
Orlando Villas Bôas Filho
(Org.)

**Os Estudos
Sociojurídicos
e os Dilemas da
Administração
da Justiça:
Desafios Atuais
ao Poder
Judiciário**

1ª Edição
2020

ESENI
EDITORA

**Os Estudos
Sociojurídicos
e os Dilemas da
Administração
da Justiça:
Desafios Atuais
ao Poder
Judiciário**

ESENI

EDITORIA

A **ESENI Editora** é a editora da *Escola Superior de Ética, Negócios & Inovação* (ESENI) e tem por objetivo publicar obras de excelência nas suas três linhas de atuação, Ética, Negócios & Inovações. Suas publicações são todas direcionadas a temas do ambiente corporativo e correlatos. Além disso, busca uma aproximação entre teoria e prática, conciliando textos acadêmicos com textos desenvolvidos por e para profissionais de mercado. A ESENI Editora acredita que só a partir desse diálogo podemos gerar desenvolvimento sustentável e progresso no conhecimento.

In business, be excellence!

Os Estudos Sociojurídicos e os Dilemas da Administração da Justiça: Desafios Atuais ao poder Judiciário

Organizador
Orlando Villas Bôas Filho

ESENI
EDITORA

São Paulo
2020

Organizador: Orlando Villas Bôas Filho. **Autores:** Jacques Commaille, Leonel Severo Rocha, Bernardo Leandro Carvalho Costa, Lucas Fucci Amato, Denisson Gonçalves Chaves, Saulo Monteiro Martinho de Matos, Rafael Lazzarotto Simioni, Orlando Villas Bôas Filho, Francisco Tadeu Lima Garcia, Nicolý Kussi, Fernando Rister de Sousa Lima, Germano Schwartz, Matteo Finco, Daniel Francisco Nagao Menezes, Maria Garcia, Wanda Capeller, Tiago Bruno Bruch, Eduardo Tomasevicius Filho, Artur Stamford da Silva, Willis Santiago Guerra Filho, Paola Cantarini Guerra, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Camila Silva Nicácio, Guilherme Roman Borges, Luiz Sergio Fernandes de Souza, Artenira da Silva e Silva, Patrícia Tuma Martins Bertolin, Werdeson Mário Cavalcante Olimpio, Henrique Garbellini Carnio e Rodrigo Pagani de Souza. **Editor:** Felipe Rijo. **Revisor:...****Capa e Diagramação:** Agência Tweed. **Diretora Geral:** Hella Isis Gottschefsky. **Diretor Comercial:** Marcio Luz. **Assistente Administrativo:** Carla Espíndola

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Os Estudos sóciojurídicos e os dilemas da administração da justiça : desafios atuais do poder judiciário [livro eletrônico] / organização Orlando Villas Bôas Filho. -- 1. ed. -- São Paulo : Eсени Editora, 2020. PDF

Bibliografia
ISBN 978-65-89485-04-9

1. Organização judiciária - Brasil 2. Poder judiciário - Administração - Brasil 3. Poder judiciário - Legislação - Brasil I. Filho, Orlando Villas Bôas.

21-55211

CDU-342.56:35(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Poder judiciário : Administração da justiça : Direito administrativo 342.56:35(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

ISBN nº 978-65-89485-04-9

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da ESENI Editora. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua edição. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998.

Todos os direitos reservados à

ESENI Editora

Rua Arquiteto Olavo Redig de Campos, 105 Torre B – 24º Andar

Chácara Santo Antônio, São Paulo, SP, CEP 04711-905

E-mail: contato@eseni.com.br

www.eseni.com.br

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL ENTRE O SISTEMA DA POLÍTICA E O SISTEMA DO DIREITO: CORRUPÇÃO SISTÊMICA OU “MAL NECESSÁRIO”?

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL BETWEEN POLITIC SYSTEM AND LAW SYSTEM: SYSTEMIC CORRUPTION OR “NECESSARY EVIL”?

*Germano Schwartz**

*Matteo Finco***

Resumo: *A Judicialização da saúde* pode ser entendida como a legitimação da apresentação perante o Judiciário de demandas relacionadas à saúde e ao bem-estar. No Brasil, o fenômeno se manifesta de forma crescente, com algumas especificidades, como – entre outras – os gastos elevados impostos ao Estado pelas Cortes e, sobretudo, em face de uma consolidada base jurisprudencial proveniente do Supremo Tribunal Federal e que legitima tais demandas. Daí a crítica da “sobreposição” do judiciário em relação à política. Em outra linha, a hipótese do presente trabalho é a de que no Brasil o sistema jurídico acaba atuando em questões políticas enquanto a concessão de medicamentos e de tratamentos em saúde são, precisamente, questões de política pública. Por meio dos recursos conceituais disponibilizados pela Teoria dos sistemas sociais e da revisão bibliográfica da literatura sobre judicialização da saúde, o trabalho analisa a relação entre a Política e o Direito no contexto brasileiro. Tudo isso na tentativa de demonstrar que no Brasil a judicialização da saúde não é o resultado de uma “corrupção sistêmica”, representando, outrossim, uma “improbabilidade” supostamente necessária para a efetivação dos direitos fundamentais em compensação às falhas do sistema político.

Palavras-chave: Judicialização da saúde; Brasil; Teoria dos sistemas sociais; Corrupção sistêmica; Inflação de demandas.

* Reitor do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), da FADERGS e do IBMR. Professor de Sociologia dos Direitos Humanos. Doutor em Direito. Leader do Working Group “Social and Legal Systems” do Research Committee of Sociology of Law (RCSL/ISA). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível

** Bolsista PNPd/CAPES na UniRitter (Porto Alegre). Doutor em Social Sciences pela Università degli Studi di Macerata.

Abstract: The *Judicialization of health* can be conceived as a legitimation, at the level of Law, of demands related to health and well-being. In Brazil the phenomenon is increasing and has some specificities, such as – among others – the high expenses imposed on the State by the courts, and above all a consolidated jurisprudential basis, provided by the STF, that legitimise such demands. Hence the criticism about the judiciary’s “imposition” on politics. On the contrary, the hypothesis of this work is that in Brazil the legal system acts on political issues due to the fact that granting medicines and treatments is just matters of public policy. Through the conceptual resources provided by the Social systems theory and the bibliographic review of the literature about the judicialization of health, we analyze the relationship between politics and law in the Brazilian context, trying to demonstrate that the judicialization of health is not the result of a “systemic corruption” (“intrusion” of the judiciary and its logics in politics) but represents an “improbability” supposedly necessary for the realization of fundamental rights and the compensation of the failures of the political system.

Keywords: Judicialization of health; Brazil; Social systems theory; Systemic corruption; Claims inflation.

Introdução

Judicialização da saúde: a expressão indica um fenômeno bastante recente. Consiste, em síntese, no frequente apelo aos tribunais para a proteção de direitos no âmbito da saúde⁴²⁹. Trata-se de uma consequência do fato de que a saúde – considerada valor essencial que condiciona os demais direitos e liberdades e constitucionalizada como direito universal – é reivindicada enquanto direito *de acesso* aos cuidados de saúde⁴³⁰.

Em outras palavras: a judicialização da saúde encontra-se dentro do conceito “inflação de demandas” (*Anspruchsinflation*)⁴³¹. É um problema estrutural da sociedade moderna e do Estado do Bem-estar, extrapolando, pois, a questão jurídica. Nesse sentido, o Estado amplia progressivamente os direitos garantidos. Tal fato legitima demandas, pedidos e reivindicações – em sua maioria individuais – que crescem de forma contínua

⁴²⁹ O termo “*judicialização*” (*judicialization*) “has been used to describe the growing reliance on the adjudication of rights for the resolution of complex political decisions, such as the distribution of scarce resources”, com “*Judicialização da saúde*” (*judicialization of health care*) se indica “the use of legal actions and rights-based injunctions to obtain medical treatments and pharmaceuticals” (LAMPREA, 2017). Em geral, com Campilongo, notamos que o uso das expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política” é recorrente na mídia e na doutrina (CAMPILONGO, 2011, pp. 57-63) e que “Procurar o Judiciário se tornou parte da cultura nacional” (p. 24).

⁴³⁰ CORSI; MARTINI, 2018a, p. 73.

⁴³¹ LUHMANN, 2017b.

dos pontos de vista quantitativos e qualitativos. Dessa forma, qualquer pessoa resta legitimada – obedecidas as regras processuais para tanto – a autorreivindicar “o melhor possível” em qualquer âmbito da vida social⁴³². Assim, se as esferas envolvidas não cumprem suas funções, há o “socorro” à Política e ao Direito. O problema é que aquela muitas vezes não sabe como agir e também não possui recursos,⁴³³ enquanto aquele não possui a *expertise* intrínseca para decidir casos que envolvam a saúde (pública ou individual).

Nessa linha de raciocínio, os juízes e os tribunais julgam os numerosos casos de maneira bastante heterogênea. Em algumas decisões o fundamento é controverso, como por exemplo ocorre quando o judiciário concede medicamentos e tratamentos com base no fato de que o direito à saúde está disposto em norma programática⁴³⁴ e que sua interpretação não poderia resultar em uma promessa inconsequente⁴³⁵.

Da mesma maneira, porém, no sentido inverso, acontece quando há referência à “reserva do possível”⁴³⁶, uma construção jurídica trazida pelo contexto jurisprudencial alemão (*Der Vorbehalt des Möglichen*) e aplicada no sentido da não concessão dos pedidos apresentados pelos cidadãos em virtude dos recursos escassos do poder público. Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), no julgamento “*Numerus Clausus*” (BverfGE n° 33, S. 333) “estabeleceu que as prestações exigidas do Estado pelos particulares estão condicionadas à razoabilidade, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade”⁴³⁷.

Verifica-se que a ideia da Corte reside no fato de que o legislador, no exercício de suas funções típicas, deve proteger os mais variados interesses da comunidade, procurando, com isso, estabelecer despesas que acabariam por sobrecarregar

⁴³² Veja-se, por exemplo, CORSI, 2015a; 2015b.

⁴³³ CORSI; MARTINI, 2018b, pp. 39-42.

⁴³⁴ Um conceito, na verdade, controverso: ATALIBA, 1970.

⁴³⁵ “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.” (RE 271286 AgR / RS – RIO GRANDE DO SUL. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 12/09/2000. Segunda Turma. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=REAgR.SCLA.%20E%20271286.NUME.&base=baseAcordaos>).

⁴³⁶ Sobre a reserva do possível, veja-se por exemplo: WANG, 2008 e SCAFF FACURY, 2005. Sobre o seu uso inadequado: SCHWARTZ, 2009; SCHWARTZ; RIEGER TEIXEIRA, 2011.

⁴³⁷ SCHWARTZ; RIEGER TEIXEIRA, 2011, p. 48.

exageradamente a sociedade⁴³⁸. Contudo, esse argumento, trazido no mundo jurídico brasileiro, gerou uma

verdadeira falácia (distorção argumentativa da realidade): a inevitabilidade das decisões trágicas no direito à saúde pela ausência de recursos financeiros. Isso dá sobrevida a várias decisões judiciais, todas elas assentadas em uma premissa falsa (há algum processo em que o ente federado tenha apresentado as provas da falta de verbas?)⁴³⁹

Dito de outra forma: no Brasil, a reserva do possível foi combinada com o argumento da escassez de recursos, gerando a justificativa de que frente às necessidades ilimitadas e os recursos orçamentários finitos, o Estado não pode garantir “tudo a todos”⁴⁴⁰. Daí, também, o raciocínio de que o exercício de um direito social dependeria da promulgação ou da adaptação de uma norma orçamentária⁴⁴¹.

Assim, passa-se do pressuposto de que é possível exigir prestações em medida “razoável” quando contrapostas às possibilidades da sociedade (necessidade de proteger o “bem comum”)⁴⁴² para a concepção da impossibilidade da “garantia do tudo para todos”. Impõe-se, com isso, a edição de normas para a determinação das despesas correspondentes.

Com isso, verificam-se posicionamentos diversos em relação à efetivação dos direitos sociais fundamentais, aos recursos disponíveis, ao dever do Estado e à reserva do possível⁴⁴³. Se, por um lado, há quem defende que “os direitos não podem ser considerados absolutos, pois são limitados pelo orçamento”, por outro, o ordenamento jurídico brasileiro “estabeleceu que é dever do Estado desenvolver e promover políticas

⁴³⁸ PERLINGEIRO, 2014, p. 8.

⁴³⁹ SCHWARTZ, 2009, p. 19. E também: “o argumento da reserva do possível é empregado pelo Poder Público como forma de se desobrigar de fornecer acesso à saúde. Esse aspecto rotineiro por si só já gera dúvidas quanto à validade do argumento, pois leva a duas conclusões possíveis: o Estado não tem dinheiro para nenhuma prestação – mesmo aquelas de menor custo – ou que a falta de recursos é mero instrumento de retórica, a fim de exonerar o Estado de um dever constitucional” (SCHWARTZ; TEIXEIRA, 2011, p. 53).

⁴⁴⁰ SCHWARTZ; RIEGER TEIXEIRA, 2011, p. 47.

⁴⁴¹ PERLINGEIRO, 2014, pp. 4-5.

⁴⁴² O que “no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho” (ALEXY, 2002, p. 498).

⁴⁴³ Sobre as outras linhas de pensamento nesse âmbito, veja-se SCHWARTZ; LEMOS, 2010 e também PALADINO, 2008.

públicas como forma de efetivar o direito à saúde e, um dos maiores obstáculos [...] é a falta de vontade dos Poderes Públicos em implementarem essas políticas”⁴⁴⁴.

Não se esqueça que há o posicionamento de que as garantias do direito à saúde deveriam corresponder ao “mínimo existencial” (*Existenzminimum*), isto é, às necessidades básicas, com base na tutela da dignidade humana⁴⁴⁵. Entretanto, quando a reserva do possível é concebida como limitação dos direitos sociais fundamentais, ao mínimo significa prerrogativa do poder legislativo escolher quais benefícios são considerados como prioridade a partir dos limites da alocação financeira pública. Logo, a reserva do possível não limita a judiciabilidade das políticas públicas em relação aos direitos sociais fundamentais⁴⁴⁶. Tal fato torna compreensível que “a abstenção do Poder Público no cumprimento de seu dever de prestar assistência sanitária tem feito com que os indivíduos busquem a tutela do Poder Judiciário”⁴⁴⁷.

No que se refere aos conflitos entre a tutela dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e a insustentabilidade econômica das decisões judiciais sobre a temática, persiste o argumento de que em sendo os recursos limitados, não é justo conceder medicamentos e tratamentos de alto valor para atender poucas pessoas. Para essa linha de pensamento, ocorre produção de injustiça para a maioria da população, especialmente para os setores mais pobres⁴⁴⁸, excluídos da possibilidade de acesso a tais prestações. Isso ocorreria por causa do alto custo dos medicamentos. A despesa resultante dos julgamentos prejudicaria o orçamento público (para todos).

De fato, no Brasil – como atesta a literatura sobre o tema⁴⁴⁹ –, o apelo ao judiciário para demandas em saúde nos últimos anos é quantitativamente importante e, sobretudo, crescente, tanto no âmbito público, como no suplementar. De acordo com uma recente pesquisa⁴⁵⁰, os gastos da União para o cumprimento de demandas judiciais (compras de medicamentos, valores pagos pela União para auxiliar estados e municípios,

⁴⁴⁴ SCHWARTZ; LEMOS, 2010, p. 169.

⁴⁴⁵ SCHWARTZ; LEMOS, 2010, p. 175.

⁴⁴⁶ PERLINGEIRO, 2014, pp. 13-24.

⁴⁴⁷ SCHWARTZ; LEMOS, 2010, p. 176.

⁴⁴⁸ FERRAZ, 2009; 2011.

⁴⁴⁹ Sobre a temática a quantidade das publicações é notável e aumenta constantemente. Para uma primeira abordagem, veja-se: ARAUJO et al., 2013; MARQUES, 2008; PEPE et al., 2010; DA SILVA WEBBER, 2013.

⁴⁵⁰ LIMA, 2020.

etc.) possui aumento constante e contínuo⁴⁵¹, abrangendo, inclusive, a compra de medicamentos sem registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Especialmente em alguns Estados, judicializar se revela caminho privilegiado para a concessão de medicamentos, para o acesso a tratamentos normalmente fora do alcance dos pacientes e do serviço público (SUS) e para as demais demandas sobre os serviços fornecidos pelos planos e pelos seguros de saúde. Embora a maioria dos processos seja de caráter individual, a importância das ações coletivas não deve ser subestimada, pois sua porcentagem de sucesso – embora a discussão sobre este aspecto encontre-se aberta – parece significativa⁴⁵². O fenômeno é massivo, chegando-se a falar em um “direito de judicializar” (*right to health litigation*)⁴⁵³.

Outro fator característico da especificidade do caso brasileiro é a postura do Supremo Tribunal Federal, que, com suas decisões, acabou por produzir uma base jurisprudencial consolidada legitimadora de tais reivindicações e demandas⁴⁵⁴. Seu repertório resulta “completamente favorável ao fornecimento de remédios ou qualquer intervenção médica pleiteada pela parte requerente”⁴⁵⁵ e com os Ministros inclinados “a escolher histórias – não raro tristes e, às vezes, até mal comprovadas –, em detrimento a cidadãos que não tiveram acesso à judicialização”⁴⁵⁶. Gize-se, no entanto, que esse posicionamento se configura como tendência recente, pois anteriormente à Constituição de 1988 a tutela da saúde por parte do Judiciário era excluída em função de uma visão muito mais rígida da separação/distribuição dos poderes⁴⁵⁷.

É usual a crítica a essa postura do Supremo e dos demais tribunais infraconstitucionais⁴⁵⁸. Além dos problemas e das contradições internas ao âmbito

⁴⁵¹ LIMA, 2020, pp. 65-76.

⁴⁵² Instituto de ensino e pesquisa – INSPER, 2019, pp. 130-5.

⁴⁵³ WANG, 2015.

⁴⁵⁴ Veja-se por exemplo LIMA, 2015a; 2015b; 2016; 2020 e LIMA; FINCO, 2019a; 2019b.

⁴⁵⁵ LIMA, 2020, p. 40.

⁴⁵⁶ LIMA, 2020, p. 83. O autor faz outras críticas: “Ao julgar direitos distributivos – como a saúde – como se fossem direitos adjudicatórios, o STF oferta privilégios aos jurisdicionados contemplados, criando duas filas no SUS: uma para pacientes com liminar judicial, outra para pacientes sem liminar” (122).

⁴⁵⁷ LIMA, 2020, pp. 103-105.

⁴⁵⁸ A respeito das decisões em primeira instância – válido para os graus superiores –, como lembra Campilongo, ainda que o juízes possam oferecer soluções pontuais adequadas aos casos que envolvem direitos sociais e problemas de justiça social (inclusão, desigualdades, etc.), “o enfrentamento casuístico, conjuntural, singular e diversificado desses problemas [...] pode contribuir para a formação de um sistema irracional de decisões, com diversos riscos jurídicos, políticos e econômicos (CAMPILONGO, 2011, p. 107).

jurídico⁴⁵⁹, é comum sustentar-se que ao decidirem sobre questões de saúde, as cortes invadem o âmbito e a função da política. Para tal posição, é a política quem deveria decidir, de forma independente, quais ações executar em saúde por meio da criação de leis e da elaboração de políticas públicas. Ademais, a escassa familiaridade com os temas científicos e técnicos da saúde prejudica e desafia os juízes e os ministros a julgarem de maneira imparcial e bem fundamentada⁴⁶⁰.

O enfoque do presente artigo não se debruça sobre as consequências financeiras das decisões judiciais e nem pretende recomendar “receitas” ou ensinamentos sobre o que deveria ser feito, quer de um ponto de vista moral (efetivação da justiça) ou sob o âmbito doutrinário (como o judiciário deveria agir corretamente), “corretamente”, em tais casos. O âmbito do ensaio está direcionado à sociologia do direito, uma ciência social que não se confunde com normatividade.

Nessa esteira, com base em Kelsen⁴⁶¹, uma ciência normativa – como o direito – refere-se ao “dever ser” (*Sollen*), às normas. Desse modo, o objeto da ciência jurídica é o ordenamento jurídico (nesse sentido é a “teoria pura”); a sociologia do direito, por seu turno, observa o direito como ele é (o “ser”: *Sein*) e, também, suas relações com a sociedade. Além disso, os problemas sociológicos não coincidem com os problemas sociais⁴⁶²: os primeiros são questões científicas, enquanto os segundos, são questões concretas que afetam a vida dos indivíduos e das instituições e que os políticos e os administradores públicos necessitam dar respostas.

A fundamentação do presente artigo está na teoria dos sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann⁴⁶³. A teoria possui recepção relevante no Brasil tanto na sociologia quanto no Direito. Acadêmicos, em sua maioria sociólogos e filósofos, ocupam-se dessa conexão. O fato curioso, no Brasil, é que até em Tribunais há menções

⁴⁵⁹ BARROSO, 2008.

⁴⁶⁰ Exatamente para fornecer aos juízes apoio a esse respeito foi criada a ferramenta e-NatJus: “Basicamente, o sistema funciona como uma plataforma nacional de cadastro de pareceres, notas e informações técnicas da área da saúde. Tem como objetivo principal auxiliar os magistrados em suas decisões judiciais (liminares), uma vez que fornece fundamentos científicos para que decidam com segurança nas suas demandas que tenham como objeto pedido de medicamentos, órtese, prótese ou qualquer outra tecnologia em saúde” (FORSTER; DAGASH; DA SILVA, 2019, p. 161).

⁴⁶¹ KELSEN, 2009.

⁴⁶² CORSI, 1993.

⁴⁶³ Para uma introdução à teoria de Luhmann veja-se BARALDI; CORSI; ESPOSITO, 2002.

aos estudos luhmanniano, muito embora, em alguns casos, com uma visão errônea a respeito da teoria.⁴⁶⁴

A teoria de Luhmann é uma superteoria. Significa dizer que ela pretende observar a sociedade como um todo. Para tanto, leva em conta questões que vão além das sociais, ingressando em aspectos econômicos, culturais, políticos, entre outros. A teoria dos sistemas sociais de Luhmann, por exemplo, no Direito, analisa de forma profunda e original o seu relacionamento com a política: a partir da comunicação e da troca entre os dois *sistemas*, identificando na Constituição o produto por meio da qual o Estado moderno se constitui e garante sua autoorganização, declarando, ainda, os direitos individuais e os direitos coletivos.

A hipótese de trabalho diverge das críticas mencionadas acima. Nesse sentido, ao contrário do que geralmente se afirma, no caso do Brasil, a maior questão não seria a “imposição” do judiciário sobre a política, e sim, a necessidade de o sistema jurídico atuar em questões políticas, uma vez que a concessão de medicamentos e de tratamentos em saúde são uma questão de políticas públicas⁴⁶⁵. Ocorre que em solo brasileiro essa mesma política não age em conformidade com sua função (hipótese secundária). Essa intrusão/imposição/sobreposição do judiciário em relação à política poderia ser interpretada, então, como um “mal necessário” supostamente indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais.

O trabalho consiste na revisão bibliográfica da literatura sobre judicialização da saúde e – com base no referencial teórico da teoria dos sistemas sociais – da distinção das funções dos diferentes âmbitos/esferas (sistemas) da sociedade, em específico o Direito e a Política. A tentativa é a de fornecer uma leitura original de um tópico atual e de caráter interdisciplinar (sócio/político/jurídico). Ainda mais importante: apresentar-se-ão

⁴⁶⁴ SCHWARTZ; RIBEIRO, 2017.

⁴⁶⁵ Questão referente à saúde é a atividade médica, isto é, estabelecer a diferença entre a saúde e a doença. Desse modo, há como decidir sobre a eventual e a maneira como se estabelecerá a comunicação com os pacientes e seus familiares, entre outros. Recorde-se que a saúde é tarefa relacionada à política. Basta, para tanto, atentar para a definição de saúde fornecida pela mesma Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946; 1978).

propostas diferentes (novas?) para debater o assunto, tendo em conta as especificidades e as complexidades próprias do contexto brasileiro⁴⁶⁶.

1. A *judicialização da saúde* como especificidade brasileira

A judicialização da saúde é um fenômeno investigado pelo mundo todo⁴⁶⁷, mas é no “Global South” e, mais especificamente, na América do Sul há uma maior ocorrência. Daí ser o local em que há mais pesquisas a respeito⁴⁶⁸. Sendo um tema por natureza transdisciplinar, várias áreas e subáreas das ciências sociais o observa, com ênfase no direito público e privado, na análise econômica do direito, na sociologia do direito, na sociologia da saúde e na saúde pública.

A literatura destaca duas características típicas do caso sul-americano: a prevalência dos processos de natureza individual e o grande número de pedidos de medicamentos de alto custo⁴⁶⁹. Um trabalho recente publicado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) amplia o horizonte sobre a temática, desafiando algumas suposições tradicionais. Destaca a “heterogeneidade entre estados quanto ao tipo de demanda enfrentada”, com uma diferença relevante entre processos de primeira e de segunda instância: “fica evidente a maior relevância dos assuntos “planos de saúde” e “seguro” em primeira instância do que em segunda instância”⁴⁷⁰. O relatório é particularmente

⁴⁶⁶ Seria ingênuo definir o fenômeno da judicialização de uma maneira unicamente negativa ou positiva, pois suas conseqüências tanto podem ser negativas como positivas na efetivação do direito à saúde. Sobre o tema veja-se GEBRAN NETO, 2019.

⁴⁶⁷ “A growing body of comparative literature shows that during the past three decades health rights litigation has taken many different forms around the world – in both middle- and highincome countries – and across health systems (Brinks & Forbath 2013, Flood & Gross 2014b, Gauri & Brinks 2008, Yamin & Gloppen 2011). However, most comparative studies have paid special attention to health rights litigation in Global South countries, such as Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India, and South Africa (Brinks & Forbath 2013, Brinks & Gauri 2014, Yamin&Gloppen 2011, Young&Lemaitre 2013).” (LAMPREA, 2017, p. 432).

⁴⁶⁸ “Most studies on the judicialization of health care focus on Latin American countries like Colombia, Brazil, Costa Rica and Argentina, where litigation of health rights has sharply increased since the early 2000s. According to the available data, in no other region of the world is the judicialization of health care more prevalent than in Latin America. For example, a comparative study found that the number of yearly health rights lawsuits per one million individuals was 3289 in Colombia, 206 in Brazil, 109 in Costa Rica, 29 in Argentina, and only 0.3 in South Africa and 0.2 in India” (ANDIA; LAMPREA, 2019).

⁴⁶⁹ ANDIA; LAMPREA, 2019.

⁴⁷⁰ INSPER, 2019, p. 50. Os “principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos” (48).

interessante por apresentar numerosos dados empíricos, hipóteses de interpretação e propostas de cursos de direito sanitário para os magistrados.

A pesquisa apresenta alguns dados que fornecem uma ideia da inflação da judicialização da saúde: “há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017”. Sobre o crescimento do número total de processos de primeira instância, a pesquisa afirma que a percentagem é de 50%. Da mesma forma, na segunda instância, “observamos um aumento de cerca de 85% do número de demandas relativas ao direito à saúde”. Nesse ponto, note-se que o crescimento do total de processos foi na ordem de 40%⁴⁷¹.

Outro elemento relevante é o crescimento da judicialização tanto no sistema de saúde (público e suplementar), embora há “maior relevância do setor privado, relevância esta também crescente ao longo do tempo”. Essas contestações fornecem evidências “para contestar a visão predominante na literatura de forte dominância de demandas judiciais relativas ao sistema público”⁴⁷². Refira-se, também, o fato de “uma ação ser coletiva está associado a uma maior probabilidade de decisão favorável ao demandante (um acréscimo de aproximadamente 7% de probabilidade de sucesso)”⁴⁷³.

Aqui é apropriado apresentar dois elementos, essenciais para entender o sentido que o direito à saúde assume no Brasil. Primeiramente, um dado histórico: deve-se levar em consideração que a saúde, enquanto direito, foi um pressuposto da democratização brasileira, ou seja, da época da transição entre a ditadura militar estabelecida em 1964 e a República democrática de 1988. Nessa senda, o movimento sanitarista e a “Saúde Coletiva”⁴⁷⁴ tiveram um papel importante na retomada democrática brasileira e essa é uma das razões pelas quais o direito à saúde tomou tamanho relevo no Brasil. Trata-se de

⁴⁷¹ INSPER, 2019, p. 46.

⁴⁷² INSPER, 2019, p. 126.

⁴⁷³ INSPER, 2019, pp. 133-4.

⁴⁷⁴ “A Saúde Coletiva é um campo que se configura a partir dos anos 1980 numa abordagem de dimensão tripla – como corrente de pensamento, como movimento social e como prática teórica” (ZÖLLNER IANNI, 2011, p. 34).

uma conquista histórica no âmbito civil e assentada para o benefício de toda a população⁴⁷⁵.

Tal elemento, às vezes esquecido, é ainda mais importante quando se tem em mente que a efetivação do direito à saúde é algo distante da realidade de muitos brasileiros. Por essa razão ela considerada é um valor, um horizonte que é reivindicado com o objetivo de completar um caminho já traçado⁴⁷⁶.

Outro aspecto importante está relacionado à distribuição e à divisão dos poderes no Estado brasileiro. O judiciário é chamado a intervir na hipótese de outros dois poderes (legislativo e executivo) não cumprirem seus papéis, isto é, quando não realizam – pelo menos em tese – o que deveriam fazer. Desse modo, acaso a Política (parlamento, governo, administrações estaduais e locais) não garanta o acesso a saúde, o acesso à justiça é um caminho natural e constitucional. Assim sendo, a “hiperinflação judiciária” em saúde parece estar indissolúvelmente relacionada à “desinflação” dos outros dois poderes.

Todos esses fatores deixam clara a necessidade de pesquisas mais aprofundadas sobre o tema, tanto com o objetivo de obter dados empíricos (números, tendências) sobre o tamanho real do fenômeno quanto, em perspectiva teórica, para entender melhor a dialética entre os tribunais e os requerentes, visando descrever as razões que levam os primeiros a tomarem suas decisões.

Do ponto de vista deste trabalho, o foco diz respeito ao papel que o judiciário assume, pelo menos manifestamente⁴⁷⁷, na proteção do direito a saúde. Nessa esteira, os tribunais representariam um substituto das falhas da política, ou pelos menos, os executores de decisões possibilitadas em razão das garantias jurídicas que a Constituição prevê⁴⁷⁸. De fato, o direito à saúde pode ser concretizado por várias vias, mas é preciso lembrar que a política o faz

⁴⁷⁵ “A construção de um projeto de reforma sanitária foi parte das lutas de resistência à ditadura e ao seu modelo de privatização dos serviços de saúde da Previdência Social e pela construção de um Estado democrático social.” (FLEURY, 2009, p. 744).

⁴⁷⁶ Para uma reconstrução do direito à saúde nas Constituições brasileiras veja-se o primeiro capítulo de SCHWARTZ, 2001.

⁴⁷⁷ Referimo-nos à distinção sociológica entre *funções latentes* e *funções manifestas* (MERTON, 1957).

⁴⁷⁸ “tais como a vinculação orçamentária, o reconhecimento de direito público subjetivo, a possibilidade de participação na formulação e execução das políticas públicas, o controle social sobre o Estado no que

por meio da efetiva disponibilização de recursos pelo Estado, pela criação de um sistema público de saúde eficiente, pela disponibilização de serviços públicos de saúde seguros, de qualidade, eficazes e adequados às necessidades dos cidadãos, pelo respeito individual e coletivo às regras protetoras da saúde⁴⁷⁹

Uma outra forma de atuação política na efetivação do direito à saúde se dá “pela formulação e execução de políticas sociais e econômicas, capazes de assegurar de forma universal o acesso às ações e serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da saúde, conforme expressamente previsto pelo Art. 196 da CF”⁴⁸⁰. Na realidade, no Brasil, isso é verdade de forma parcial. Daí a carga de expectativas (demandas) de indivíduos, de coletivos e de instituições sobre o jurídico. E isso ocorre até mesmo a partir da seguinte locução constitucional: “O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de *políticas sociais e econômicas*, não através de decisões judiciais.”⁴⁸¹. E, recorde-se, o Judiciário não possui “o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde”⁴⁸².

As premissas retrorreferidos são válidas, à evidência, para o Supremo Tribunal, guardião da Constituição. Ele corre o risco, especialmente nesse caso, de fazer uma atuação puramente simbólica⁴⁸³, ou de “uma atuação jurisdicional” cuja efetividade do caso concreto coloca o sistema imunológico – o direito – como emissor de mais infecção ao invés de imunizar a sociedade”⁴⁸⁴.

Mas o que, afinal, o Supremo Tribunal Federal, as cortes infraconstitucionais e os juízes de primeiro grau deveriam fazer, de acordo com suas funções, em termos de direito à saúde? É uma pergunta que pode ser respondida de uma maneira normativo-moral, sob um ponto de vista crítico, ou, até mesmo, analiticamente. De acordo com a abordagem teórica escolhida (teoria dos sistemas sociais), optou-se por uma abordagem funcionalista. Por conseguinte, passa-se à análise das ferramentas (teóricas) adequadas para esse fim.

se refere à prestação dos serviços públicos associados ao direito protegido, dentre outras” (INSPER, 2019, p. 152).

⁴⁷⁹ INSPER, 2019, p. 152.

⁴⁸⁰ INSPER, 2019, pp. 152-3.

⁴⁸¹ BARROSO, 2008, p. 22.

⁴⁸² BARROSO, 2008, p. 27.

⁴⁸³ NEVES, 1994; 1996a.

⁴⁸⁴ LIMA, 2015a, p. 97.

2. Política e direito como subsistemas parciais da sociedade mundial

A sociedade moderna é, no entendimento de Luhmann, uma sociedade mundial policêntrica e policontextual⁴⁸⁵. Não possui um *centro* definido e é estruturada em diferentes esferas (economia, direito, política, etc.). Não se ordena em um sentido hierárquico. Inexiste sociedade mais importante do que outra.

Dessa forma, o *sistema* da sociedade mundial é o conjunto de *subsistemas funcionais*, cada um com suas próprias operações particulares, desenvolvendo funções (resolvendo um determinado problema) e realizando prestações específicas. Por exemplo, a economia proporciona a distribuição de recursos (função), por meio dos pagamentos (operação). Com isso, satisfaz as necessidades dos indivíduos e das coletividades. A partir dessas premissas é possível fazer os seguintes apontamentos:

(a) a *diferenciação funcional* caracteriza a sociedade moderna. Abandona-se a *diferenciação segmentária* (clã ou tribo) ou *estratificada* (castas ou classes sociais estritamente definidas e sem possibilidade de ascensão).

(b) a *sociedade moderna não composta de seres humanos*. Seu elemento básico é a comunicação, isto é, os processos que levam as mais variadas informações serem recepcionadas e entendidas em situações de *dupla contingência*⁴⁸⁶. A rede recursiva de comunicações define a unidade do sistema social que se identifica, portanto, com a comunicação. É a operação que dá vida a uma realidade emergente, colocada em nível diferente do interpessoal. Um nível não redutível e nem atribuível aos seres humanos individuais ou às relações entre humanos. Desse modo, as instituições, as organizações

⁴⁸⁵ LUHMANN, 2006. Necessário esclarecer que “Uma sociedade complexa só pode ser descrita por uma sociedade complexa, mesmo que assim tenha de abrir mão de uma complexidade estritamente equivalente (*requisite variety*)” (LUHMANN, 2016, p. 22).

⁴⁸⁶ “There is a *double contingency* inherent in interaction. On the one hand, ego’s gratifications are contingent on his selection among available alternatives. But in turn, alter’s reaction will be contingent on ego’s selection and will result from a complementary selection on alter’s part. Because of this double contingency, communication, which is the precondition of cultural patterns, could not exist without both generalization from the particularity of the specific situations (which are never identical for ego and alter) and *stability* of meaning which can only be assured by “conventions” observed by both parties. Furthermore, the double contingency implies the normative orientation of action, since alter’s reaction of punishment or reward is superadded to alter’s “intrinsic” or direct behavioral reaction to ego’s original selection.” (PARSONS; SHILS, 1951, p. 16).

e os seres humanos representam o “outro lado” da sociedade, necessário para pensá-la e para garantir sua existência. Os seres humanos estão no *ambiente*⁴⁸⁷ da sociedade.

Essa abordagem fica bastante clara quando se fala em saúde. A medicina⁴⁸⁸ cura os corpos e as mentes dos indivíduos, intervindo em seus níveis biológicos, físicos, químicos e psicológico/psiquiátricos, com o objetivo de torná-los capazes de participar nas diferentes esferas da sociedade. O sistema, ou seja, o conjunto de elementos relacionados à saúde, ao bem-estar, a intervenção e os processos de comunicação associados, relacionam-se com o seu ambiente (humano) desenvolvendo sua função específica e dele recebendo “irritações” que contribuem para suas modificações (evolução).

(c) Cada indivíduo pode participar da vida social nas diferentes esferas de maneira relativamente livre, enquanto no passado o acesso era regulado com maior rigor e menos liberdade. De fato, os seres humanos “participam” da sociedade enquanto pessoas, ou seja, referências comunicativas (Luhmann, 1995).

Com essas premissas estabelecidas, chega a hora de abordar o sistema jurídico. Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, o Direito (*Recht*) possui a função de estabilizar as expectativas normativas⁴⁸⁹, garantindo que as normas vigentes⁴⁹⁰, mesmo quando não respeitadas, permaneçam estáveis ao longo do tempo, aplicando-se as consequências de suas violações (penas).

Com isso, tenta-se controlar um futuro que é constitutivamente inseguro (perspectiva temporal). Ao mesmo tempo, as normas devem ser aplicáveis, em diferentes circunstâncias, a diferentes casos, sendo compatíveis com as outras normas do próprio ordenamento (perspectiva material). Tudo isso, claro, aliado ao consentimento geral (perspectiva social). O Direito é, portanto, o “sistema imunológico” da sociedade. Permite

⁴⁸⁷ “O termo alemão *Umwelt*, em português, pode ser traduzido como *entorno* ou como *ambiente*. Nas edições de língua inglesa, o termo aparece como *environment* e nas francesas, como *environnement*. Nas traduções de língua espanhola, por seu turno, o termo costuma ser traduzido como *entorno*. No Brasil, atualmente, a tendência tem sido traduzir o termo *Umwelt* como “ambiente”.” (LIMA; VILLAS BÔAS FILHO, 2019, p. 259 [em nota]).

⁴⁸⁸ LUHMANN, 2017a.

⁴⁸⁹ LUHMANN, 2016, p. 179.

⁴⁹⁰ O direito moderno diferencia-se do antigo. Não se trata de um direito baseado na distinção entre *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis*, por um lado, e *lex humana* ou *lex positiva*, por outro (LUHMANN, 1990). Assim, o direito pode mudar para responder às mudanças sociais, evoluindo (como a própria sociedade). Veja-se, entre outros, LUHMANN 2006; 2016.

resposta a situações anômalas e imprevisas. O Direito “não se presta à correção de erros, mas ao enfraquecimento de riscos estruturais”⁴⁹¹.

Nessa linha de raciocínio, a função do direito não se conecta à promoção à realização da justiça, que é uma “fórmula de contingência”⁴⁹², ou, em outras palavras, uma ferramenta para “transformar a contingência indeterminada em uma contingência determinável”⁴⁹³. No caso do direito, a ideia de justiça permite legitimar e justificar o Direito positivo e que, por isso mesmo, não se confunde com a natureza ou com algo transcendente. É contingente.

Daí a necessidade de garantir que nenhuma operação do sistema possa ser excluída da expectativa de ser justa. Logo, a produção de uma abstração como a justiça, uma fórmula capaz de garantir a consistência do direito na ausência de consentimento universal, trata-se de um fundamento “fictício”. De outra forma, a justiça realiza uma autodescrição da unidade do direito e fornece a possibilidade de controlar a consistência e a adequação das decisões jurídicas.

O sistema jurídico, nessa mirada, é constituído por todas as comunicações sociais formuladas com referência ao direito e não apenas àquelas que ocorrem no contexto dos procedimentos jurídicos. Ele também se apresenta nas comunicações da vida cotidiana, na medida em que se levantam questões jurídicas ou se afirmam/rejeitam reivindicações com referência ao direito⁴⁹⁴.

Seguindo, operações jurídicas são, por exemplo, as decisões dos juízes. O direito como sistema se reproduz não porque há seres humanos envolvidos. Obviamente que eles existem e desenvolvem papéis dentro do sistema, como, por exemplo, os magistrados, os advogados, as partes, entre outros. A autorreprodução do Direito se dá, no entanto, porque as decisões continuam a serem tomadas com base em normas jurídicas.

⁴⁹¹ LUHMANN, 2016, p. 451. Sobre os desafios que o sistema do direito deve enfrentar e seu relacionamento com a dimensão temporal (futuro), veja-se FEBBRAJO, 2016.

⁴⁹² “as fórmulas de contingência têm a forma de uma conclusão circular – e é precisamente aí que reside a sua originalidade, o que faz que elas se imponham e que não se possa dissolvê-las com facilidade. As fórmulas de contingência se referem à distinção entre determinabilidade e indeterminabilidade. Sua função consiste em elas próprias excederem esse limite, para tal se fazendo valer de fatores plausíveis e historicamente dados” (LUHMANN, 2016, p. 178). Sobre o tema veja-se também LIMA; VILLAS BÔAS FILHO, 2019 e BRYSON, 2013.

⁴⁹³ LUHMANN, 1982.

⁴⁹⁴ LUHMANN, 1990, p. 61.

O princípio básico norteador do sistema é o seu código *Recht/Unrecht* (direito/não-direito)⁴⁹⁵. Com base nessa distinção, o sistema consegue levar em consideração qualquer conflito que possa ser judicializado⁴⁹⁶. Concomitantemente, o sistema atribui a condição de “razão”, a de se estar “correto” (conformidade as normas) e a de se “errar”. Tudo isso, à evidência, no formato de decisões.

Dessa forma, o sistema viabiliza sua autorreprodução contínua, pois cada uma das operações se conecta às outras em um encadeamento infundável. Trata-se, em outras palavras, de um sistema *autopoietico*,⁴⁹⁷ capaz de se distinguir do ambiente, de manter a clausura operativa (código específico), e que assim agindo, reproduz as próprias estruturas.

Uma das peculiaridades que unem Direito e Política é o fato de ser regionalmente diferenciável na forma de estados; outros sistemas, por seu lado, operam basicamente de forma independente em relação às fronteiras espaciais⁴⁹⁸. Há, faticamente, sistemas econômicos, educacionais, entre outros, de características nacionais ou regionais. Nesses casos, todavia, vínculos territoriais e culturais são, na maioria dos casos, menos acentuados dos relativos aos sistemas político e jurídico, sobretudo em virtude dos processos de globalização, que fazem da sociedade contemporânea uma sociedade mundial⁴⁹⁹.

Como qualquer outro sistema, o fechamento operativo do Direito corresponde a uma abertura cognitiva, ou seja, a capacidade do subsistema ser “irritado” pelo ambiente, local em que estão os outros subsistemas, os seres humanos, entre outros. No entorno está tudo aquilo que não faz parte do sistema. O Direito aprende com base em sua abertura cognitiva⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ A dicotomia *Recht/Unrecht* é traduzida em português – como também nos outros idiomas – com diferentes expressões. A mais divulgada é, provavelmente, *lícito/ilícito*. O termo possui correspondentes em francês (*légal/illégal*), em inglês (*legal/illegal*) e em italiano (*legale/illegale*). Contudo, o risco, nesse caso, é o de exprimir uma carga moral que não pertence ao sentido verdadeiro do código.

⁴⁹⁶ CORSI, 2005, p. XII.

⁴⁹⁷ Veja-se item 3.

⁴⁹⁸ LUHMANN, 2006, p. 125.

⁴⁹⁹ LUHMANN, 1997.

⁵⁰⁰ Mudança que “continua possível por indução interna, uma vez que certas consequências jurídicas já não são aceitáveis, ou mediante avaliação social do sentido de normas específicas.” (LUHMANN, 2016, p. 65)

Nesse aspecto, o conceito de acoplamento estrutural toma relevo por descrever a relação entre um sistema e as condições existentes no ambiente. O acoplamento é estrutural exatamente porque cada sistema continua funcionando com base em suas operações específicas e por meio de seu código único⁵⁰¹. No caso dos sistemas psíquicos, há acoplamento estrutural com os corpos. Não há cérebro sem pensamentos.

A Constituição é a ferramenta que realiza o acoplamento estrutural entre o Direito e a Política⁵⁰². Por meio dela é que os dois subsistemas funcionalmente diferenciados limitam suas mútuas influências e adquirem autonomia sem uma total independência entre ambos⁵⁰³. A Constituição garante a distribuição do poder, a separação de funções e as competências do sistema político e do sistema jurídico. Assim, a legislação, a administração política e a administração da justiça permanecem autônomas, e assim o fazem. Por um lado, utilizando-se dos princípios fundamentais do Estado e de sua estrutura organizacional, e, de outro lado, fazendo movimento idêntico com os direitos fundamentais, sendo ambas as etapas endereçadas a um Estado com estabilidade elevada⁵⁰⁴. Como sublinhado, isso não significa rigidez e/ou imutabilidade, tendo em vista as hipóteses (jurídicas) de alteração do texto constitucional e até mesmo suas possibilidades interpretativas por meio das Cortes e dos juízes.

Dessa maneira, o sistema político não prescinde do sistema jurídico porque sua legitimidade é justificada juridicamente. Enquanto o direito está aberto a mudanças futuras, implementadas pela política via Poder Legislativo, a Política e a administração do direito devem se relacionar uma à outra apenas de acordo com a Constituição⁵⁰⁵. Portanto, a positivação do direito e a democratização da política estão intimamente relacionadas⁵⁰⁶

⁵⁰¹ Os acoplamentos operativos são “acoplamentos de operações com operações” (LUHMANN, 2016, p. 348). Logo, os acoplamentos estruturais interferem somente nas estruturas. Não age, portanto, na autorreprodução dos sistemas envolvidos.

⁵⁰² LUHMANN, 1996. Veja-se também SCHWARTZ; COSTA, 2018.

⁵⁰³ Consulte-se CORSI, 2016.

⁵⁰⁴ De fato, é por meio da semântica dos direitos humanos e fundamentais que, na modernidade, é resolvido o paradoxo da soberania relativa à limitação do arbitrário. Os direitos humanos com referem-se ao entorno e o princípio da separação de poderes apresenta-se como mecanismo de autocontrole jurídico (LUHMANN, 2006, p. 767).

⁵⁰⁵ LUHMANN, 1996, pp. 111-113.

⁵⁰⁶ LUHMANN, 2006, p. 620. Cabe ressaltar que esse acoplamento estrutural existe somente no nível nacional devido à inexistência de uma constituição em nível inter ou transnacional: “o acoplamento estrutural dos sistemas político e jurídico sobre as Constituições não encontra correspondência alguma no nível da sociedade mundial.” (p. 463).

Essa ilustração do aparato teórico luhmanniano sobre os sistemas da Política é aparentemente abstrata e inaplicável a casos concretos e reais, nada mais distante da realidade. É de extrema importância para abordar o problema da judicialização da saúde de uma maneira não retórica ou idealista. Permite compreender a função *social* e os limites da Política e do Direito a partir das características determinadas por suas próprias estruturas.

3. A Constituição: o acoplamento estrutural do Direito e da Política

Dentro do exposto é a Constituição que correlaciona Direito e Política, fundamentando ambos os sistemas. A Constituição é uma “aquisição evolutiva” da modernidade⁵⁰⁷. Determina uma vantagem sem precedentes para os sistemas envolvidos, mantendo-os separados ao mesmo tempo em que aumenta suas possibilidades⁵⁰⁸. Essa forma de acoplamento

torna possível, em *ambos os* lados, para o sistema político e o jurídico, a *realização de graus de liberdade superiores*, assim como uma *notável aceleração da dinâmica própria de cada um desses sistemas* [...] Por meio de Constituições, chega-se então, em razão da *limitação* das zonas de contato de ambas as partes, a um *enorme incremento* de irritabilidade recíproca – maiores possibilidades, por parte do sistema jurídico, de registrar decisões políticas em forma jurídica, mesmo havendo mais possibilidades de a política se valer do direito para implementar seus objetivos⁵⁰⁹.

Ora, se o direito decide, ou, mais exatamente, *precisa* decidir porque qualquer demanda enseja uma decisão judicial garantida pela vedação do *non liquet*⁵¹⁰, a política *não precisa decidir*. Aliás, é o que ocorre na maioria das vezes. Ao sistema político, cabe decidir quais são as normas válidas e quais são as ações a serem realizadas nos mais diversos níveis da administração pública.

⁵⁰⁷ LUHMANN, 1996.

⁵⁰⁸ Por exemplo, a Constituição permite a distinção entre o direito constitucional e “outros direitos”, fornecendo, assim, uma base para o direito. Ademais, oculta o paradoxo no qual “o código direito/não-direito gera a constituição para que a constituição possa gerar o código” (LUHMANN, 1996, p. 96).

⁵⁰⁹ LUHMANN, 2016, p. 372. Para uma leitura sobre a perspectiva sociológica das Constituições, veja-se CORSI, 2001 e FEBBRAJO; CORSI, 2016.

⁵¹⁰ Os tribunais [...] por razões jurídicas, devem decidir sobre qualquer demanda que neles se apresente” (LUHMANN, 2016, p. 254).

O sistema político é responsável pela produção de decisões vinculativas necessárias para garantir a estabilidade. Precisamente por esse motivo é necessário estabelecer direitos fundamentais, a fim de limitar as tendências expansionistas do sistema político e para que o exercício da força e das decisões físicas permaneça legítimo (reconhecido pelos cidadãos), permitindo, ainda, suficientes espaços e níveis de liberdade para os indivíduos.

A função específica do sistema da Política é a de resolver aqueles que “não podem ser absorvidos por si só”. São os problemas “abertos” da sociedade para os quais não há resposta assertiva. Dessa maneira, a Política cumpre sua função reduzindo a complexidade “não apenas para si [...] mas, antes de tudo, para o ambiente”⁵¹¹.

Nessa linha de abordagem, os três vértices do sistema mencionado são (a) a política propriamente dita; (b) a administração – cargos políticos e administrativos – e (c) os cidadãos. A partir do século XX, com a concepção do Estado de Bem-Estar, à Política cabe realizar a inclusão política generalizada⁵¹². Não se trata, contudo, de uma tarefa “humanista”. Não se deve imaginar que o objetivo da política seja a realização do bem comum. O bem comum configura-se para o sistema da Política naquilo que a justiça é para o sistema jurídico: uma fórmula de contingência⁵¹³.

A autonomização (diferenciação) do sistema político é possibilitada pela identificação de um poder expresso no código superior/inferior que motiva a aceitação das decisões vinculativas. Já o código governo/oposição, garante o exercício do poder de maneira controlada. Veicula a possibilidade da troca de posições (do governo para a oposição e vice-versa) e garante a viabilidade da democracia.

Seguindo, democracia deve ser entendida não como soberania do povo sobre o povo (ou governo do povo) e muito menos como o princípio segundo o qual as decisões devem ser tomadas de maneira participativa. Ela é observada como a divisão do vértice governo/oposição. Assim sendo, democracia “não é um ideal, mas uma conquista política” altamente improvável, embora real⁵¹⁴. Como o Direito, a política moderna é

⁵¹¹ LUHMANN, 2014, pp. 38-41.

⁵¹² LUHMANN, 1981.

⁵¹³ LUHMANN, 2006, p. 371.

⁵¹⁴ LUHMANN, 1986.

independente da moral. O adversário não deve ser tratado como alguém inelegível, ou seja, o esquema de oposição do governo não deve ser sobreposto a um esquema moral⁵¹⁵.

Em síntese, a diferença entre a Política e o Direito, da maneira como é descrita pela teoria dos sistemas sociais, permite referir a não existência de “regra”, “um ideal de funcionamento da sociedade”, ao contrário. Descreve-se uma realidade complexa de maneira complexa. Identifica os elementos e os processos que caracterizam as diferentes esferas da sociedade, seus mecanismos de “comunicação” e a “troca” entre eles. Permite observar o improvável: a improbabilidade da sociedade em seu funcionamento “normal”, aquele que permite sua autorreprodução. É por essa razão que se torna possível identificar eventuais anomalias em casos específicos (judicialização da saúde).

4. Formas imperfeitas de diferenciação

O conceito de *autopoiese* é um elemento central no âmbito da Teoria dos sistemas. Formulado pelo biólogo Humberto Maturana para descrever a organização dos sistemas vivos⁵¹⁶, é retomado por Luhmann em um estágio já avançado da elaboração de sua teoria. Significa “autoprodução”. Indica que um sistema é o produto de si mesmo e que a operação por ele realizada representa uma condição para a produção de outras operações⁵¹⁷. Em outras palavras: o sistema é uma rede de processos de (auto) produção, na qual cada componente participa da produção ou transformação dos outros.

A autopoiese, portanto, caracteriza os sistemas sociais na medida em eles se distinguem por um tipo específico de operação e por seu fechamento operativo. Cabe observar que a autopoiese é uma condição total e absoluta. Um sistema ou é autopoietico ou não existe⁵¹⁸. A autopoiese garante a reprodução do sistema e, portanto, sua diferença

⁵¹⁵ LUHMANN, 1986.

⁵¹⁶ “*An autopoietic machine is a machine organized (defined as a unity) as a network of processes of production (transformation and destruction) of components which: (i) through their interactions and transformations continuously regenerate and realize the network of processes (relations) that produced them; and (ii) constitute it (the machine) as a concrete unity in space in which they (the components) exist by specifying the topological domain of its realization as such a network*” (MATURANA; VARELA, 1980, pp. 78-79 [em itálico no texto original]).

⁵¹⁷ LUHMANN, 2002a, pp. 110-111. Sobre o conceito de autopoiese, especificamente no sistema jurídico, veja-se FEBBRAJO; LIMA, 2017.

⁵¹⁸ CORSI, 2015c, p. 195.

em relação aos demais subsistemas: “Con base en su código los sistemas de funciones articulan su propia *autopoiesis* y únicamente así se lleva a cabo su diferenciación”⁵¹⁹.⁵²⁰

Mesmo assim, podem existir formas imperfeitas de diferenciação e que conseguem estar mais ou menos estáveis. Cabe lembrar que a diferenciação é um fenômeno concreto, uma regularidade que a teoria dos sistemas identifica. Não se trata um preceito normativo (uma regra ou algo desejável).

É possível definir os casos de diferenciação imperfeita no conceito “desdiferenciação”, ou, ainda, utilizando outras expressões, “corrupção sistêmica”, “bloqueio sistêmico” ou “poluição sistêmica”. Em resumo, as expressões referem-se a diferentes possíveis problemas relacionados (a) à “invasão” funcional de um sistema em relação a outro, (b) à sobreposição dos códigos de diferentes sistemas, (c) à falta de diferenciação entre um sistema e outro ou (d) à falta de diferenciação entre um sistema e seu ambiente.

Quando alguma dessas situações acontece, a autopoiese do sistema não acaba de forma permanente, uma vez que, caso contrário, não se poderia falar, exemplificando, de um sistema da Política ou do Direito. Admitir a cessação da autonomia colocaria em risco a autonomia de tais sistemas. O resultado, em termos de estruturas sistêmicas, é uma desdiferenciação com a perda de unidade e ameaça ao futuro do próprio sistema. Haverá efeitos no ambiente e, portanto, inclusive nos seres humanos.

Veja-se que no sistema autopoietico do direito há desdiferenciação quando uma decisão é tomada com base em critérios alheios à Direito: convencimentos morais, ideologias políticas, economia, entre outros. Nesses casos, os códigos de outros sistemas se sobrepõem ao código jurídico. O problema é que essas decisões condicionam as operações seguintes do sistema, como, por exemplo, uma decisão futura. Há consequências no próprio sistema mesmo – criação de um precedente jurisprudencial – e no ambiente – falta de confiança nos tribunais.

⁵¹⁹ LUHMANN, 2006, p. 596.

⁵²⁰ Com base em seu código, os sistemas de funções articulam sua própria autopoiese e essa é a única maneira de diferenciá-las. (LUHMANN, 2006, p. 596). Tradução nossa.

Tudo isso leva à reflexão do problema da *inclusão/exclusão* na sociedade. Ora, se a sociedade é feita de comunicação, os seres humanos podem ser incluídos unicamente como referências comunicativas⁵²¹ que participam (agem e comunicam) de forma diferente em cada sistema. Nesse sentido, paradoxalmente, casos de corrupção sistêmica podem ser entendidos como formas de inclusão. É dizer: tornam-se parte de um sistema para ter acesso a possibilidades e a recursos que de outra forma seriam impossíveis⁵²².

Ademais, em Luhmann, a corrupção na sociedade mundial contemporânea é também um problema moral exatamente porque “la autonomia de los sistemas funcionales – asegurada mediante codificaciones binarias propias – excluye la metarregulacion por medio de un supercodigo moral, y la misma moral acepta e incluso re-moraliza esta condición”⁵²³. Luhmann traz os exemplos do crime, do *doping* no esporte, do comércio de amor, dos dados falsos na pesquisa científica, entre outros, para indicar conflitos morais e corrupção sistêmica.

Por conseguinte, visto que não há na sociedade mundial um sistema de grau superior aos outros, a moral deve “ficar do lado” e sem afetar os códigos dos diferentes subsistemas. Portanto, atuar nos sistemas com base em parâmetros morais – distinções como bom/mau, ético/antiético, por exemplo – coloca em risco a autonomia dos sistemas e as suas “regras”. Nessa linha de raciocínio, condenar moralmente a judicialização com base na moral, embora seja fácil, não auxilia na resolução dos problemas relacionados aos efeitos da judicialização e à autonomia ameaçada do sistema jurídico.

Em suma, a desdiferenciação representa uma ameaça à estrutura e à sobrevivência dos sistemas, afetando também o ambiente (inclusive o ambiente humano). Então, conforme as observações de Luhmann, pode-se identificar a desdiferenciação como um perigo para o futuro da sociedade mundial, e também, achar possível e apropriado dizer que muitos casos observados e descritos como “judicialização da saúde” representem um perigo de desdiferenciação sistêmica. Em outras palavras: “judicialização da saúde” é uma descrição de um observador que relata sinais de possível desdiferenciação.

⁵²¹ LUHMANN, 2013.

⁵²² A respeito, veja-se, especialmente, LUHMANN, 2005, pp. 226-251.

⁵²³ A autonomia dos sistemas funcionais – garantida por suas próprias codificações binárias – exclui a meta-regulação por meio de um super código moral, e a própria moralidade aceita e até re-moraliza essa condição (LUHMANN, 2006, p. 826.) Tradução nossa.

É preciso, no entanto, tentar responder a uma outra pergunta: a judicialização acontece em função de um ativismo jurídico “fora de lugar” ou por outras razões? Ela corresponde ao resultado de um “excesso” do direito que invade a função da política ou às falhas do próprio sistema político? Para respondê-la é preciso aprofundar a questão da desdiferenciação. Luhmann colocou esse problema no começo da sua carreira (1965)⁵²⁴, identificando pelo menos dois casos de desdiferenciação, como lembra Nafarrate:

“a) La que se daría a partir de la decisión estructural (del sistema político) de regresión a un sistema social situado en una fase más baja de un desarrollo menos diferenciado (el nacional-socialismo p. ej.) y b) la que se daría a partir de la imposibilidad estructural de lograr el orden diferenciado (periferias de la modernidad), “dado que la diferenciación social es un proceso de desarrollo que ni puede forzarse en cada uno de sus pasos y deducirse de condiciones precedentes ni es tampoco presupuesto sin el cual no pueda sobrevivirse”⁵²⁵.

No primeiro caso, as tendências à instabilidade da política poderiam ser contrapostas com instituições específicas, destinadas para tal fim, e que realizem a separação de poderes e a separação da política da administração)⁵²⁶. O segundo caso é o que se aplicam às problemáticas propostas por este artigo. O Brasil é um caso de “periferia da modernidade” onde a diferenciação é incompleta?

Marcelo Neves, referindo-se à América Latina e, mais especificamente ao Brasil, introduziu o conceito de alopoiese⁵²⁷. Para o autor, diferentemente da modernidade ocidental funcionalmente diferenciada, “na modernidade periférica, à hipercomplexificação social e à superação do “moralismo”, fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico.”⁵²⁸

⁵²⁴ LUHMANN, 2002b.

⁵²⁵ O que seria dado a partir da decisão estrutural (do sistema político) de regressão a um sistema social localizado na fase inferior de um desenvolvimento menos diferenciado (nacional-socialismo, por exemplo), e b) o que seria dado a partir da impossibilidade estrutural de alcançar a ordem diferenciada (periferias da modernidade), “já que a diferenciação social é um processo de desenvolvimento que não pode ser forçado em cada uma das etapas e deduzido das condições anteriores, nem é um orçamento sem o qual não pode sobreviver. (NAFARRATE, 2013, p. 130.) Tradução nossa.

⁵²⁶ LUHMANN, 2002, p. 61.

⁵²⁷ NEVES, 1996b.

⁵²⁸ NEVES, 1996b, p. 98.

Nessa senda, a alopoiese do direito indica as “sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas que acabam impossibilitando a construção da identidade do sistema jurídico”. Como consequências, há os efeitos de destruição no plano interno e externo do Direito. Isso se deve a um “insuficiente fechamento operacional (autorreferência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico”⁵²⁹.

Concretamente, desses fatos podem resultar mudanças radicais nas estruturas normativas como a possibilidade de um período autoritário. O mais frequente, todavia, é a ocorrência do jogo de “interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa”⁵³⁰. Com isso, no Brasil, a diferenciação funcional não seria completamente realizada por causa de uma rotineira influência dos poderes políticos e econômicos no sistema jurídico.

Uma crítica importante ao pensamento de Neves é feita por Roberto Dutra, que recusa “uma suposta ausência ou imperfeição do processo de diferenciação das esferas e subsistemas sociais” (“déficit de modernidade”) devida à corrupção dos subsistemas “pelo particularismo de redes de relações pessoais e pela racionalidade econômica que invade as outras esferas”⁵³¹. De fato, não seria apropriado “conceber diferenças regionais entre “centro” e “periferia” como *diferenças absolutas*, ou seja, como se estivéssemos tratando de realidades de tipos distintos”. Nessa linha, “como a evolução da sociedade é aberta, pode haver tanto situações de equilíbrio entre diferentes sistemas funcionais, como situações de domínio de um sobre o outro – como a colonização econômica das demais esferas demonstra”⁵³².

⁵²⁹ NEVES, 1996b, p. 99.

⁵³⁰ NEVES, 1996b, p. 100.

⁵³¹ DUTRA, 2016, p. 77-78.

⁵³² DUTRA, 2016, p. 87-88.

Dessa forma, apoiando-se em Luhmann⁵³³, é viável afirmar que as possibilidades operativas resultantes da diferenciação funcional são condicionadas pela historicidade e pela especificidade local. Por essa razão, não faria sentido defender, como Neves advoga, uma “desdiferenciação funcional na América Latina”. Ao contrário, “é possível falar em “desdiferenciação funcional” quando, e somente quando, se identifica o desaparecimento da diferença entre um sistema funcional e seu ambiente”⁵³⁴. Exemplo: no caso economia *versus* política, quando a segunda é substituída nas suas operações pelo pagamento.

O afastamento de “uma concepção normativa de autopoiese”⁵³⁵ do qual deriva o conceito de alopoiese é recomendado também por Simioni e Salles Pinto. Para os autores “somente é possível observar que existem atos de corrupção em realidades regionais, isto é, uma desvinculação operativa do condicionamento, posto que haja autonomia do direito”⁵³⁶. Na visão deles, tratam-se de “problemas de inclusão e exclusão relacionados às possibilidades de condicionamento proporcionados pela diferenciação funcional mundial da sociedade”⁵³⁷. De fato, conforme já referido, um sistema existe ou não existe. Ou ele é um sistema autopoietico ou não é⁵³⁸.

Uma outra leitura das especificidades da diferenciação na América Latina é a de Aldo Mascareño. O autor chileno considera que nessa região do mundo há, por um lado, desempenhos e instituições formais, caracterizadas pela diferenciação funcional, e, de outro lado, operações informais das redes de estratificação e de reciprocidade para as

⁵³³ “Se trata, en otras palabras, de una limitación compleja e inestable de los condicionamientos (de inhibiciones y desinhibiciones, de una combinación de restricciones y oportunidades) dependientes de múltiples circunstancias. Vista así, la diferenciación funcional no es condición de posibilidad de las operaciones-de-los sistemas, sino más bien la condición de posibilidad de que ellos mismos se condicionen. De eso resulta a la vez una dinámica del sistema, que lleva a desarrollos extremadamente desiguales dentro de la sociedad mundial. Las regiones, por eso, se encuentran muy lejos ellas mismas de un equilibrio de la sociedad total y precisamente ahí radican las oportunidades de un destino propio —que no puede verse como una especie de versión-micro del principio de la diferenciación funcional. No obstante, de no existir el primado de este principio en el plano de la sociedad mundial todo sería distinto —y ninguna región puede sustraerse a esta ley.” (LUHMANN, 2006, p. 643).

⁵³⁴ DUTRA, 2016, p. 103.

⁵³⁵ SIMIONI; SALLES PINTO, 2017, p. 6.

⁵³⁶ SIMIONI; SALLES PINTO, 2017, p. 18. Na mesma linha, STAMFORD DA SILVA (2010, p. 143) afirma: “se a expectativa do brasileiro é que o direito não reage às influências econômicas e/ou políticas, significa que o direito brasileiro comunica essa dependência, ou seja, o acoplamento estrutural do direito da sociedade brasileira cora a política e a economia produz por expectativa que os interesses econômicos e políticos influenciam a decisão jurídica. Isso não elimina a leitura autopoietica do direito brasileiro, apenas registra que seus limites estão intimamente ligados aos interesses econômicos e políticos”.

⁵³⁷ SIMIONI; SALLES PINTO, 2017, p. 19.

⁵³⁸ “não se mostra observável um sistema social que seja mais ou menos autopoietico ou, ainda, alopoietico. Ou se observa sua autopoiese, ou não se a observa.” (SIMIONI; SALLES PINTO, 2017, p. 21).

quais a diferenciação funcional atua como “horizonte de inclusão”. Em seu argumento, o autor afirma que os procedimentos formais de inclusão social acabam exercendo violência, corrupção e coerção. Nesse sentido, seria apropriado falar de uma

trayectoria latinoamericana de la diferenciación funcional o, si se quiere, de la trayectoria latinoamericana de la modernidad: una tensión estructural entre diferenciación y desdiferenciación, y semántica entre diferencia y unidad; una asincronía del despliegue autorreferencial de sistemas y de las temporalidades de sistemas y redes, y un concepto de región que debe ser capaz de compatibilizar los eventos propios de sistemas diferenciados de la sociedad mundial con eventos semánticos y estructurales específicos de un espacio social.⁵³⁹

Assim, a desdiferenciação pode ser pensada não como característica absoluta, em total oposição à diferenciação, mas como uma dinâmica “normal” presente na ordem social em função de uma institucionalização carente das estruturas normativas (democracia, direitos fundamentais, Estado de direito) e cognitivas (oportunidades de educação, economia, tutela da saúde, tecnologia, etc.) da diferenciação funcional. Nessa perspectiva, casos de desdiferenciação acontecem de maneira mais ou menos regular, “producing thus an alternative form of social ordering that partially renounces to the structural transfers and convertibility barriers among systems”⁵⁴⁰.

Na América Latina a ordem social poderia ser descrita de maneira concêntrica. Os sistemas funcionais possuem níveis diferentes de autonomia e acabam por bloquear e inserir obstáculos para os demais. O resultado é uma difícil especialização das funções. Além disso, um sistema pode resultar dominante sobre os outros, um papel que, nessa região, tradicionalmente, é exercido pelo Estado. Nos países europeus, ao contrário, o processo de diferenciação da ordem social é de tipo policêntrico, isto é, os subsistemas operam de forma autônoma, estabelecendo pontes de comunicação entre eles para operar de maneira coordenada. Um efeito disso é que, nas ordens concêntricas, a diferença entre

⁵³⁹ Trajetória latino-americana de diferenciação funcional ou, se preferir, da trajetória latino-americana da modernidade: uma tensão estrutural entre diferenciação e desdiferenciação e semântica entre diferença e unidade; uma assincronia da implantação auto-referencial de sistemas e das temporalidades de sistemas e redes, e um conceito de região que deve ser capaz de conciliar os eventos de sistemas diferenciados da sociedade mundial com eventos semânticos e estruturais específicos de um espaço social (MASCAREÑO, 2010.) Tradução nossa.

⁵⁴⁰ Produzindo assim uma forma alternativa de ordenamento social que renuncia parcialmente às transferências estruturais e barreiras de conversibilidade entre sistemas (MASCAREÑO, 2015.) Tradução nossa.

sistema e ambiente está sujeita a maiores problemas de consolidação do que nas realidades policêntricas⁵⁴¹.

Mascareño relata que a autopoiese é um processo incompleto no plano das suas operações⁵⁴², pois os sistemas funcionais sempre necessitam de um ambiente – o outro lado da *forma*⁵⁴³ – para poderem existir. Assim, o ambiente, de maneira contínua, fornece elementos necessários para a operação do sistema. Tal ocorrência se dá no formato de “irritações”, por meio das quais o sistema implementa a complexidade externa (abertura cognitiva)⁵⁴⁴.

Nessa esteira, o valor reflexivo do código resulta fundamental. Enquanto o valor positivo estabiliza a autopoiese do sistema, o valor negativo que estimula a conectividade⁵⁴⁵ da autopoiese do sistema⁵⁴⁶. Por isso é importante que a conectividade da autopoiese não reprima a abertura do sistema, exatamente porque o sistema precisa “aprender” e adaptar-se às mutações do ambiente. Essa incompletude da autopoiese permite, assim, uma maior criatividade dos sistemas, complexificando-os.

Para os propósitos do presente artigo, tais considerações são relevantes, na medida em que o código negativo indica possíveis violações do direito, as quais, em uma sociedade cada vez mais complexa, são, na maioria das vezes, novidades. Desse modo, restam algumas perguntas: a judicialização da saúde resulta em uma “irritação” que estimula o direito na direção do aumento da sua complexidade? De uma forma ainda mais radical, é possível que a desdiferenciação – pelo menos em alguns casos – represente uma “irritação” relevante?

Alguns pressupostos para responder às perguntas são necessários. Conforme Luhmann, a autonomia (diferenciação) do sistema do direito é uma necessidade do sistema social mundial. São os direitos fundamentais⁵⁴⁷ que permitem a manutenção da ordem social diferenciada. Eles previnem a regressão às fases anteriores de

⁵⁴¹ MASCAREÑO, 2003, p. 9-15.

⁵⁴² MASCAREÑO, 2016.

⁵⁴³ Sobre o conceito de forma, central na teoria dos sistemas, veja-se SPENCER-BROWN, 2014.

⁵⁴⁴ “la irritación designa un momento de indeterminación, una simultaneidad de presencia y ausencia: presencia interna de algo externo que está ausente en el interior pero también presente de otro modo.” (MASCAREÑO, 2016, p. 14).

⁵⁴⁵ Exemplo: o *Unrecht*, ou seja, a transgressão da lei, que estimula (“irrita”) o sistema jurídico.

⁵⁴⁶ MASCAREÑO, 2016, p. 11.

⁵⁴⁷ LUHMANN, 2002b.

desenvolvimento da sociedade. Seguindo, mesmo que o Brasil, país periférico, possua características particulares que impeçam uma “plena e perfeita” diferenciação dos diferentes subsistemas, descrever a judicialização da saúde de forma geral e não detalhada, pode impedir observações mais profundas sobre as dinâmicas dos sistemas do Direito e da Política.

A questão final se põe: a judicialização da saúde, mesmo significando, em alguns casos, desdiferenciação, ocorre em função de uma invasão do direito no papel da política ou representa um “mal necessário” para “reparar” as falhas do sistema da Política?

5. As sobreposições entre o Direito e a Política no Brasil e seus reflexos no direito à saúde

O Brasil constitui-se como pertencente à “periferia da modernidade”. Inexistem dúvidas de que a forma concreta do desenvolvimento moderno (diferenciação funcional) no país tem características específicas. Logo, torna-se defensável falar de “modernidade seletiva”⁵⁴⁸ sem com isso indicar uma situação de “inferioridade” ou de “subdesenvolvimento” em comparação com a realidade europeia. É apenas uma diferença. Daí a impossibilidade de se adotar uma concepção homogênea da modernidade que, contudo, não nega a plausibilidade da modernidade no sentido da teoria dos sistemas⁵⁴⁹.

Dessa maneira, é nas características peculiares da história e da realidade institucional do Brasil o local onde se devem buscar possíveis explicações e as origens da judicialização da saúde no país. Nesse sentido, não é possível esquecer que a democracia

⁵⁴⁸ Essa “modernidade seletiva” apresenta-se como o produto da “ausência de uma esfera moral autônoma” comparável a que se desenvolveu nos países centrais. Isso “faz com que recrudescam os traços personalistas, a dominação pessoal e a violência como forma de mediação social” e do “passado escravista recente” [...] A conjugação desses dois aspectos, direcionados à seletividade da formação social do Brasil moderno, permite compreender os entraves à imposição do direito como forma de mediação social no País” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 327).

⁵⁴⁹ Nesse sentido, a teoria dos sistemas “somente se operacionaliza adequadamente quando as especificidades inerentes à formação social brasileira não são desconsideradas, o que implica não apenas a rejeição de uma transposição direta da teoria, mas, sobretudo, uma mediação apropriada que refute a concepção homogeneizada da modernidade e reconheça a autenticidade das diversas vias que conduzem à sociedade moderna que, por sua vez, também não é um todo homogêneo ou passível de ser enquadrado, em termos programáticos, a partir de um mesmo devir histórico. As sociedades são essencialmente diferentes e essas diferenças se refletem na constelação de fatores que fazem com que cada uma delas seja única, em meio ao que é comum a todas.” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 395).

brasileira é bastante jovem, sendo a Constituição do 1988 o marco da retomada democrática no país.

A Constituição de 1988, portanto, expressa valores e ideais a serem realizados ao longo do tempo. Tal fato não depende do fato de a constituição brasileira ser (ou não) uma constituição simbólica⁵⁵⁰. Trata-se, de fato, de uma característica constante de qualquer constituição. Todas elas contêm valores que representam “pedras angulares sagradas da civilização contemporânea”. Por essa mesma razão, podem pagar o preço da impossibilidade de definirem permanentemente seu conteúdo⁵⁵¹. Daí o intrínseco caráter simbólico dos valores e dos princípios. O manejo de ambos é uma tarefa bastante difícil em termos operacionais⁵⁵².

Não se esqueça do fato de que as políticas públicas brasileiras a partir da década de noventa do século passado têm sido políticas “de planejamentos setoriais”. Como as comunicações sociais são muito mais velozes do que a velocidade do planejamento político, a produção legislativa não consegue ser tão veloz quanto as flutuações sociais. Dessa constatação, surgem inevitáveis demandas que se traduzem em processos judiciais, porque, em sentido generalizado, o sistema político pode ser descrito “como um sistema de promessas não cumpridas”⁵⁵³.

O direito à saúde talvez seja o exemplo mais bem-acabado de tal afirmação. Veja-se: na era democrática, a maioria das matérias legislativas referente à saúde (89%) foi aprovada pelo Executivo e não pelo Legislativo⁵⁵⁴. Em outras palavras: devido a um Legislativo inoperante e focado nos “interesses privados das corporações profissionais, das representações dos prestadores de serviço, do setor produtivo da saúde e dos múltiplos movimentos sociais, em detrimento dos interesses públicos” – decorre a ampliação da

⁵⁵⁰ NEVES, 1994.

⁵⁵¹ CORSI; MARTINI, 2018b.

⁵⁵² CORSI, 2001, p. 184.

⁵⁵³ SIMIONI, 2006, p. 131-132.

⁵⁵⁴ “A análise da atuação do Executivo e Legislativo nos vinte anos após a CF88 leva a uma conclusão dura acerca do papel que ocupa a política de saúde na agenda de Estado brasileiro. O projeto constituinte de garantia do direito universal e integral à saúde encontra-se num cenário muito distinto daquele que o definiu. Os anos noventa deixaram como herança um Estado esfacelado, privatizado e com baixa capacidade de resposta. No âmbito social, acentuaram-se as desigualdades. Na saúde, concorrem dois sistemas de saúde fortes, o SUS e o sistema privado. Embora tenham ocorrido mudanças importantes na atuação federal, durante todo o período não se configurou um projeto positivo abrangente para o Ministério da Saúde, orientado por finalidades coerentes com as diretrizes da Reforma Sanitária, que seriam, no mínimo, a inserção da saúde num novo modelo de desenvolvimento e numa lógica de proteção social abrangente; a busca da consolidação dos princípios e diretrizes do SUS no território nacional e a redução das desigualdades em saúde.” (WARGAS DE FARIA BAPTISTA, 2009, p. 836).

atividade jurídica “num contexto de restrições e baixa capacidade do Estado (nos três níveis de governo) em responder aos problemas de saúde, ganhou destaque a ação do Judiciário e a do Ministério Público.”⁵⁵⁵

Esses elementos parecem sustentar a ideia fundamental do presente trabalho: a realidade brasileira confirma o argumento luhmanniano de que a Política não necessita decidir. Como o sistema do Direito, obrigatoriamente, decide, o direito à saúde passa a ser judicializado até mesmo porque a saúde como direito de todos e dever do Estado é um dos elementos históricos que fundam o resgate da democracia no país.

Nessa linha de raciocínio, inclusive para preservar sua diferenciação funcional, o poder judiciário brasileiro mostra atento, receptivo e, em muitos casos, favorável às razões dos requerentes. Referir algo contrário a tal realidade é secundário pela simples razão de que em sistema autopoietico o direito⁵⁵⁶ precisa decidir (*non liquet*). Dessa forma, na medida em que o sistema político resulta carente e não cumpre suas funções, cabe ao direito a tarefa de decidir. De fato, pode-se afirmar que, no Brasil “torna-se necessária a possibilidade da “judicialização” dos direitos fundamentais para que o Poder Judiciário possa auxiliar na sua concretização quando o Executivo falha ou se omite”⁵⁵⁷.

Essa realidade é compatível com a teoria da diferenciação funcional, porque na medida em que a sociedade se diferencia e se desenvolve, passam a existir, em seu interior, diferentes subsistemas com distintas funções. Intensificam-se, ao mesmo tempo, as autonomias parciais e as interdependências⁵⁵⁸.

À evidência que o argumento pode conduzir a um problema mais amplo indicado por Luhmann: os encargos que os sistemas parciais se atribuem mutuamente podem extrapolar o limite de capacidade de adaptação estrutural dos sistemas funcionais. Tal fato pode prejudicar a própria diferenciação e gerar resultantes desequilíbrios. Em última análise, essa realidade coloca em dúvida o próprio conceito de “modernização”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ WARGAS DE FARIA BAPTISTA, 2009, p. 836.

⁵⁵⁶ Para um sumário a respeito do sentido de autopoiese no Direito, consulte-se ROCHA, 2009.

⁵⁵⁷ SCHWARTZ; RIEGER TEIXEIRA, 2011, pp. 55-56.

⁵⁵⁸ NAFARRATE, 2013, p. 147.

⁵⁵⁹ LUHMANN, 2006, p. 861.

Finalmente, cabe recordar que mesmo na hipótese de o Judiciário interferir nas políticas públicas de saúde, tal pressão pode ser positiva ou negativa⁵⁶⁰. Contudo, deve-se lembrar que o direito “only acts when provoked”⁵⁶¹. Assim, o problema central seria o de evitar as irritações que impulsionam sua intervenção. O direito intervém para assumir uma complexidade médica e sanitária que o sistema político é incapaz de – ou não deseja – assumir.

⁵⁶⁰ GONÇALVES MENICUCCI; MACHADO, 2010, p. 61-62.

⁵⁶¹ Somente age quando provocado (GONÇALVES MENICUCCI; MACHADO, 2010, p. 62.) Tradução nossa.

Considerações Finais

Nesse trabalho buscou-se recolher argumentos que comprovassem a plausibilidade da ideia de que a judicialização da saúde no Brasil não se constitui em uma anomalia devida – inteiramente ou em grande parte – aos excessos do judiciário. Defendeu-se, ao contrário, que a razão principal é atribuível às falhas da política. Quando ela não decide ou demora para decidir o direito intervém.

Essa atuação do Judiciário acontece por duas razões: a) os direitos fundamentais, base do direito positivo moderno afirmados nas constituições, são direitos subjetivos que devem deixar “aberto” o futuro e garantir as possibilidades de inclusão dos indivíduos⁵⁶². Desse modo, o acesso ao judiciário é um direito – de todos – à inclusão no mesmo sistema jurídico; b) quando chamado a decidir, é defeso ao Direito não decidir (*non liquet*).

Nesse sentido, a judicialização da saúde, em si, não é algo que deveria ser descrito como “anormal” ou impróprio. Também não pode possuir um verniz moral. Como o judiciário decide, favorecendo quais tipos de recorrentes, julgando oportunas ou não quais categorias de demandas, entre outros – é tema fora do alcance os objetivos deste artigo.

É necessário, à evidência, levar em consideração as especificidades do direito constitucional brasileiro no que diz respeito à judicialização da saúde no STF e em outras cortes, porque o papel reservado à Constituição e à Política é muito elevado nesse contexto:

o texto constitucional de 1988 não se limita a organizar juridicamente o poder, nem a arrolar os direitos civis, políticos e sociais do cidadão, assegurando o espaço da liberdade individual; ele vai muito além disso, ao estipular os objetivos, princípios e agentes com base nos quais o Estado deve formular e executar políticas públicas e, portanto, prescreve-lhe obrigações positivas.⁵⁶³

Dito de outra forma: a Constituição Federal formula expectativas bastante altas endereçadas à Política. Acaso a Política não consiga cumprir suas funções, as garantias

⁵⁶² LUHMANN, 2002.

⁵⁶³ MINHOTO, 2007/2008, p. 51.

últimas passam a ser função do Direito, sendo tal afirmação correta para todos os direitos sociais, em especial, para o direito à saúde⁵⁶⁴.

A sociedade moderna, inclusive em contextos “periféricos”, é uma sociedade diferenciada funcionalmente. Não se trata de uma prescrição normativa. É uma descrição. Como a teoria dos sistemas sociais é uma teoria descritiva, ela consegue identificar as esferas da sociedade e cada uma dela com suas lógicas e com suas funções (latentes e manifestas).

Com tal afirmação não se defende que a teoria dos sistemas sociais é imune às críticas acaso a crítica seja no sentido de apontar o observável e aquilo que pode ser descrito em um âmbito de “margens de manobra”⁵⁶⁵. Exatamente por isso é preciso aceitar que, junto com a diferenciação funcional, sempre haverá exclusões, e que as periferias não podem ser eliminadas, impondo-se-lhes a modernidade⁵⁶⁶. Ao mesmo tempo, é necessário compreender como os diferentes sistemas operam nas situações concretas e a partir de quais condicionamentos regionais específicos. Nessa linha de raciocínio, tentar compreender a judicialização da saúde no Brasil revela-se um caminho para observar não exatamente uma “anomalia”, e sim, uma “improbabilidade”.

⁵⁶⁴ Os “pontos cardiais do marco jurídico constitucional” são: “1. a concepção abrangente de saúde, com ênfase nas noções de risco e de prevenção; 2. o vínculo entre o direito à saúde e o princípio da justiça como igualdade, prevendo o acesso universal aos serviços; 3. e a instituição do SUS” (MINHOTO, 2007/2008, p. 52).

⁵⁶⁵ LUHMANN, 2002a.

⁵⁶⁶ CORSI, 1998, p. 39.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ANDIA, Tatiana S.; LAMPREA, Everaldo. Is the judicialization of health care bad for equity? A scoping review. **International Journal for Equity in Health**, 18 (61), 2019.
- ARAUJO, Liliam M. et al. Judicialization health: a review of the literature. **Revista de Enfermagem da UFPI**, 2 (2), p. 49-54, Apr-Jun 2013.
- ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, n. 13, p. 35-44, jul./set. 1970.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: Franco Angeli, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 15, p. 13-38, 2007.
- BRYSON, Giulia. Justice as a Kontingenzformel: a hard case in Luhmannian reception history?. *In*: FEBBRAJO, Alberto; GAMBINO, Francesco (Eds.). **Il diritto frammentato**. Milano: Giuffrè, 2013. p. 309-335.
- CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2011.
- CORSI, Giancarlo. Inclusione. La società osserva l'individuo. **Teoria sociologica**, 1, p. 279-301, 1993.
- CORSI, Giancarlo. Redes de la exclusion. *In*: **Redes de inclusión. La construcción social de la autoridad**, F. CASTAÑEDA SABIDO, Fernando; CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angelica (Eds.). **Ciudad de México**: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p. 29-42.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 39, p. 169-189, 2001.

CORSI, Giancarlo. Prefazione. *In*: LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Milano: Paravia Bruno Mondadori, 2005.

CORSI, Giancarlo. Levando o indivíduo a sério. A relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. **Tempo social**, 27, 2, p. 181-198, 2015a.

CORSI, Giancarlo. Introduzione. Malattia e salute: il contributo della teoria dei sistemi. *In*: (Ed.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: FrancoAngeli, 2015b. p 9-39.

CORSI, Giancarlo. The Concept of Autopoiesis: Its Relevance and Consequences for Sociology. **Constructivist Foundations**, v. 10, n. 2, p. 194-196, 2015c.

CORSI, Giancarlo. The Constitution in the Work of Niklas Luhmann. *In*: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (Eds.). **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**. Abingdon-New York: Routledge, 2016. p. 259-263.

CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica-Unicuitiba**, v. 1, p. 62-75, 2018a.

CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della *judicialização da saúde* in Brasile. **Sociologia del diritto**, n. 3, 2018b, p. 29-44.

DIZIONARIO ONLINE TRECCANI. Corruzione. Disponibile em:
<http://www.treccani.it/vocabolario/corruzione/>.

DUTRA, Roberto. Diferenciação Funcional e a Sociologia da Modernidade Brasileira. **Política & Sociedade**, v. 15, n. 34, p. 77-109, 2016.

FEBBRAJO, Alberto. Come regolare il futuro della società. L'eterna sfida del diritto. *In*: CORBISIERO, Fabio; RUSPINI, Elisabetta (Eds.). **Sociologia del futuro. Studiare la società del ventunesimo secolo**. Padova, CEDAM, 2016. p. 103-130.

FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo. **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective** (Eds.). Abingdon-New York: Routledge, 2016.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Rister de Sousa Fernando. Autopoiese. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA DE AZEVEDO, Alvaro; FREIRE,

André Luiz (Eds.). **Enciclopédia Jurídica da Pucsp. Teoria Geral e Filosofia do Direito**, 2017. p. 2-18.

FLEURY, Sonia Maria Teixeira. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 14, n. 3, Rio de Janeiro, p. 743-752, 2009.

FORSTER, João Paulo K.; DAGASH, Najwa. DA SILVA, Paula Franciele. O direito à saúde e a dispensação judicial de medicamentos no Brasil: a ferramenta E-Natjus. *In*: MARTINI, Sandra Regina; MACHADO STURZA, Janaína; FINCO, Matteo. **Direito à saúde: ponte para a cidadania**. O Movimento entre os Saberes. A Transdisciplinaridade e o Direito - Vol. XII. Porto Alegre: Evangraf, 2019. p. 148-164.

GEBRAN NETO, João Pedro. Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. *In*: SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 99-130.

GONÇALVES MENICUCCI, Telma Maria; MACHADO, José Angelo. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. **Brazilian political science review**, v. 4, n. 1, p. 33-68, 2010.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, 2019; Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/em-uma-decada-judicializacao-da-saude-publica-e-privada-cresce-130.shtml>.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2009.

FERRAZ, Octavio Luz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?. **Health and Human Rights**, vol. 11, n. 2, p. 33-45, 2009.

FERRAZ, Octavio Luz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. **South Texas Law Review**, Vol. 89, n. 7, p. 1643-1668, 2011.

LAMPREA, Everaldo. The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective. **Annual Review of Law and Social Science**, 13, p. 431-449, 2017.

LIMA, Rister de Sousa Fernando. Atuação da Suprema Corte Brasileira no Direito à Saúde: Simbólica ou Efetiva?. *In*: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Marcio (Eds.). **Sociologia do Direito. Teoria e práxis**. Curitiba: Juruá, 2015a. p. 81-102.

LIMA, Rister de Sousa Fernando. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2015b.

LIMA, Rister de Sousa Fernando. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista de Direito GV**, vol. 12, n. 3, p. 691-717, 2016.

LIMA, Rister de Sousa Fernando. **Decisões do STF em Direito à Saúde: Aspectos Econômicos e Políticos**. São Paulo: Almedina, 2020.

LIMA, Rister de Sousa Fernando; FINCO, Matteo. Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 13, n. 2, p. 395-420, 2019^a.

LIMA, Rister de Sousa Fernando; FINCO, Matteo. **Há limite econômico para a intervenção do judiciário na saúde pública?**. Curitiba: Juruá Editora, 2019b.

LIMA, Rister de Sousa Fernando; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Por uma descrição da justiça em Luhmann. **Revista Direitos Culturais**, v. 14, n. 33, p. 251-275, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat**. München: Günter Olzog Verlag, 1981.

LUHMANN, Niklas. **Funktion der Religion**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

LUHMANN, Niklas. Die Zukunft der Demokratie. *In*: Akademie der Künste Berlin. **Der Traum der Vernunft: Vom Elend der Aufklärung. Eine Veranstaltungsreihe**. Darmstadt/Neuwied: Zweite Folge, 1986. p. 207-217.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Bologna: il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. Die Form „Person“. *In*: **Soziologische Aufklärung. Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch**. Westdeutscher Verlag: Opladen, 1995. p. 142-154.

- LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Eds.). **II futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-127.
- LUHMANN, Niklas. Globalization or World society: How to conceive of modern society?. **International Review of Sociology**, 7, 1, p. 67-79, 1997
- LUHMANN, Niklas. **Einführung in die Systemtheorie**. (Ed.) D. Baecker. Heidelberg: Carl Auer, 2002a.
- LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzioni**. Bari: Dedalo, 2002b.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. Inclusão e exclusão. *In*: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Eds.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: UFMG, 2013.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia política**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. O código da medicina. *In*: MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARÍAS, Raul (Eds.). **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a. p. 55-67.
- LUHMANN, Niklas. Inflação das demandas no sistema das doenças. Uma tomada de posição do ponto de vista da teoria da sociedade. *In*: MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARÍAS, Raul (Eds.). **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b. p. 68-87.
- MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, 9, 2 p. 65-72, 2008.
- MASCAREÑO, Aldo. Teoría de sistemas de América Latina. Conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica. **Persona y Sociedad**, XVII (2), 2003, p. 9-26.
- MASCAREÑO, Aldo. Introducción. *In*: **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010.

- MASCAREÑO, Aldo. The Limits of Functional Differentiation Under Populist Rule in Latin America [online], 2015; Disponível em: https://www.academia.edu/24748558/The_Limits_of_Functional_Differentiation_under_Populist_Rule_in_Latin_America.
- MASCAREÑO, Aldo. La incompletitud de la autopoiesis. Irritación, codificación y crisis. **Metapolítica**, 20 (92), p. 26-35, 2016.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living**. Dordecht-Boston-London: D. Reidel Publishing Company, 1980.
- MERTON, Robert K. **Social Theory and Social Structure**. Glencoe, IL: Free Press, 1957.
- MINHOTO, Laurindo Dias. Paradoxos da proteção jurídica da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 8, n. 3, pp. 49-62, Nov. 2007/Fev. 2008.
- NAFARRATE, Javier T. La Des-Diferenciación Como Consecuencia de la Diferenciación por Funciones de la Sociedad en la Teoría de Luhmann. **Campo Jurídico**, vol. 1, n. 2, p. 127-156, 2013.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. Costitucionalização simbólica e decostitucionalização fática. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 132, Out./Dez. 1996a, p. 321-330.
- NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 37, 1996b, p. 93-106.
- OMS. Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS, 1946.
- OMS. Declaração de Alma-Ata. 6-12 set. 1978.
- PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol.15, n.5, p. 2405-2414, 2010.
- DA SILVA WEBBER, Suelen. **Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais**. Curitiba: Juruá, 2013.

- PALADINO, Carolina De Freitas. Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. **Direito e Democracia**, v.9, n.1, p. 90-108, jan./jun. 2008.
- PARSONS, Talcott; SHILS, Edward A. (Eds.). **Toward a General Theory of Action**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1951.
- PERLINGEIRO, R., La «riserva del possibile» (vorbehalt des möglichen) costituisce un limite all'intervento giurisdizionale nelle politiche pubbliche sociali?. **Giustizia Amministrativa. Rivista di Diritto Pubblico**, v. XI, 2014.
- ROCHA, Leonel Severo. A produção autopoietica do sentido do direito. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 13-26, jul./dez. 2009.
- SCAFF FACURY, Fernando. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Verba Juris**, a. 4, n. 4, p. 79-104, jan./dez. 2005.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- SCHWARTZ, Germano. A reserva do possível no Direito à Saúde: uma falácia aplicável no Brasil?. **Estado de Direito**, p. 19, março-abril 2009.
- SCHWARTZ, Germano; da COSTA, Renata Almeida. As Constituições em tempo de transformações sociais: o acoplamento entre o direito e a política. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 3, n. 52, p. 374-395, 2018.
- SCHWARTZ, Germano; LEMOS, Rafaela G. O poder judiciário gaúcho e a reserva do possível no direito à saúde. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 5, n. 2, p. 167-190, 2010.
- SCHWARTZ, Germano; RIBEIRO, Douglas. Teoria dos sistemas autopoieticos e constituição: Luhmann e o Supremo Tribunal Federal, **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 41, n. 3, p. 206-229, 2017.
- SCHWARTZ, Germano; RIEGER TEIXEIRA, Vitor. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, 11 (1), p. 43-60., jan./jun. 2011.

SIMIONI, Rafael. A sublimação jurídica da função social da propriedade. **Lua Nova**, São Paulo, 66, pp. 109-137, 2006.

SIMIONI, Rafael; SALLES PINTO, João Paulo. Corrupção e diferenciação funcional: da alopoiese à autopoiese do direito no Brasil. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 4-22, 2017.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. Leipzig: Bohmeier Verlag, 2014 (1969).

STAMFORD DA SILVA, Artur. Decisão jurídica e mudança social. Para uma sociologia da decisão jurídica. **Confluências- Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 11, n. 1, p. 121-150, 2010.

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

WANG, Daniel W.L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV** [online], v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>.

WANG, Daniel W.L. Right To Health Litigation In Brazil: The Problem And The Institutional Responses, **Human Rights Law Review**, v. 15, 2015, p. 617-641.

WARGAS DE FARIA BAPTISTA, Tatiana et al. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 3, Maio/Junho 2009, p. 829-839.

ZÖLLNER IANNI, Aurea Maria. Questões Contemporâneas sobre Natureza e Cultura: notas sobre a Saúde Coletiva e a Sociologia no Brasil. **Saúde e Sociedade**, USP, São Paulo, v. 20, n.1, p. 32-40, 2011.