---

### **Fernando Rister de Sousa Lima**

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FDIR/UPM), instituição na qual é Coordenador de Estágios e Protagonismo Estudantil e Editor-executivo da Revista Direito Mackenzie (RDM). Professor Permanente do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Membro do Colégio Docente do Doutorado em Direito da *Università degli Studi di Firenze*. Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito

(ABraSD/2018-2019). Pós-Doutorado pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo (DFD/USP-Largo de São Francisco - 2016/2018) com período de pesquisa na *Goethe Universität Frankfurt am Main* (07/2017) e na *Università degli Studi di Firenze* (UNIFI-01/2018). Doutor em Filosofia de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP/2013) com estágio doutoral sanduíche no Departamento de Sociologia da *Università degli Studi di Macerata* (UNIMC/Itália-CAPES/2012). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP/2007) com período como pesquisador visitante na *Università degli Studi di Lecce* - Itália (2005).

## **Matteo Finco**

Matteo Finco é bolsista de pós-doutorado PNPd/CAPES no Mestrado em Direitos Humanos da UniRITTER (Porto Alegre). Doutor em Social Sciences (*Università degli Studi di Macerata*, Italia). Jornalista profissional.

*E-mail:* [fincomatteo@gmail.com](mailto:fincomatteo@gmail.com).





# Sumário

---

---

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>REFERENCIAL TEÓRICO E DADOS EMPÍRICOS.....</b>	<b>15</b>
<b>3</b>	<b>DA CONSTRUÇÃO DE SENTIDO NA OPERAÇÃO DO DIREITO .....</b>	<b>17</b>
<b>4</b>	<b>CASOS DIFÍCEIS ENFRENTADOS PELO DIREITO: “A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL” .....</b>	<b>21</b>
<b>5</b>	<b>EM CONCLUSÃO: HÁ LIMITE ECONÔMICO AO DIREITO? .....</b>	<b>41</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>



# 1

## INTRODUÇÃO

---

---

A função do direito na sociedade moderna é a manutenção das expectativas normativas ao longo do tempo sob as lentes da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Assim entendido, o direito ajuda primariamente a garantir que os valores consagrados nas normas jurídicas continuem a ter credibilidade social e secundariamente contribui para o direcionamento das condutas e para a resolução de conflitos. O direito, de forma repetida e contínua, opera mediante comunicações

caracterizadas por código lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*). Tais comunicações reiteradamente impõem condutas aos demais sistemas sociais parciais. O fenômeno de imposição de condutas é rotina no sistema jurídico.

Dado esse referencial teórico, o objeto desta pesquisa consiste em identificar se há ou não limite econômico para intervenção do direito no sistema parcial (subsistemas) da política, precisamente na saúde pública. Implicitamente, significa indagar se, de fato, há limite ou não para a intervenção jurídica nos outros subsistemas e, ademais, perquirir o que isso implicará na readaptação dos sistemas afetados pelas decisões judiciais.

A pesquisa não se debruça sobre a análise da legalidade (ou da

não legalidade) das decisões, tampouco sobre a justiça da decisão. Esses dois motivos dão suporte à afirmação de que não se trata de um trabalho de dogmática jurídica ou de filosofia do direito. De outro modo, porém, há preocupação com a relação entre os sistemas parciais sociais, na ânsia de observar se a legalidade (código jurídico) pode ser imposta ao sistema político a qualquer custo. Com essas delimitações em mente, promoveu-se um recorte nos dados empíricos, com enfoque na área dos julgamentos sobre a saúde pública.

Em razão do problema proposto, as hipóteses de pesquisa materializam-se da seguinte forma: (i) não há limite para atuação dos tribunais; (ii) o limite variará conforme a natureza do direito violado; (iii) a “cor-

rupção” do código do outro subsistema é o limite da imposição do direito sobre os demais sistemas.

## **REFERENCIAL TEÓRICO E DADOS EMPÍRICOS**

---

---

A investigação adota a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann como premissa epistemológica, ocupando lugar de destaque os ideários sistêmicos: código, programa, corrupção de códigos e comunicação diferenciada. Trata-se, pois, de pesquisa conceitual, centrando-se a coleta de dados bibliográficos pinçados de fontes diretas e indiretas, valendo destacar: 1) dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano 2013 (“Justiça em Números”),

úteis para se ter uma ideia geral do fenômeno chamado “ativismo judicial”; 2) dados da Advocacia-Geral da União (“Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde”), úteis para se ter a dimensão do impacto da “judicialização da saúde” em âmbito nacional. Para tanto, são objetos de estudo os processos judiciais em que a União atua como ré nas ações de saúde. Os dados disponíveis dizem respeito aos períodos 2005-2012 e 2006-2015, de modo a tornar possível uma comparação. Apesar das diferenças na postura dos vários tribunais e também nas condições regionais a respeito da promoção e da efetivação de direitos concernentes à saúde, os dados espelham o que ocorre no âmbito da União.



## **DA CONSTRUÇÃO DE SENTIDO NA OPERAÇÃO DO DIREITO**

---

---

A busca do sentido do direito também se tipifica na combinação das distinções: expectativas normativas/cognitivas e direito/não direito. As adaptações sociais das decisões judiciais operam este marco ao variar o sentido objetivo e o conteúdo das normas jurídicas e dos programas (LUHMANN, 1993). Essa binariedade é resultado de um sistema jurídico reflexivo, cujas operações resultam em estímulos inter-

nos ao direito e aos demais subsistemas que eventualmente recebam a nova comunicação. Com efeito, o processo decisional jurídico sustenta a reflexividade sistêmica, própria de sistemas autopoieticos (produtores de seus elementos e estruturas), de modo a influenciar a tomada das próximas decisões.

A quantidade elevada de situações paradoxais na rotina social faz com que a forma do paradoxo seja uma das questões marcantes na sociedade. Os paradoxos se tornaram estruturas constantes nos processos de diferenciação funcional. Sua resolução acaba sendo um dos grandes propulsores do processo evolutivo social: na área do direito, é possível ver que – devido aos litígios cada vez mais complexos, de origens das mais diversas e com ní-

veis refinados de litigiosidade – o sistema precisa aumentar a sua capacidade de abstração.

No caso do sistema jurídico, o paradoxo consiste na necessidade de o sistema ter sempre que decidir: o *non liquet* impõe um grande desafio ao sistema. A solução para este problema é representada pela alteração do paradigma hierarquizado dentro do sistema jurídico. O sistema afastou a ideia de hierarquia (relativa às fontes do direito e à assimétrica legislação/jurisprudência) para pensar no ideário *centro e periferia* mediante processo interno de reflexão.

A organização da jurisdição é o centro do sistema jurídico. Os tribunais são colocados no centro do sistema, onde chegam as irritações sistêmicas representadas, na forma

jurídica, pelas novas demandas sociais, as quais, por sua vez, constituem uma oportunidade de autopreservação do sistema jurídico, que pode, assim, levar a cabo as suas decisões em situações cada vez mais complexas (LUHMANN, 2016, p. 428). O direito é definido de acordo com um código específico (l/i) – e não mais em diferentes pontos de vista (moral, político etc.) – e com programas especiais (ou seja, regras da decisão) que permitem a correta imputação de valores do código em si. Isto leva a uma decisão, que materializa uma distinção (l/i), que acaba por ocultar o paradoxo inicial (LUHMANN, 2016, p. 413-414, 426-429).

**CASOS DIFÍCEIS  
ENFRENTADOS  
PELO DIREITO:  
“A JUDICIALIZAÇÃO DA  
SAÚDE NO BRASIL”**

---

---

O uso das expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política” é recorrente na mídia e na doutrina (CAMPILONGO, 2002, p. 57-63)<sup>1</sup>. Aliás, o fenômeno intitu-

---

<sup>1</sup> Campilongo utiliza as expressões “politização do direito” e “judicialização da política” para descrever o referido fenômeno, listando as críticas mais comuns e as suas fragilidades. Apon- ta, porém, uma aproximação inevitável entre o

lado “judicialização da política” não é difícil de ser justificado numa sociedade em que, de um lado, a política há tempos demonstra sinais de crise de representação (CAMPI-LONGO, 2002, p. 59)<sup>2</sup> e, de outro, a Constituição Federal outorga ao Judiciário competência jurisdicional ampla (SADEK, 2013)<sup>3</sup>. Esses fato-

---

direito e a política, bem como o limite operativo desta aproximação para evitar a corrupção dos códigos de cada subsistema.

<sup>2</sup> “*No interior das estruturas do sistema político tradicional, ou seja, no Estado, o Poder Judiciário passa a ser percebido como a instância aparentemente habilitada a superar a paralisia, a ineficácia e a corrupção do sistema político.*” Sobre a crise da representação política, ver CAMPI-LONGO, Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 73.

<sup>3</sup> “*Em outras palavras, o protagonismo judicial encontra guarida em variáveis decorrentes do senho institucional e da amplitude dos direitos reconhecidos legalmente. Essas balizas levam a concluir que a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível.*” (SADEK, 2013, p. 19)

res, porém, foram apimentados pela dimensão legal e social que o acesso à justiça tomou no período pós-Constituição de 1988 (SADEK, 2013)<sup>4</sup>. Prova disso é que a popula-

---

<sup>4</sup> O Poder Judiciário alcançou ares de poder com o implemento da Constituição de 1988, tornando-se arena pública com expressiva participação nos grandes temas de interesse da sociedade brasileira. O texto magno forjou um novo desenho institucional no qual o ranço, alcançado pós-Revolução Francesa, do juiz como boca da lei ficou para trás. A aplicação das leis ainda faz parte do seu mister, contudo, não como mero aplicador, mas como agente político que também é pressionado pelas demandas sociais, motivando-o a se comprometer com a concretude de direitos como o direito à saúde. Dessa forma, o embate com os outros poderes é inevitável, sobretudo, ao rever as decisões dos outros poderes, como constantemente tem feito. Prova disso se encontra também nos dados trazidos por Maria Tereza Sadek, dos quais se destaca, por exemplo, que do período de 1988 até 2002 o STF invalidou mais de duzentas leis federais, no entanto, a Suprema Corte norte-americana, em toda a sua história, invalidou 135 leis federais (SADEK, 2013, p. 15-18).

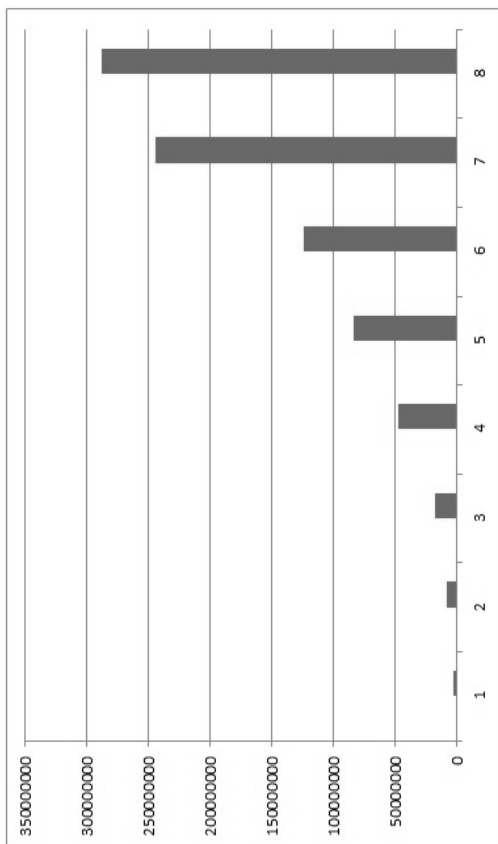
ção brasileira ingressa rotineiramente com ações judiciais. Procurar o Judiciário se tornou parte da cultura nacional. Em 2013, por exemplo, foram distribuídas 23.474.341 novas demandas judiciais no Brasil, das quais 17.271.369 na justiça comum e 6.202.972 em juizados especiais, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Justiça em Números (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números, 2014). Essa judicialização tem como consequência, entre outras coisas, obrigar os juízes a enfrentar situações novas e ainda propiciar que sejam novamente analisadas por eles mesmos ou por outros integrantes da magistratura. Tais julgadores estão inseridos numa pressão social canalizada pelos processos judiciais que se avolumam nos fóruns cotidianamente.



Assim, se a modernidade trouxe como conquista social a promessa de igualdade, não é menos verdade afirmar que o Judiciário tornou-se o poder escolhido como arena pública para a efetivação deste postulado. No cenário da judicialização da saúde, prova disso é o aumento significativo dos medicamentos adquiridos em razão de ações judiciais. Em 2005, a quantia gasta foi R\$ 2.441.041,95; no ano de 2012, a compra de medicamentos resultou em um dispêndio de R\$ 287.844,968,16, conforme mostra o Gráfico 1.

**Gráfico 1** – Evolução dos gastos da União com a compra de medicamentos em atendimento a ordens judiciais.

**Fonte:** (BRASIL, Advocacia-Geral da União, 2012-2013)



Compulsando esses dados, algumas importantes considerações podem ser feitas.

(i) Irracionalidade na distribuição dos medicamentos: 523 pessoas, judicialmente, resultaram num gasto de R\$ 278.904.639,71 contra a União. A essa “elite” o Judiciário outorgou 18 novas soluções tecnológicas, conforme demonstrado a seguir.

**Quadro 1** – Nome e custo dos medicamentos mais concedidos judicialmente em desfavor da União

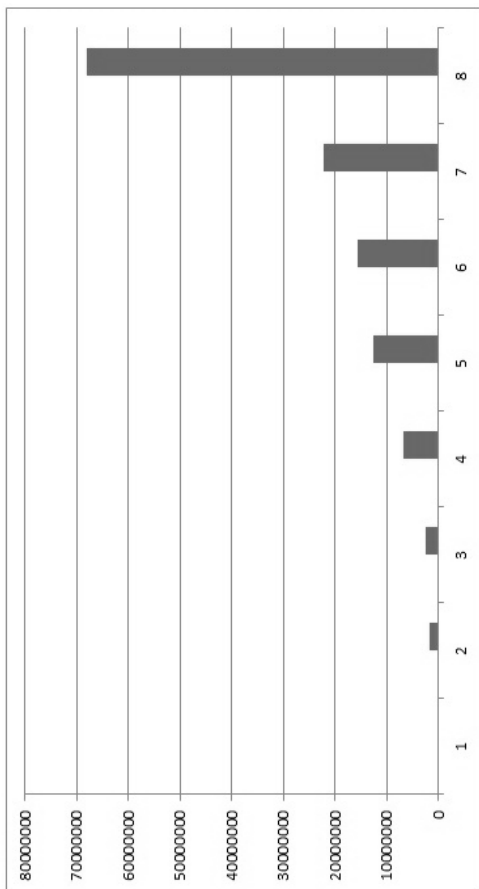
**Fonte:** (BRASIL, Advocacia-Geral da União, 2012-2013)

<b>MEDICAMENTO</b>	<b>CUSTO TOTAL</b>
Brentuximabe Vedotina 50mg	R\$ 309.515,87
Erlotinibe 150mg – comprimido	R\$ 320.601,60
Maleato de Sunitinibe 50mg – cápsula	R\$ 358.954,28
Temozolomida 100mg – cápsulas	R\$ 455.033,60
Bosentana 125mg – comprimidos	R\$ 708.900,60
Alfa-1 Antitripsina – solução endovenosa	R\$ 721.802,90
Pegvisomanto 10mg – solução injetável	R\$ 881.650,99
Rituximabe 500mg/50ml – injetável	R\$ 1.108.400,70
Tosilato de Sorafenibe 200mg – comprimido	R\$ 1.325.511,60
Miglustate 100mg	R\$ 1.769.571,00
Laronidase 100u/ml – solução para perfusão	R\$ 10.597.226,21
Alfalglicosidase – solução injetável	R\$ 12.235.633,54
Eculizumabe 300mg – solução para perfusão	R\$ 20.871.355,30
Trastuzumabe 440mg – solução injetável	R\$ 22.517.685,85
Betagalsidase 35mg – solução para perfusão	R\$ 26.387.905,15
Alfagalsidase 3,5mg – solução para perfusão	R\$ 40.676.764,09
Galsulfase 5mg/5ml – injetável	R\$ 63.944.457,63
Idursulfase 2mg/ml – solução injetável	R\$ 73.713.668,80
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 278.904.639,71</b>

(ii) Necessidade de a União ajudar financeiramente estados e municípios porque não conseguiram atender às ordens judiciais. O valor saltou de R\$ 116.504,54, no ano de 2005, para R\$ 68.002.152,43, em 2012. O Gráfico 2 demonstra a evolução dos gastos da União nesse sentido.

**Gráfico 2** – Evolução dos gastos da União para auxiliar estados e municípios

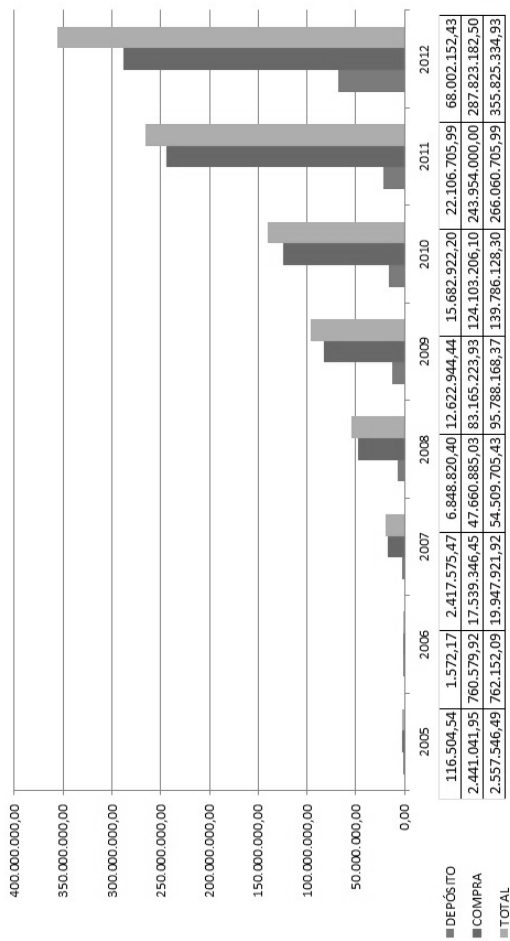
**Fonte:** (BRASIL, Advocacia-Geral da União, 2012-2013)



(iii) No ano de 2012, a União gastou com depósitos judiciais e compra de remédios mais de R\$ 350.000.000,00. Em 2005, o gasto foi de R\$ 2.557.546,49. A evolução dos gastos, como demonstra o Gráfico 3, é elevadíssima.

**Gráfico 3** – Evolução dos gastos da União para atender ordens judiciais

**Fonte:** (BRASIL, Advocacia-Geral da União, 2012-2013)





Não é possível negar que os gastos da União para cumprir ordens judiciais nesse sentido são elevadíssimos. Contudo, a situação dos Estados-membros é pior, haja vista que no Brasil a distribuição da arrecadação tributária beneficia a União em grande escala. Por exemplo, o montante de gastos dos estados no ano de 2010 parece alarmante. O panorama dá conta que: (i) o Estado de São Paulo gastou R\$ 700.000.000,00; (ii) o Estado de Pernambuco, para atender apenas seiscentas ações, teve de desembolsar R\$ 40.000.000,00; (iii) o Estado do Pará, para atender apenas seis demandas judiciais, despendeu R\$ 913.073,81; (iv) Minas Gerais declarou ter retirado dinheiro das políticas públicas, promovidas por meio dos programas Farmácia de Minas e Saúde da Família (PSF), para obedecer a or-

dens judiciais (BRASIL, Advocacia-Geral da União, 2012-2013).

O caso da cidade de Campinas, um município considerado rico, é bem emblemático por direcionar 16% de todo o seu orçamento para a compra de remédios, em cumprimento de apenas 89 ações propostas em 2009. Ou seja, 89 jurisdicionados gastaram R\$ 2.505.762,00, enquanto mais de um milhão de habitantes tiveram de se contentar com o restante do orçamento (FINATTI; VECHINI, 2009).

A evolução dos gastos públicos para dar conta da judicialização da saúde é, portanto, muito elevada, conforme se depreende do Gráfico 3, apresentado anteriormente.

Essa realidade coloca em alto patamar a inquietação de todos com

a flagrante evolução dos gastos com a judicialização da saúde no Brasil. Os números mais atuais corroboram essa preocupação. Basta ampliar a observação dos valores para o ano de 2015, que se encontrará o montante de R\$ 1.013.331.821,30 (um bilhão, treze milhões, trezentos e trinta e um mil, oitocentos e vinte e um reais e trinta centavos).

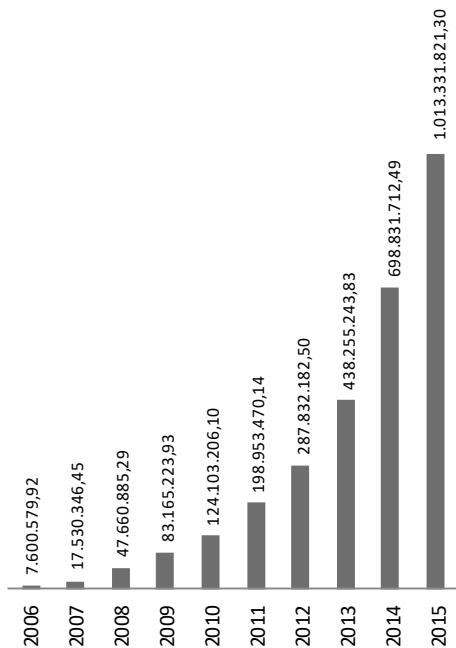
Os gastos com ordens judiciais para atendimento de pleitos na área da saúde assustam. Se, no entanto, apresentarmos comparativamente os dispêndios a partir de 2006, cujo valor utilizado para atender a tais ordens judiciais girava em torno de R\$ 7.600.579,92 (sete milhões, seiscentos mil, quinhentos e setenta e nove reais e noventa e dois centavos), os números da judicialização são alarmantes.

Nota-se, portanto, que em dez anos de judicialização da saúde os gastos anuais só aumentaram. É o que demonstra o gráfico a seguir.

**Gráfico 4** – Evolução dos valores gastos pelo Estado brasileiro para cumprimentos de demandas judiciais (2006-2015)

**Fonte:** (BRASIL, Ministério da Saúde, Cálculo CODEJUR/CONJUR, CDJU, [s.d.]

**Gráfico II - Evolução dos valores gastos realizados pelo MS para atender as demandas judiciais nos últimos dez anos (em reais)**



O Quadro 2 mostra os valores relativos a depósitos judiciais efetuados, em âmbito nacional, em razão de condenação judicial, no período de 2006 a 2015.

**Quadro 2** – Depósitos judiciais realizados para atendimento de demandas judiciais (2006-2015)

**Fonte:** (BRASIL, Ministério da Saúde, Cálculo CODEJUR/CONJUR, CGEOF/FNS, [s.d.]

<b>ANO</b>	<b>QUANTIDADE DE DEPÓSITOS</b>	<b>VALOR TOTAL</b>
2006	83	R\$ 1.572.541,17
2007	246	R\$ 2.417.323,47
2008	459	R\$ 5.858.820,40
2009	806	R\$ 12.831.305,62
2010	1.182	R\$ 15.543.767,85
2011	1.414	R\$ 22.143.804,90
2012	1.474	R\$ 62.673.780,40
2013	726	R\$ 113.603.645,17
2014	908	R\$ 139.597.127,56
2015	5.387	R\$ 141.972.778,70
<b>VALOR TOTAL:</b>		R\$ 518.214.895,24

Diante do cenário aqui descrito, a pergunta que surge é: o direito tem o poder de determinar gastos ilimitados ao poder público?



## **EM CONCLUSÃO: HÁ LIMITE ECONÔMICO AO DIREITO?**

---

---

A análise das relações intrasistêmicas é imprescindível para a resolução do problema aqui proposto. As decisões do direito vinculam a todos, entretanto, qual é o limite dessa obediência, a ser prestada pelos demais sistemas sociais? A propósito, é oportuno lembrar que todos os sistemas têm a sua própria diferenciação, numa seletividade que resulta na evolução social (LUHMANN, 1993). A comunica-

ção de cada sistema, para Luhmann, é a forma que se opera a sua independência funcional, o que permite a sua reprodução (autopoiese). Com isso, se as respectivas operações são influenciadas por outros sistemas até alcançar um estado de “corrupção” (sistêmica), surge o fenômeno da desdiferenciação, a qual consiste em uma “dissolução”, uma “dediferenciação”, uma perda de unidade do sistema.

A constante “integração” da sociedade limita a dinâmica dos sistemas. Quando um sistema emite comunicação acaba por influenciar, diretamente ou indiretamente, os demais subsistemas que fazem parte da sociedade. Tal influência é inevitável. Problema surge, no entanto, quando o nível de “irritação” é tão grande que exige dos sistemas afeta-

dos um aumento insustentável de complexidade nas suas operações. Acontecimentos particulares podem ser identificados em vários sistemas. Estes mecanismos integradores são relevantes para compreender as irritações provocadas pela judicialização da saúde na política.

As interpretações dadas nas decisões dos tribunais são influenciadas pelo que acontece no ambiente do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2012, p. 92). Há, nos litígios, casos nítidos e frequentes de uma tentativa de buscar suprimir o déficit – incapacidade da política. A saúde, quando levada a juízo, potencializa a reflexividade do sistema jurídico, motivando a teoria do direito a sair da rotina para tentar – rotineiramente sem sucesso – repensar até onde pode ir o juiz (CAMPILONGO, 2012, p. 94).

Os tribunais como responsáveis pelo fechamento operativo do direito – e por isso mesmo estão localizados no centro da operação sistêmica – têm papel-chave na operação jurídica, todavia, não se sobrepõem em termos de “importância” aos outros sistemas parciais, cada qual com sua função sistêmica. O papel de cada um é igualmente importante na descrição do sistema global da sociedade. Até por conta disso, o direito, ao cumprir a sua função de manutenção das expectativas normativas, não pode – não deveria, melhor dizendo – “interromper” a autopoiese dos demais subsistemas sociais. A comunicação jurídica não pode quebrar/interromper a operação comunicacional do sistema político, por exemplo, quando a sua operação comunicativa jurídica interfere de tal forma na comunicação

política que chega a atrapalhar a autopoiese, de modo que a operação fechada interna sucumbe à operação externa.

Sendo assim, o limite do direito deve ser encontrado nos outros sistemas, nos efeitos que é capaz de produzir neles – melhor nas duas operações. As operações jurídicas não podem romper a autopoiese de outro sistema, que acontecerá quando a comunicação for “corrompida” a ponto de gerar “quebra comunicativa”. Esta “corrupção” pode ocorrer, no cenário da pesquisa, de duas formas. A primeira delas, quando o nível de complexidade social do subsistema afetado pela decisão jurídica se torna tão grande que a operação sistêmica não é capaz de suportar tal carga acaba por não gerar comunicação, cessando o jogo co-

municacional e, como tal, a relação sistêmica. A segunda diz respeito à “subversão” do código sistêmico em razão do controle exercido pelo outro sistema. O direito, por exemplo, poderia atestar ou não a legalidade de determinada votação de projeto de lei pelo parlamento, com fulcro na quebra de procedimento, contudo, seria considerada subversão de código a troca do código governo/oposição pela binariedade jurídica (lícito/ilícito). Casos isolados já seriam lesivos à autonomia funcional, porém, a reiteração dessa autonomia levaria à “corrupção” do código político.

A resposta ao problema de pesquisa então definido, no que concerne a examinar se as inúmeras decisões judiciais para aquisição de fármacos e autorizações de inter-

venções cirúrgicas pode ameaçar a autonomia do sistema político, pode ser assim formulada: depende dos limites operativos do sistema político porque a maior ou a menor capacidade do sistema de lidar com a complexidade inserida pelo direito seria o ponto limite da operação jurídica. E como essa análise seria constatada? Seria constatada pela heterorreferência que todos os sistemas reclamam ter com seu ambiente. Isso só se realiza graças à cognição aberta. A abertura cognitiva dos sistemas ao ambiente será responsável pela constante adaptação interna à complexidade externa. Esse diálogo comunicacional é imprescindível; para o direito, significa não impor ao outro sistema influência operacional impossível de cumprir e não trocar a comunicação

diferenciada dos outros sistemas pela diferenciação jurídica.

A troca da comunicação diferenciada dos outros sistemas parece acontecer nos casos analisados nesta pesquisa em que são dois os sistemas interessados: direito e política. Quando os tribunais são responsáveis por determinar se (ou não) a saúde pública deve fornecer certos benefícios de forma cega, sem heteroreferência, eles ameaçam a autonomia funcional da política e, dessa forma, o seu operar autônomo, bem como a própria sobrevivência porque a saúde pública não pode proporcionar benefícios a partir de recursos inexistentes.

Tudo isso traz de volta um problema mais geral, como observado por Luhmann nas páginas finais de *Die Gesellschaft der Gesellschaft*:



os mútuos encargos que os sistemas parciais atribuem um ao outro, “até o limite de capacidade de adaptação estrutural dos sistemas de função para a sua própria diferenciação”, com os desequilíbrios [*Unausgewogenheiten*] decorrentes, põem em causa o conceito de “modernização” que somos acostumados (LUHMANN, 1997, p. 1.087). Isso acontece, embora em graus variados, no que é tradicionalmente chamado “Ocidente”, como em países “em desenvolvimento” (BRICS; grupo que inclui também o Brasil). A teoria é chamada a responder a tal alarmante cenário.

O direito, por sua vez, está interessado no assunto, não só em termos dos seus limites externos e dos efeitos que pode ter sobre outros subsistemas, mas em relação à

sua autonomia funcional, o que torna a questão interessante – e urgente – sobretudo para os sociólogos do direito.

Provavelmente, apenas um aumento na sofisticação da legislação em matéria de saúde e, portanto, da complexidade que o sistema é capaz de lidar (uma definição mais detalhada da distinção entre saúde e doença e da quantidade de dinheiro que pode ser gasto em nível público, e assim por diante, poderia preservar a independência do sistema político, que é responsável pela saúde pública) e de limitar a influência que ele pode sofrer de outros sistemas, em particular do direito. Mas isso requer a iniciativa do próprio sistema político.

A pesquisa representa uma primeira tentativa de responder sobre o limite da intervenção do direito nos outros subsistemas da sociedade. Pesquisas mais amplas, aprofundadas, terão que seguir. As observações presentes consideram o contexto específico brasileiro: trata-se de um sistema jurídico “jovem”, de apenas trinta anos (a Constituição Federal atual foi promulgada em 1988), que precisa “amadurecer”, sobretudo porque a sua construção foi influenciada exageradamente pelo direito comparado. Pode-se falar, por exemplo, de um “curto-circuito histórico/democrático”, no sentido de Sousa Santos (2007), enquanto as “aquisições” constitucionais (direitos afirmados na Carta) não são “produtos” da realidade nacional (ou seja, resultados de processos políticos-sociais-culturais), mas “trans-

plantes” de elementos sociojurídicos estrangeiros, os quais têm de ser “assimilados” ao longo do tempo, ou até negados, conforme as relações sociais ocorram.

## Referências

---

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública**. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais, 2012-2013. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2014**: ano-base 2013. Disponível em: <[ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/relatorio\\_jn2014.pdf](ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf)>. Acesso em: 07 fev. 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DUTRA, Roberto. Diferenciação funcional e a sociologia da modernidade brasileira. **Política & Sociedade** (Online), v. 15, p. 77-109, 2016.

FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**. Milano: Giuffrè, 1975.

FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no Município de Campinas. **Anais** [...] XXIV Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo. Campinas (São Paulo), 2009. Disponível em: <[http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV\\_Congresso\\_de\\_Secretarios\\_Municipais\\_de\\_Saude\\_do\\_Estado\\_SP/Complexidadedaatencaobasica/O\\_Perfil\\_dos\\_gastos\\_Deise.pdf](http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. A cura di Alberto Febbrajo. Bologna: il Mulino, 1974.

\_\_\_\_\_. **Sociologia del diritto**. A cura di Alberto Febbrajo. Roma: Laterza, 1977.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1; 1985. v. 2.

\_\_\_\_\_. **La differenziazione del diritto.** A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. **Sistemi sociali.** Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bologna: il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. **Das Recht der Gesellschaft.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

\_\_\_\_\_. **Die Gesellschaft der Gesellschaft.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società.** 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REHBINDER, Manfred. **Sociologia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In:* PELLEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Controle jurisdicional de políticas públicas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A juridicização e a judicialização enfocadas a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 2, p. 56-75, 2015.



## **Integrantes dos CONSELHOS EDITORIAIS da Juruá Editora nas áreas de DIREITO, CONTABILIDADE, ADMINISTRAÇÃO, ECONOMIA E FILOSOFIA**

Adel El Tasse	Carlyle Popp
Aderbal Nicolas Müller	Carolina Machado Saraiva de Albuquerque Maranhão
Airton Cerqueira Leite Seelaender	Christian Baldus
Alessandra Silveira	Cibele Fernandes Dias
Alessandra Galli	Clarice von Oertzen de Araujo
Alexandre L. Dias Pereira	Claudia Maria Barbosa
Alexandre Mota Pinto	Cláudia Viana
Alexandre Coutinho Pagliarini	Cleverson Vitorio Andreoli
Aloísio Khroling	Cristiane Farias Rodrigues dos Santos
Ana Paula Guarte Liberato	Cristiano Becker Isaia
Ana Rachel Freitas da Silva	Cristina Zanello
André G. Dias Pereira	Daniilo Borges dos Santos Gomes de Araujo
Andrei Koerner	Dário Manuel Lentz de Moura Vicente
Andréia Macedo Barreto	Deise Luiza da Silva Ferraz
Anélio Berti	Denise Hammerschmidt
Antoninho Caron	Dennison de Oliveira
Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque	Dilson Jatahy Fonseca Neto
Antônio Carlos Efig	Douglas Henrique Marins dos Santos
Antonio Carlos Wolkmer	Edilene Lôbo
Antônio Pereira Gaio Júnior	Eduardo Biacchi Gomes
Antônio Veloso Peleja Júnior	Eduardo Ely Mendes Ribeiro
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Elizabeth Accioly
Arno Dal Ri Júnior	Eloise Helena Livramento Dellagnelo
Artur Stamford da Silva	Everton das Neves Gonçalves
Augusto Martinez Perez	Fabiana Del Padre Tomé
Beltrina da Purificação da Côrte Pereira	Fauston Negreiros
Benedito Gonçalves da Silva	Fernando Galvão da Rocha
Bruno César Lorencini	Fernando Gustavo Knoerr
Carina Alexandra Rondini	Fernando René Graeff
Carlos Diogenes Cortes Tourinho	Fernando Rister de Souza Lima
Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa	Filipe Avides Moreira
Carlos Roberto Bacila	Florence Cronemberger Haret
Carlos Roberto Claro	Francis Kanashiro Meneghetti
Carlos Roberto de Alckmin Dutra	

Francisco Carlos Duarte	Lafayette Pozzoli
Francisco Glauber Pessoa Alves	Lauro Brito de Almeida
Geraldo Balduino Horn	Leonardo Estevam de Assis Zanini
Germano André Doederlein Schwartz	Liana Maria da Frota Carleial
Gilberto Bercovici	Lourenço de Miranda Freire Neto
Gilberto Gaertner	Lucas Abreu Barroso
Gilberto Gnoato	Lúcia Helena Briski Young
Gilton Batista Brito	Luciana Mendes Pereira
Gonçalo S. de Melo Bandeira	Luciano Rocha Santana
Helena de Toledo Coelho Gonçalves	Luciano Salamacha
Ilton Garcia da Costa	Luís Alexandre Carta Winter
Irene M. Portela	Luis Fernando Lopes Pereira
Ivo Dantas	Luís Guilherme Soares Maziero
James José Marins de Souza	Luísa Neto
Jan-Michael Simon	Luiz Antonio Câmara
Jane Lúcia Wilhelm Berwanger	Luiz Carlos de Souza
Jean-Marc Bouville	Luiz Eduardo Gunther
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
João Bosco Lee	Manuel da Costa Andrade
João Paulo F. Remédio Marques	Manuel Martínez Neira
João Ibaixe Junior	Mara Regina de Oliveira
Jorge Cesar de Assis	Marcelo Guerra Martins
José Américo Penteado de Carvalho	Marcelo Paulo Maggio
José Antonio Savaris	Marcelo Pereira de Mello
José Augusto Delgado	Marcelo Weitzel Rabello de Souza
José Carlos Couto de Carvalho	Márcio Bambilra Santos
Jose Edmilson de Souza Lima	Marcio Pugliesi
José Elias Dubard de Moura Rocha	Marcos Augusto Maliska
José Engrácia Antunes	Marcos Kahtalian
José Henrique de Faria	Marcos Wachowicz
José Ramón Narváez	Margarida Azevedo Almeida
José Renato Gaziero Cella	Margarida da Costa Andrade
José Renato Martins	Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
José Ricardo Vargas de Faria	Maria Carolina Carvalho de Almendra Freitas
José Sérgio da Silva Cristóvam	Mário João Ferreira Monte
Joseli Nunes Mendonça	Masako Shirai
Julia Gomes Pereira Maurmo	Massimo Meccarelli
Julimar Luiz Pereira	Melissa Folmann
Lafaiete Santos Neves	Michele Poletto

---

Néfi Cordeiro	Ronaldo Alves Marinho da Silva
Nuno M. Pinto de Oliveira	Ronaldo João Roth
Nuria Belloso Martín	Roseli Borin
Octavio Augusto Simon de Souza	Rui Bittencourt
Oksandro Osdival Gonçalves	Sady Ivo Pezzi Júnior
Osmar Ponchirolli	Salvador Antonio Mireles Sandoval
Pablo Galain Palermo	Samuel Rodrigues Barbosa
Paolo Cappellini	Saulo Tarso Rodrigues
Paula Távora	Sérgio Guerra
Paulo Bueno de Azevedo	Sergio Said Staut Jr.
Paulo Ferreira da Cunha	Silma Mendes Berti
Paulo Gomes Pimentel Júnior	Silvia Hunold Lara
Paulo Mota Pinto	Sybelle Luzia Guimarães Drumond
Paulo Nalin	Tercio Sampaio Ferraz Jr.
Paulo Ricardo Opuszka	Thiago Rodrigues Pereira
Pedro Costa Gonçalves	Tiago Vinicius Zanella
Priscila Luciene Santos de Lima	Valdir Fernandes
Rafael José Nadim de Lazari	Vanessa Hernandez Caporlingua
Rafael Lima Torres	Vicente Brasil Jr.
Rafael Rodrigo Mueller	Vittorio Olgiati
Rainer Czajkowski	Vladimir Passos de Freitas
Renata Ceschin Melfi de Macedo	Vladimir Oliveira da Silveira
Ricardo Tinoco de Góes	Wagner José Penereiro Armani
Rivail Carvalho Rolim	Willis Santiago Guerra Filho
Roberto Catalano Botelho Ferraz	Wilson Alberto Zappa Hoog
Roberto Wagner Marquesi	Wilson Furtado Roberto
Rogério Piccino Braga	Wladimir Brito
Roland Hasson	



Esta obra foi impressa em oficinas próprias,  
utilizando moderno sistema de impressão digital.  
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

**Editoração:**

Elisabeth Padilha  
Maria Luíza D. Doubek  
Stefany L. Marques

**Índices:**

Emilio Sabatovski  
Iara P. Fontoura  
Tania Saiki

**Impressão:**

Lucas Fontoura  
Marcelo Schwb  
Marlisson Cardoso

**Acabamento:**

Afonso P. T. Neto  
Anderson A. Marques  
Carlos A. P. Teixeira  
Maria José V. Rocha  
Marilene de O. Guimarães  
Nádia Sabatovski  
Rosinilda G. Machado  
Terezinha F. Oliveira  
Vanuza Maciel dos Santos

“???????????”

???????