

ano 22 – n. 89 | julho/setembro – 2022

Belo Horizonte | p. 1-286 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i88

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde

The Law and Policy in the Supreme Court Judgments about on right to health

Fernando Rister de Sousa Lima*

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
fernando.lima@mackenzie.br

Recebido/Received: 20.07.2020/July 20th, 2020.

Aprovado/Approved: 12.05.2022/May 12th, 2022.

Resumo: A pesquisa analisará decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) em direito à saúde com o objetivo de identificar se a troca comunicacional materializada na citada corte – entre os sistemas político e jurídico – se deu no sentido de respeitar ao mesmo tempo a operação fechada e a cognição aberta da política e do direito. O texto utilizou para a pesquisa fontes bibliográficas e documentais. A pesquisa adota como premissa epistemológica a teoria dos sistemas da lavra de Niklas Luhmann. As fontes bibliográficas serão coletadas em fontes diretas e indiretas – diretas, as de autoria do próprio Luhmann; e as indiretas, de seus comentadores. Como fontes documentais, refere-se às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Supremo Tribunal Federal. Niklas Luhmann. Teoria dos sistemas. Pesquisa jurisprudencial.

Abstract: The research analyzed decisions of the Supreme Court on the right to health in order to identify if the structural coupling materialized in said Court - between political and legal systems - it has to respect the same time the transaction closed and open cognition Policy and Law. Theoretical analysis was carried out through the Theory of Niklas Luhmann systems. It was concluded that the legal code overrides the policy code of favor its closed operation (binarity).

Como citar este artigo/*How to cite this article*: LIMA, Fernando Rister de Sousa. Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 75-112, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1418.

* Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação (mestrado/doutorado) e do Núcleo de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP, Brasil). Professor do Departamento de Teoria Geral do Direito da PUC-SP. Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor Responsável pela Cátedra de Teoria do Direito da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP. Membro Internacional do Colégio Docente do Doutorado em Direito da *Università degli Studi di Firenze*. E-mail: fernando.lima@mackenzie.br.

Keywords: Right to health. Supreme Court. Niklas Luhmann. Systems theory. Jurisprudential research.

Sumário: **1** Introdução – **2** Hipóteses de pesquisa – **3** As comunicações jurídicas e políticas nas decisões do Supremo Tribunal Federal em direito à saúde – **4** Análise parcial das decisões do Supremo Tribunal Federal – **5** Do resultado da pesquisa – **6** O que está por trás da autorreferência do Supremo Tribunal Federal? – Referências

1 Introdução

O texto relata parte dos resultados de projeto de pesquisa de pós-doutoramento desenvolvido no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP (DFD-USP) – Largo de São Francisco, cujo objetivo é, a partir do marco teórico desenvolvido por Luhmann, identificar se a seletividade produzida no acoplamento estrutural realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em decisões pré-selecionadas preserva ao mesmo tempo a operação fechada e a cognição aberta dos sistemas jurídico e político. Parte-se do pressuposto de que a citada corte materializa um acoplamento estrutural entre esses sistemas ao enfrentar os litígios em direito à saúde.

O diálogo entre os sistemas jurídico e político será empiricamente observado no âmbito da argumentação do inteiro teor das decisões em análise. Cada sistema diferenciado (jurídico ou político) opera com sua própria comunicação. Essa comunicação diferenciada une os sistemas parciais sob a respectiva binariedade: no caso do direito, lícito/ilícito; no caso da política, governo/oposição. Ao julgar o direito à saúde, o STF acaba tornando-se o espaço do acoplamento estrutural realizado pela Constituição Federal. Isso porque, ao julgar um litígio a partir de um cotejo constitucional, a corte materializará a troca comunicacional entre a política e o direito.

A pesquisa, que, metodologicamente, se apoia em fontes bibliográficas e documentais, adota como premissa epistemológica a teoria dos sistemas, da lavra de Niklas Luhmann. A partir disso, o objeto de pesquisa será analisado mediante os pressupostos descritivos da sua teoria da sociedade e, especialmente, da sua teoria do direito. Como fontes documentais, utilizará as decisões do Supremo em direito à saúde.¹ A análise das decisões judiciais identificará se a operação comunicacional operada pela corte se deu no sentido de manter a autorreferência operacional e a abertura cognitiva dos sistemas político e jurídico ou se, por outro lado, a relação travada sobrepõe um dos sistemas à comunicação do outro, infringindo, assim, a respectiva comunicação sistêmica.

A partir de precedentes judiciais da Suprema Corte brasileira, publicados diretamente no seu sítio eletrônico (www.stf.gov.br), realizou-se um levantamento documental parcial. A busca dos acórdãos no citado sítio eletrônico teve como expressão-chave “direito à saúde”. O resultado foi um levantamento inicial de

¹ SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 123; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo*. São Paulo: Método, 2015. p. 98-104.

845 acórdãos, os quais paulatinamente vêm sendo analisados no curso de pós-doutorado, de modo a identificar apenas aqueles que servirão à resolução do problema proposto na pesquisa.²

A abordagem da análise das decisões é a qualitativa, em detrimento da quantitativa. O critério para escolha dos acórdãos a serem estudados em profundidade é justamente a possibilidade de visualização, pela leitura de seu inteiro teor, da comunicação entre os sistemas político e jurídico. Com efeito, a escolha da matéria-prima observada será a visibilidade do acoplamento estrutural operacionalizado pelo STF, de modo a permitir que a Constituição Federal seja vista efetivamente como responsável pelo choque comunicacional entre os dois sistemas em questão e, por conseguinte, pela demarcação de limites funcionais impostos no decorrer desse processo comunicacional.

As decisões da Suprema Corte brasileira mencionadas linhas atrás se tipificam como um choque comunicativo. Por isso mesmo, referidas decisões formam o núcleo do material empírico da presente investigação.

O fenômeno de evolução social é descrito pela teoria dos sistemas, por meio de trocas comunicativas internas e externas aos subsistemas parciais diferenciados. As comunicações que advêm do externo sob outro binário acabam por irritar o subsistema cujo interior processará a comunicação externa, transformando-a em comunicação interna e, ao mesmo tempo, codificando-a ao seu binarismo. Provoca-se, então, nova seleção para atingir a estabilização, o que motiva a evolução social.³

Para Luhmann, a Constituição é a grande responsável pelo acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, que propiciará uma relação comunicacional entre ambos, que os sensibilizará por meio da comunicação recíproca, além, é claro, de demarcar a respectiva fronteira funcional, como expõe Campilongo.⁴ No entanto, quando a situação se torna conflitiva a ponto de ser levada ao Judiciário, é a Suprema Corte, em se tratando de questões constitucionais, o *locus* em que será dirimida a litigiosidade entre política e direito. O STF surge como extensão deliberativa das litigiosidades a respeito da Constituição Federal, tipificando-se como centro do sistema jurídico.⁵

² QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo*. São Paulo: Método, 2015. p. 98-104.

³ LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquizione evolutiva. A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörgen. *Il futuro della costituzione*. Torino: Giulio Einaudi, 1996. p. 83-128; MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 24.

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 77.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Posição das cortes constitucionais no sistema jurídico: pequena contribuição para discutir fundamentos racionais do pensar nos tempos de judicializar do direito a partir da teoria de sistemas sociais autopoieticos. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; MARTINS, Otávio Henrique; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. São Paulo: Campus Jurídico, 2011. p. 339: “[...] Ao mesmo tempo, ao pronunciarem a última palavra sobre o que é e o que não é direito, situam-se no ‘centro do centro’ do sistema jurídico. Este ‘centro do centro’, então, é onde se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político [...]”.

A Corte Constitucional, na verdade, é o palco onde se evidencia o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político proporcionado pela Constituição sob as lentes sistêmicas. Trata-se de acoplamento forjado para dirimir um litígio. A comunicação trocada pelos referidos sistemas não foi suficiente para atender aos anseios sociais, o que gerou lide a ser dirimida, pelo desenho constitucional, justamente pelo STF. A evolução, nesse sentido, dar-se-ia por nova comunicação (causa de irritação), nova seletividade e reestabilização, o que afastaria, logo de plano, pensar em uma racionalidade rígida.

Luhmann descreveu o avanço social por meio de uma variedade de opções, seleção e estabilização, e sucessivamente novas opções, nova seleção e nova estabilização, dentro de um processo comunicacional interno aos sistemas (direito, política e economia, exemplificadamente citados), o que possivelmente geraria alteração de sentido nas operações sociais.⁶ Essa operação é, todavia, fechada e cognitivamente aberta; realiza-se internamente aos sistemas de forma binária sob seu respectivo código, porém, mantém-se aberta às comunicações externas, como no caso dos acoplamentos estruturais. Durante esse processo, os acoplamentos estruturais realizam a troca comunicacional entre dois sistemas como estruturas sociais.⁷

2 Hipóteses de pesquisa

A hipótese principal do problema de pesquisa é: o STF julga em desfavor da heterorreferência da política para privilegiar a autorreferência do direito. A comunicação que vem do sistema político acaba excluída do processo de evolução social realizado a partir dos julgamentos da Suprema Corte. Consequentemente, a sobreposição da operação jurídica diminui os efeitos comunicacionais que deveriam ser proporcionados pelo acoplamento estrutural.

Há outros resultados possíveis, porém, como o inverso da hipótese principal: por exemplo, o código da política pode sobrepor-se ao código do direito nos julgamentos da Suprema Corte de modo a prejudicar a autorreferência do direito. Também é possível apontar como eventual resultado o equilíbrio entre as comunicações em uma tipificação de acoplamento equilibrado, sem privilegiar algum desses códigos.

Enfim, poder-se-ia pensar em um resultado de não uniformidade entre as operações comunicacionais tipificadas nos julgamentos analisados. Por isso mesmo, os julgamentos poderiam privilegiar ora um código, ora outro, sem um critério aparentemente definido.

⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do direito*. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 41-47.

⁷ LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. *Direito Público*, Porto Alegre, Síntese, ano 7, n. 32, p. 20, 21, mar./abr. 2010.

3 As comunicações jurídicas e políticas nas decisões do Supremo Tribunal Federal em direito à saúde

Historicamente, o direito sempre foi motivado a evoluir em razão do conflito. A própria criação do direito e, sobretudo, a sua contingência são fruto também da pressão recebida, oriunda de um ambiente social abundante em conflituosidade. Analisar decisões judiciais é observar a institucionalização do conflito. Processos são, em última análise, a canalização dos conflitos sociais por meio de procedimento estatal que pretende decidir sobre as disputas em questão.⁸ O sentido da decisão, porém, normalmente é construído pela argumentação. O julgador serve-se da argumentação para explicar os porquês do *decisum* tomado, seja para construir um raciocínio de mérito, seja mesmo para legitimar-se socialmente.⁹

3.1 Argumentação jurídica

A argumentação jurídica é construída a partir de distinções feitas pelo sistema. Ela se forma pela combinação de cada um dos lados das distinções. Basicamente, trata-se de três distinções – (i) operação/observação, (ii) auto/hetero-observação e (iii) controvertido/incontrovertido –, as quais, no caso do sistema jurídico, são distinguidas de modo a participar da atribuição de valores do código lícito/ilícito. A escolha da referida dualidade é demonstrada pelo jogo argumentativo, de modo que a redundância e a variedade sejam condições de possibilidade da argumentação jurídica. A redundância tem a função de rebater o excesso de informações a fim de produzir e selecionar as informações que têm capacidade de novidade. A variedade é a diversidade de operações que um sistema reconhece como próprias.

Na construção da argumentação, distinguem-se também a informação e a redundância: a informação é o valor de surpresa das notícias; a redundância resulta do fato de a informação precedente ser considerada na operação dos sistemas autopoieticos. Redundância é a informação que já se possui para processar informações posteriores; variedade é a informação que ainda falta para esse intento.

A redundância é ainda condição de possibilidade da argumentação jurídica. Se a justiça é dada pela consistência de decisões, podemos dizer que justiça é redundância. Erros são indicadores operativos da injustiça possível do sistema. Por meio da relação entre variedade e redundância, o sistema reproduz a adaptação ao ambiente. Um sistema jurídico diferenciado deve garantir o fechamento da operação e a elevada irritabilidade, assim como a redundância e a variedade.

A argumentação jurídica tem de ser capaz de propor uma decisão acerca de lícito/ilícito e de, ao mesmo tempo, justificá-la. Os argumentos sociais surgem como

⁸ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Bari: Editori Laterza, 2003. p. 8-12; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18-25; CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2010. p. 9-32.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013. p. 338-402; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 451-537.

formas de dois lados do seu referido sistema. Textos argumentativos se referem aos seus próprios sistemas; podem ser tipificados como auto-observação. Dessa forma, a argumentação consiste em um processo autorreferencial que também faz parte da autopoiese do sistema jurídico. Nas decisões judiciais, a regra posta é justamente fruto da maneira de argumentar. Consequentemente, se não há cognição de determinados argumentos, o diálogo comunicacional se torna um “diálogo de surdos”, no qual um dos lados constrói a sua artificialidade, ignorando o outro lado da forma, que seria trazido pela argumentação desconsiderada.

A teoria dos sistemas não rotula os argumentos jurídicos em bons ou ruins (positivos ou negativos), apesar de sua típica característica de binariedade. Aliás, os argumentos, por si sós, não têm capacidade de conferir validade ou invalidade aos direitos. O filtro da validade jurídica busca afastar preconceitos morais/valoração mediante a diferenciação funcional, de modo que, quanto mais diferenciado comunicacionalmente, menor é a chance de se incorrer em desvios de moralidade ou imoralidade em desfavor da legalidade. Ademais, ao descrever o processo argumentativo, a teoria dos sistemas aponta para argumentos formais e substantivos. Os primeiros são os autorreferenciais, numa perspectiva objetiva da comunicação, atendo-se ao ambiente interno. Os segundos, porém, carregam informação externa ao ambiente do sistema, daí o uso da expressão heterorreferência, o que evitará que o sistema se afaste da realidade, num jogo comunicacional completamente alienado do resto da sociedade.¹⁰

A argumentação trazida pelas partes seria não só responsável por irritar o sistema jurídico com os novos argumentos, agora utilizados para provocar o sistema a produzir nova comunicação, como aumentaria a sua complexidade, tornando-o propício às próprias sistematizações dogmáticas: argumentos (irritação), nova variedade de escolhas, seleção, nova decisão e, com ela, estabilização comunicativa. Nota-se, portanto, que a inserção dos argumentos no debate é essencial para a consistência argumentativa – consistência e adequação. A linguagem é imprescindível para a autopoiese; sem ela, não há experiência linguística e, por isso mesmo, não há comunicação.

3.2 Distinguir argumentos para conhecê-los

A comunicação também é uma operação de seleções ligadas entre si: de um lado, *alter* seleciona a informação e a forma de partilha; de outro, *ego* seleciona uma compreensão ao observar o que foi partilhado.¹¹

Comunicação envolve informação, partilha e compreensão. Compreender (*vestehem*) é perceber, é irritar, pois há mudança no estado anterior. A conversa

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 457-458.

¹¹ MASCARENO, Aldo. Prefácio II – A teoria dos sistemas sociais, de Luhmann, como teoria geral. In: SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 19; SILVA, Artur Stamford da. *10 Lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 48.

só inicia com a escolha do conteúdo; quer dizer, sem a distinção que resulta em apontar o tema a comunicação não inicia. Há variedade de escolhas. Comunicação não se dá com nova informação, mas, sim, com a redundância que é o início. A redundância inicia o processo numa autorreferência; contudo, precisa de nova informação (heterorreferência). Quando a redundância é agregada à nova informação, há evolução; portanto, torna-se parte *autopoiesis* sistêmica.¹²

Às premissas adotadas no trabalho, interessa mais a operação jurídica do que a estrutura legal em si. Com isso, o olhar descritivo é voltado para cada operação do sistema jurídico, materializada pela comunicação emitida pelo tribunal em questão. Portanto, a consistência ou a inconsistência do sistema se dá a cada operação, e não numa estrutura previamente fixada, em que seria possível averiguar a validade ou invalidade sistêmica. Nessa linha, é nas decisões do STF que a pesquisa observa os elementos utilizados com escopo de identificar os elementos comunicacionais evidenciados nas decisões, mesmo porque o direito não consegue nem prever, nem diagnosticar todo o seu externo. Os ambientes sistêmicos pressupõem relações hipercomplexas que já foram reduzidas pelas diferenciações comunicacionais. A distinção comunicacional é a forma de se demonstrar que a comunicação foi recebida pelo sistema do direito.¹³

3.3 Argumentos jurídicos e políticos no Supremo Tribunal Federal

A inclusão da argumentação (jurídica e política) vinda dos sistemas parciais no processo de seletividade das decisões do STF compõe os dois lados do processo interpretativo e tipifica, como descreveu Luhmann, uma forma de dois lados.¹⁴

Os acoplamentos estruturais, porém, potencializam a mistura dos argumentos que fariam parte do processo de seletividade interna aos dois sistemas (jurídico/político) acoplados. No Brasil, a Constituição Federal é o acoplamento estrutural entre a política e o direito. A troca de comunicações entre ambos os sistemas é realizada de forma ininterrupta, possibilitando que se choquem e que suas comunicações se influenciem mutuamente, acopladas pela Constituição.

Cada sistema em análise (direito e política) produz internamente a sua argumentação (jurídica e política), tornando-se textos que a Corte Suprema utilizará como fonte de fundamentação ao decidir a lide proposta no recurso julgado. Textos, sim, porque, a partir deles, forja-se a argumentação do tribunal como fruto de interpretação inerente ao processo de diferenciação do direito, numa operação

¹² SILVA, Artur Stamford da. *10 Lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 43, 46-48.

¹³ CORREIA, José Gladson Viana. *Sociologia dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 203.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2007. p. 426.

interna (comunicacionalmente fechada), porém, aberta às comunicações oriundas dos demais sistemas.¹⁵

A argumentação usada como justificativa (*a ratio decidendi*) torna-se a distinção indicada pelo observador, no caso, os ministros do STF. Internamente ao sistema parcial do direito – como nos outros sistemas parciais, vale consignar –, a comunicação acaba gerando outras distinções pela interpretação, que é resultado natural da operação de seletividade interna ao sistema. No entanto, o sistema jurídico descrito por Luhmann considera que o juiz, como observador, está obrigado a trazer ao processo de interpretação os argumentos de ambos os lados e não pode contentar-se com seus interesses e/ou preferências. Trata-se de uma coação do sistema jurídico ao julgador. Um sistema sem variedade de escolhas não reagiria às irritações do ambiente.¹⁶

Contudo, na distinção ora adotada (variedade x redundância), a diferença é justamente a forma como funciona a comunicação entre o sistema jurídico e o ambiente social. No plano da argumentação, é assim que os sistemas organizam a sua complexidade. Esse processo é, todavia, fomentado pelos acoplamentos estruturais que potencializam a comunicação entre os conceitos jurídicos (autorreferências) e os interesses (heterorreferências).

A interpretação travada internamente ao sistema jurídico é influenciada pelo ambiente formado dentro dele em razão do conjunto das comunicações. Ocorre, todavia, que a brusca redução da complexidade acaba por impedir a heterorreferência.¹⁷ Nos litígios, há casos nítidos de tentativa de buscar suprimir o déficit da administração pública na prestação da saúde – nítida incapacidade da política. A elevada proporção de ações e a sua extensão no tema saúde deveriam ter potencializado a reflexividade do sistema jurídico. Apesar disso, o que se vê é justamente o oposto: uma drástica redução da complexidade – vide baixa variedade argumentativa – com a repulsa dos argumentos políticos, praticamente com sua exclusão do jogo comunicativo. Esses argumentos não entram no processo evolutivo porque o observador não os distingue como variedade, o que simplesmente não permite o acoplamento estrutural que deveria ser tipificado pelos julgamentos em tela.

3.4 A forma e o sentido do direito nas decisões analisadas

A função do direito na sociedade moderna é a manutenção das expectativas normativas ao longo do tempo sob as lentes da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Assim entendido, o direito ajudaria a garantir que os valores consagrados nos programas normativos tenham credibilidade social, fazendo com que a população

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2007. p. 426-434.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2007. p. 435-436.

¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 92.

continue a acreditar nesses valores.¹⁸ O direito cumpre o seu mister, porém, mediante comunicações caracterizadas pelo código lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*), de forma repetida e contínua.¹⁹ Tais comunicações reiteradamente impõem condutas aos demais sistemas sociais parciais. Esse fenômeno de imposição de condutas é rotina no sistema jurídico. A sua forma de estudo já foi rotulada de ciência do “dever-ser”, justamente por esse motivo. Nesse aspecto, a organização da jurisdição (com a diferença entre membros e não membros) representa o centro do sistema jurídico. Os tribunais são colocados no centro do sistema. A legislação, por outro lado, localiza-se na periferia.²⁰

A forma do direito tipifica-se na combinação das distinções: expectativas normativas/cognitivas e direito/não direito. As adaptações sociais das decisões judiciais operam esse marco ao variar o sentido das normas jurídicas e dos programas normativos. Não há uma definição objetiva sobre o conteúdo da decisão, e sim tipifica-se uma binariedade produzida dentro do sistema reflexivo do direito. O processo decisional sustenta a reflexividade sistêmica, própria de sistemas autopoieticos (produtores de elementos e estruturas próprios), de modo a influenciar a tomada das próximas decisões.

A quantidade elevada de situações cotidianas distintas, contraditórias, faz com que o paradoxo seja uma questão marcante na sociedade. Os paradoxos se tornaram estrutura constante nos processos de diferenciação funcional, e sua resolução acaba sendo o grande propulsor desse processo evolutivo, pois, com os litígios cada vez mais complexos, de origens das mais diversas e com níveis refinados de litigiosidade, o sistema precisa aumentar a sua capacidade de abstração, identificada pelo processo de reflexão interna não tão hierarquizado, ligado agora ao constante diálogo entre centro e periferia. Por isso mesmo, Luhmann fala que tal mudança de paradigma é uma autopreservação do sistema jurídico, que justamente torna o sistema mais circular (funcional) e menos estrutural como forma de garantir que decidirá sempre que provocado e em situações cada vez mais complexas.²¹

A hipercomplexidade social forja a formação de paradoxos sociais, os quais são levados à jurisdição para serem resolvidos mediante decisões jurídicas. A necessidade

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. A cura di A. FEBRAJO. Milano: Giuffrè, 1995. p. 129, 131, 136, 151.

¹⁹ LUHMANN, 1995, p. 167-181, sobretudo 168-170. Sobre código do direito, ver Lima (2012, p. 62), que observa: “O código é um esquema binário de distinção em que se excluem outros valores que não os dois inseridos no código. Tem seu fundamento na comunicação científica: verdadeiro/não verdadeiro. Sua utilização proporciona segurança, só por ele o sistema se comunicará. Permitirá, ainda, ao sistema relacionar uma atividade positiva com uma negativa, consequentemente participará da diferenciação funcional da sociedade. A binariedade permite identificar com facilidade dois valores contrapostos e como esses valores se relacionam. Uma verdade é autêntica devido ao código considerá-la desta forma. A verdade será uma característica dada sem alternativa, uma vez que é verdade por não ser inverdade. Ela é fundamental à função do código, qual seja: tratar de modo simétrico os seus valores. É uma preferência institucionalizada entre o valor positivo e o negativo”.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 273-311.

²¹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 428.

de sempre ter de decidir – o *non liquet* – impõe um grande desafio, conduzindo a uma reflexão interna ao sistema jurídico, que paulatinamente afastou a ideia de hierarquia das normas para pensar no ideário centro e periferia. A alta complexidade fez com que o sistema se especializasse em diferenciação comunicacional como autodefesa, cuja diferença trouxe alta seletividade sobre os pontos fundamentais da decisão e orientação pelos programas que se tornam regras de decisão a auxiliar a construção de sentido de determinado *decisum*. Promove-se, assim, uma decisão que materializa – ou ratifica – uma distinção (l/i), que, por sua vez, acaba ocultando o paradoxo motivador delas.²²

Forma é o resultado de uma distinção paradoxal porque caracteriza a unidade quando inclui e, ao mesmo tempo, joga com a diferença quando exclui. A comunicação é a forma da sociedade, portanto, não é ontológica; ao contrário disso, torna-se uma abstração formal, simbólica, entre os homens.²³ Tudo isso sob a binariedade sistêmica, cujo resultado é fruto da reflexão interna do sistema jurídico. O processo decisional sustenta a reflexividade sistêmica, própria de sistemas autopoieticos (produtores de seus elementos e de suas estruturas), de modo a influenciar a tomada das próximas decisões.²⁴

A quantidade elevada de situações paradoxais na rotina social faz com que o paradoxo seja uma das questões marcantes na sociedade. Os paradoxos se tornaram estrutura constante nos processos de diferenciação funcional. Sua resolução acaba sendo um dos grandes propulsores do processo evolutivo social. No direito, é possível identificar os litígios cada vez mais complexos, das mais diversas origens e com níveis refinados de litigiosidade. O sistema, por conseguinte, precisa aumentar a sua capacidade de abstração.

A necessidade de o sistema jurídico ter sempre de decidir (*o non liquet*) impõe um grande desafio. A solução para esse problema é representada pela alteração do paradigma hierarquizado dentro do sistema jurídico. Por meio de um processo interno de reflexão, o sistema afastou a ideia de hierarquia (relativa a fontes do direito e à assimétrica legislação/jurisprudência) para pensar no ideário centro e periferia.

Esse contexto materializa uma oportunidade de autopreservação do sistema jurídico, que pode levar a cabo as suas decisões em situações cada vez mais complexas (LUHMANN, 2016, p. 428). O direito é definido de acordo com um código específico (l/i) – e não mais por diferentes pontos de vista (moral, político etc.) – e

²² LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 413, 414, 426-429.

²³ NAFARRATE, Javier Torres. Prefácio. LUHMANN, Niklas. *Sociologia primeira*. In: SILVA, 2016, p. 10.

²⁴ FEBBRAJO, 1975, p. 95, 97, 99-100. Na avaliação de Neves (2007, p. 132): “Pode-se, de acordo com o modelo sistêmico teórico, formular de maneira mais rigorosa: reflexividade como mecanismo no interior de um sistema autopoietico implica que o processo referente e o processo referido são estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reaparecem em parte no segundo. Por conseguinte, não é suficiente, por exemplo, indicar a normatização da normatização, pois a normatização religiosa ou moral da normatização jurídica, como também a referência normativa de um padrão de ‘direito natural’ à emissão de norma jurídico-positiva não representam, nesse sentido estrito, nenhuma reflexividade da produção normativa”.

com programas especiais (ou seja, regras da decisão) que permitem a correta imputação de valores do código. Isso leva a uma decisão que, ao materializar uma distinção (l/i), acaba ocultando o paradoxo inicial (LUHMANN, 2016, p. 413-414, 426-429).

4 Análise parcial das decisões do Supremo Tribunal Federal

4.1 Relatório das decisões analisadas

Como mencionado, o procedimento de identificação das decisões judiciais foi realizado diretamente no *site* do STF, especificamente no *link* jurisprudência (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>).

Para a consulta, utilizou-se inicialmente a expressão “direito à saúde”, o que resultou em 845 decisões. A par desse material, promoveu-se um recorte utilizando dois critérios: um de ordem temporal, e outro, material. Em relação à ordem temporal, deu-se preferência, para a análise qualitativa, às decisões publicadas a partir de 2014; as decididas em 2016 e 2017 foram analisadas com maior vagar. Com esses dados, pretendeu-se descrever a postura atual da Corte Constitucional brasileira, com pertinência ao mesmo período de realização da pesquisa pós-doutoral. O outro critério, material, adotado para a escolha dos acórdãos, teve como norte o conteúdo da lide ao se concentrar exclusivamente em demandas cuja pretensão era obrigar o Estado ao fornecimento de remédio ou tratamento médico negado ou não disponível na rede pública.

Uma prévia análise da judicialização da saúde demonstrou a relevância de mérito do tema, a sua atualidade e a necessária resposta que a academia deve ofertar à sociedade sobre o papel que o Judiciário vem exercendo nesse tipo de pleito judicial.

Sem embargo do enfoque qualitativo, consigna-se que, quantitativamente, a jurisprudência do STF é completamente favorável ao fornecimento de remédios ou qualquer intervenção médica pleiteada pela parte requerente. Não se encontrou nenhuma decisão recente desfavorável aos requerentes. Afirma-se com certa tranquilidade, pelos precedentes analisados, que a chance do deferimento de tutela jurisdicional protetiva à saúde é de 100%. Esse era o cenário, ao menos quando se iniciou o julgamento em conjunto dos Recursos Extraordinários nº 566.471 e nº 658.818, noticiado em grande escala pela mídia impressa, tendo em vista a expectativa de a corte impor critérios e limites à concessão da tutela jurisdicional em direito à saúde.²⁵

²⁵ BUSCATO, Marcela. O ano em que a saúde chegou aos tribunais. *Revista Época*, Rio de Janeiro, Globo, 2017, p. 82-83. COLLUCI, Cláudia. Sem critérios, desigualdade em saúde tende a aumentar. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817860-sem-criterios-desigualdade-em-saude-tende-a-aumentar.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2017.

Como é cediço, o objeto da pesquisa não é o mérito do deferimento ou não do direito à saúde. A intenção é verificar se os argumentos vindos da política são tratados no plano cognitivo da mesma forma que os argumentos oriundos do direito, utilizando o vernáculo sistêmico, e se é realizado o acoplamento estrutural da política e do direito nas decisões do Supremo Tribunal de modo a tratar com equilíbrio a comunicação dos litigantes.

Nessa linha, a pesquisa encontrou uma postura jurisdicional próxima à cegueira de um olho só. O olho que deveria ver os argumentos vindos da política parece que ficou cego, ou quase isso. Em vários acórdãos, constatou-se completa indiferença aos argumentos da administração pública. Eles simplesmente não entram na dialética do processo. Aparecem algumas vezes como trazidos pela política nos relatórios dos acórdãos, todavia, acabam não fazendo parte do processo decisório, mesmo que seja para repeli-los. Boa parte dos julgamentos é realizada de forma a excluir as razões do ente público recorrente do processo argumentativo que influenciará a tomada da decisão, e isso acontece com frequência em algumas relatorias da ministra Cármen Lúcia, como no processo a seguir comentado: *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 950.503 – PR*.²⁶ O voto se resume a transcrever a decisão anterior da corte e outras recentes. Não enfrentou ou não fez menção a qualquer argumento trazido no recurso julgado. Preocupa-se em desqualificar a interposição de novo recurso, nada falando sobre a sua argumentação, mesmo que seja para criticá-la. Ao ler o relatório, nota-se que a parte recorrente aponta particularidades para fundamentar novo julgamento; porém, o voto nem ao menos faz qualquer menção à argumentação.

Nesse mesmo sentido, sob a relatoria do ministro Roberto Barroso, identifica-se o *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento interposto em face da Denegação do Recebimento ao Recurso Extraordinário nº 894.085/SP*. O município de São Paulo interpôs agravo regimental no agravo de instrumento que nega admissibilidade a recurso extraordinário (RE), que buscou a reforma da decisão do tribunal *a quo*, concessiva de medicamento a paciente. O recurso não foi provido com fundamento na responsabilidade solidária dos entes públicos, na não violação da separação dos poderes pela implementação de políticas públicas mediante decisão judicial e por estar em sintonia com a jurisprudência da corte. Não há votos em apartado. O relator não faz remissão aos argumentos trazidos pela administração pública no decorrer do seu voto. Ao contrário, a decisão adota expressões genéricas, como “não traz argumentos” e “seus próprios fundamentos”, para tentar justificar o seu indeferimento. Apesar disso, pelos argumentos jurídicos do voto, é possível deduzir alguns dos argumentos promovidos pela política. Contudo, ao retornar à leitura do relatório, nota-se o seguinte trecho: “2. A parte agravante alega que a r. decisão do agravo merece reforma, especialmente porque deixou a apreciar os

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 950.503 – PR*. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878926>. Acesso em: 20 fev. 2017.

argumentos relativos às garantias processuais e à natureza distributiva do SUS, que impede o fornecimento de medicamentos para aqueles que dispõem de recursos para adquiri-los”.²⁷ Resulta, portanto, numa decisão completamente autorreferente ao código do direito, sem trazer ao seu processo de seletividade os argumentos políticos na medida em que a natureza de seletividade do Sistema Único de Saúde (SUS) simplesmente desaparece do processo de seletividade decisional. O caráter distributivo do SUS é uma típica função da política, que, mesmo trazido a julgamento, foi excluído da argumentação.

Evidenciando uma completa alienação aos argumentos trazidos pela política, encontra-se ainda o *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 936.301/ES*,²⁸ com relatoria do ministro Edson Fachin. O município de Cariacica interpôs agravo regimental em recurso extraordinário para impugnar decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário. Pela transcrição da decisão impugnada no voto, conclui-se que o recorrente trouxe a lume o debate sobre a extensão ou não do direito à saúde para o fornecimento de fraldas e luvas. O recurso não foi provido.

A inclusão dos argumentos trazidos pela política não foi feita no processo decisório. A decisão não enfrentou a tese jurídica proposta sob o fundamento do óbice à discussão de fatos e provas, nos termos da Súmula nº 279 da corte. A distinção feita ao longo do voto do relator é toda no sentido da tese jurídica da extensão do direito à saúde ao fornecimento de fraldas e luvas aos enfermos, de modo que não há qualquer menção à prova ou à eventual necessidade especial do recorrido. Trata-se de tese jurídica reiteradamente pacificada na corte.

A análise identificou conceitos forjados na jurisprudência do Supremo que acabam fundamentando cegamente as decisões posteriores de forma dogmatizada, a ponto de fechar o debate argumentativo com a política. Nessa linha, encontra-se a ideia de direito à saúde como bem indisponível. Essa indisponibilidade, vale dizer, fecha olhos e ouvidos a qualquer argumento limitador do direito à saúde.

A partir da análise qualitativa, voltou-se no tempo para estudar casos relatados pelo ministro Celso de Mello, responsável por inserir na jurisprudência a indisponibilidade do direito à saúde. Com base nos seus precedentes, forjou-se uma racionalidade jurídica favorável ao deferimento de fármacos e de tratamentos, independentemente do custo. As decisões relatadas pelo citado ministro partem da indisponibilidade como premissa intocável e, assim sucessivamente, ignoram alegações contrárias. Formou-se uma racionalidade dogmatizada, como evidenciam os julgados RE nº 393.175-AgR/RS e AI nº 662.822/RS, relatados pelo ministro Celso de Mello.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.R no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário n. 894.085/SP*. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 15.12.15. p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124>. Acesso em: 20 fev. 2017.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 936.301/ES*. Primeira Turma. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309151141&tipoApp=.pdf. Acesso em: 20 fev. 2017.

Há julgados, ainda, que não demonstram acoplamento algum entre as comunicações em tela. Materializa-se, assim, um jogo de lados no qual a política sempre seria o lado do mal e o jurisdicionado sempre representaria o lado do bem. Nesses processos, não há julgamento, e sim aplicação prévia de sanção com a condenação de qualquer remédio ou tratamento solicitado, independentemente do contexto. O julgamento, desta feita, é ideológico, não jurídico; não há construção de razão jurídica alguma. A comunicação entre sistemas não acontece, tamanho o fechamento operacional. Pior, nem mesmo os argumentos trazidos pela parte solicitante são pertinentes à formação da convicção, pois esta já foi formada, independentemente da argumentação. Basta a *quaestio* versar sobre direito à saúde que o deferimento é imediato, sem qualquer preocupação quanto à justeza ou não do pleito.

Essa racionalidade ideológica – que, como já se frisou, não é jurídica – é fomentada por uma despreocupação com o erário. Exsurtem daqui expressões chulas, que levam o debate para o cenário de um comício em véspera de eleição ou mesmo uma conversa informal entre amigos em um bar.

Exemplo curioso dessa forma de julgar pode ser extraído do *Recurso Extraordinário nº 368.564/DF*,²⁹ no qual a União interpôs recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que a condenou a custear tratamento médico em Cuba para tratar doença rara, denominada retinose pigmentária, de um grupo de pessoas que impetrou mandado de segurança.

A ordem de segurança foi denegada em primeira instância, porém, concedida em segunda instância. Inicialmente, o processo era relatado pelo ministro Menezes Direito, que já se manifestara pelo provimento do recurso com fundamento em laudo de entidade médica alheia ao debate atestando que a doença em questão não tem cura. O relator, todavia, aposentou-se, e o ministro Marco Aurélio assumiu a relatoria do processo. Ao se colocar na situação de cidadão, utilizou-se de ironia para desqualificar os argumentos econômicos oferecidos pela recorrente com expressões emotivas, como: “A viúva não ficará mais pobre!” e “[...] levo-me à indignação como contribuinte, como cidadão, como juiz [...]”. Apesar de citar os argumentos políticos, a forma de enfrentá-los deixa muito clara a sua não introdução no processo de seletividade jurídico. Ao julgar, prevaleceu, sim, o cidadão ao magistrado.

Outro exemplo que revela a não distinção dos argumentos oriundos da política é o *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 926.469/DF*,³⁰ relatado pelo ministro Roberto Barroso. O agravo regimental foi interposto pelo Distrito Federal em razão do não seguimento de recurso extraordinário interposto para reformar decisão que aparentemente deferiu o fornecimento de remédio de alto custo não

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 368.564/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13.04.11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>. Acesso em: 20 fev. 2017.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RE 926.469/DF*. Primeira Turma Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 de junho de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309759747&tipoApp=.pdf. Acesso em: 20 fev. 2017.

incluído na lista do SUS. A questão de mérito gira em torno do fornecimento de remédio não incluído na referida lista. A leitura da decisão não permite identificar com clareza a fundamentação do recurso interposto.

O acórdão possui sete páginas, mas o relator dedicou apenas 2,5 linhas para mencionar os dispositivos legais que teriam sido violados pela decisão do tribunal *a quo* impugnada. Não há preocupação em distinguir/apontar os argumentos vindos da política. A argumentação proposta pelo relator é autorreferente aos seus argumentos. Por isso mesmo, torna-se muito difícil apurar o conteúdo exato dos argumentos levantados pela administração pública. É possível, no entanto, fazer deduções com base no conteúdo das teses levantadas pelo relator; porém, sem lastro nas distinções que deveriam ter sido exaradas no voto. Não há clareza nas distinções da argumentação política.

De outro lado, a pesquisa identificou decisões que distinguem os argumentos trazidos pelas partes no processo decisório e, em certa medida, acabam por tipificar o acoplamento estrutural sistêmico, como se pode aferir em muitas decisões que, cada qual a sua maneira, forjam a falta de uniformidade de racionalidade do processo decisório da Corte Suprema.

É possível, então, elencar alguns paradigmas dessa forma de julgar por uma decisão que, além de distinguir os argumentos das partes, acabou inserindo outros não levantados por elas, como acontece no caso do *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 831.915/RR*,³¹ de relatoria do ministro Luiz Fux. Trata-se de agravo regimental interposto pelo não seguimento de recurso extraordinário que pretendeu impugnar decisão judicial que determinou o fornecimento de medicamento não incluído na lista do SUS. O relatório transcreveu parte do arrazoado interposto com a intenção de resumir a argumentação da recorrente. O recurso não foi provido.

O início do voto do relator defendeu a solidariedade dos entes públicos ao fornecimento de medicamentos. Estranhamente, esse fundamento até então não constava como fundamento do recurso interposto, ao menos não no trecho transcrito na relatoria do arrazoado recursal. A inclusão de argumento estranho ao debate indica uma desconexão com os argumentos postos pelas partes; negação mesmo à heterorreferência em favor da autorreferência. De resto, o voto aponta os demais argumentos oriundos da política a fim de rebatê-los com decisões do STF.

Algumas decisões se tornam incompreensíveis do ponto de vista redacional. Nelas, o problema é mais ligado à falta de clareza na escrita do que a não distinção dos argumentos. Porém, com algum esforço cognitivo, é possível identificar os argumentos trazidos por ambos os lados do litígio. Exemplo disso é o *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 943.547/RN*,³² relatado pelo ministro Gilmar

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RE 831.915/RR*. Primeira Turma Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de abril de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10879141. Acesso em: 20 fev. 2017.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR nº 943.547/RN*. Primeira Turma Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309622477&tipoApp. Acesso em: 20 fev. 2017.

Mendes. O agravante interpôs agravo regimental contra decisão denegatória em agravo de instrumento que pretendia que o seu recurso extraordinário, inadmitido, fosse admitido. O relatório é confuso; dá a entender que o único fundamento do arrazoado é que a decisão recorrida estaria pautada em premissas que não seriam os fundamentos utilizados pelo tribunal de origem para decidir. O mérito do recurso extraordinário não admitido é uma cirurgia a ser realizada pelo SUS. O recurso não foi provido com fundamento na Súmula nº 279 da Corte Suprema, que proíbe o debate fático-probatório dos autos.

Sem embargo da falta de clareza do acórdão, por meio de uma leitura atenta, é possível apontar os argumentos levantados pelos dois lados da lide. A argumentação foi distinguida no voto, a ponto de entrar no processo de dialética que resultará na decisão final. Os dois sistemas influenciaram a decisão, como se vê na distinção das respectivas comunicações no voto. Tipificou-se, assim, um acoplamento estrutural entre os sistemas envolvidos.

A distinção dos argumentos não reclama grande demonstração de erudição, muito menos uma quantidade elevada de citações de autores. Não se trata disso, como demonstram algumas decisões nas quais, de forma direta e concisa, o voto trouxe a lume os argumentos postos pelas partes.

Nessa linha, os *Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 744.223/RJ*,³³ de relatoria da ministra Rosa Weber. A União interpôs embargos de declaração alegando a não apreciação do pedido de suspensão do processo em razão da sistemática da repercussão geral e que não tinha responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos diretamente ao cidadão com base na norma constitucional que garante a divisão de competência constitucional. O recurso foi rejeitado.

A relatora apontou os argumentos trazidos para fundamentar o recurso e, em seguida, passou a desconsiderá-los com base na jurisprudência da Suprema Corte. Os argumentos trazidos pela política foram conhecidos no acórdão. A concordância ou discordância deles não interessa ao adrede da pesquisa.

Existem, dessa forma, processos que os argumentos da política e do direito são inseridos no processo argumentativo para influenciar a tomada de decisão. Acoplar é justamente potencializar a comunicação de ambos os lados.

A propósito, faz-se menção ao *Recurso Extraordinário nº 581.488/RS*,³⁴ relatado pelo ministro Dias Toffoli. Esse recurso foi interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul com o intuito de questionar decisão do tribunal de origem, a qual mantinha a proibição de o sistema de saúde público

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 744.223/RJ*. Primeira Turma Relator Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de março de 2016.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 581.488/RS*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 20 fev. 2017.

(SUS) possibilitar aos pacientes melhores acomodações e a escolha de médicos de sua confiança, arcando, em ambos os casos, com os custos adicionais, num sistema conhecido como “diferença de classes”. O recurso foi improvido ante o entendimento de que tal sistema viola a lógica do sistema de saúde e afronta o acesso equânime e universal ao SUS.

A partir do julgamento, o plenário do STF julgou o Tema nº 579 de repercussão geral para, por unanimidade, fixar a seguinte tese: “É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes”.

O voto do relator distinguiu com clareza os argumentos de ambos os lados da contenda. As razões originárias da política e do direito são claramente conhecidas no debate. O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, para defender a sua posição, alegou: (i) saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser exercido sem embaraços; (ii) autonomia aos pacientes para escolherem seus médicos de confiança garantida; (iii) potencialização do exercício do direito à saúde. A Advocacia-Geral da União (AGU) trouxe à lide os seguintes argumentos: (i) o SUS estaria dividindo os custos de uma internação privada; (ii) na carência de leitos disponíveis, os hospitais poderiam optar pelos pacientes que pagassem por boas acomodações; (iii) violação à isonomia de tratamento, por parte do SUS, aos seus usuários. A comunicação inserida na discussão por ambos os sistemas (direito e política) ficou caracterizada na decisão.

De idêntica forma, com tipificação da distinção da comunicação oriunda da política, tem-se a *quaestio* que gerou *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE*, na qual a União interpôs recurso extraordinário em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que a condenou a dividir os custos de determinado remédio com o estado de Sergipe sob o fundamento de que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente. Nas razões recursais, destaca-se a fundamentação pela existência de repercussão geral e, no mérito, a violação aos artigos 2º e 198 da Constituição Federal, sob a justificativa de ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda, porque o SUS é guiado pela descentralização. A obrigação tanto de fornecer como de custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais. O recurso, relatado pelo ministro Luiz Fux, teve a sua repercussão geral reconhecida por unanimidade e foi desprovido por maioria de votos com a reafirmação da jurisprudência dominante.

Os argumentos trazidos pela política para fundamentar o julgamento do recurso estão assentados com clareza no voto do ministro relator. Com a sua leitura, fica claro que a administração pública ressaltou que o SUS se baseia no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Para tanto, é necessário atentar para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para

a captação de recursos. Essas ilações foram preteridas por outras, em especial, a responsabilidade solidária dos entes públicos e o direito à saúde, o que forjou a argumentação para fundamentar o desprovimento do apelo recursal.

A fundamentação autorreferente dos acórdãos que se nega a dialogar com a realidade processual posta pelas partes remeteu a pesquisa à construção dessa rígida racionalidade dentro da jurisprudência do STF, que se formou por uma reunião inicial de julgados, dos quais se destaca o *Agravo Regimental (Ag.R.) na Suspensão de Segurança (SS) nº 3.355/RN*.³⁵ O estado do Rio Grande do Norte (RN) requereu à corte a suspensão da antecipação da tutela jurisdicional que deferiu o fornecimento de fármaco não incluído na lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), cuja finalidade terapêutica é auxiliar no pós-operatório de cirurgia coronária de inclusão de *stents*, sob pena de lesão à ordem pública, à saúde, à economia e à segurança, com fulcro na Lei nº 4.348/1964, art. 4º.

A ministra Ellen Greice, então presidente do Supremo, indeferiu o pedido de suspensão, o que ensejou a interposição do agravo regimental ao pleno do tribunal. Esse segundo julgamento deu origem ao acórdão analisado, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes. O novo relator fez uma longa, confusa e, em certa medida, desnecessária construção a respeito do direito à saúde, numa nítida transcrição da dogmática e da teoria jurídicas, algumas vezes sem conexão direta com a lide – quase um “copie e cole”. No entanto, é possível encontrar argumentos políticos soltos, por vezes isolados do centro argumentativo do caso *sub judice*. Percebe-se que, no voto do relator, há uma tímida instrumentalização do acoplamento estrutural entre a política e o direito, porém nada potencializado, como descreveu a teoria dos sistemas.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, defendeu o papel político que o STF exerce nos seus julgamentos – fala em “dimensão política da corte”. O magistrado deixa, por outro lado, de fazer qualquer menção à argumentação política trazida pelo gestor público, como se não houvesse nada a respeito nos autos; chega até a legitimar a implementação de políticas públicas pelo Judiciário se comprovada a omissão estatal. A argumentação do voto é totalmente autorreferencial ao direito, sem qualquer cognição aberta às demais comunicações. O acoplamento não é realizado, e o jogo comunicacional é centrado exclusivamente na argumentação jurídica.

O ministro Eros Grau, em seu voto, não fez menção alguma à lide a ser julgada, tampouco aos fatos ou argumentos políticos. O magistrado se limita a elogiar o voto do relator e frisar que o poder é uno, indiviso, como expôs Hegel.

O ministro Ayres Britto, em seu voto, elogia o voto do relator, sobretudo quanto ao caráter contextual e empírico de cada caso julgado em direito à saúde destacado na argumentação. Também não há nenhuma menção aos argumentos políticos

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.R. na Suspensão de Segurança n. 3.355/RN*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 março de 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087073/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-3355-rn>. Acesso em: 20 fev. 2017.

trazidos pela administração pública ou a qualquer característica do processo julgado que venha a legitimar ou não o fornecimento do fármaco requerido.

Por fim, o ministro Marco Aurélio concorda com o voto do relator e, igualmente, não faz qualquer menção à argumentação política.

4.2 Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários (RES) nº 566.471 e 657.718

No dia 28.09.2016, iniciou-se na Corte Suprema um julgamento importante sobre os limites da judicialização da saúde, identificado pela repercussão geral em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – lide: obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo³⁶ – e do Recurso Extraordinário nº 657.718³⁷ – lide: possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Anvisa –, a serem julgados em conjunto no mesmo procedimento de repercussão geral.

Os votos dos ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, recheados de zelo, mas carentes de objetividade e de clareza, propõem várias maneiras de julgar aquele caso concreto. A função do Supremo, porém, não é julgar o caso concreto, mas, sim, estabelecer parâmetros para outros juízes, a partir de uma observação de segunda ordem pelas premissas aqui adotadas.

Atualmente, existem milhões de processos em andamento no Brasil que, de algum modo, tratam da saúde pública. Essa realidade faz surgir alguns importantes questionamentos, por exemplo: os critérios propostos pelos ministros mencionados linhas atrás no julgamento da repercussão geral ora explicitada seriam aptos a auxiliar os julgamentos dos milhões de processos em andamento? O nível de complexidade apresentado pelos ministros leva a crer que, na rotina forense, tais critérios confundirão mais do que propriamente ajudarão na sua resolução.³⁸ Há muito mais por trás desses julgamentos do que ter ou não direito ao medicamento pretendido.

Nota-se, assim, um confronto direto entre Judiciário e Executivo. Identifica-se uma cruzada contra os espaços de escolha política. A conhecida discricionariedade do gestor é algo que soa em sintonia com o interesse coletivo; portanto, ao administrador cabe o ônus da escolha. Priorizar é múnus do gestor. Isso, contudo, não existe mais em termos de saúde, ao menos essa é a semântica do Supremo – e não da

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566.471/RN*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=256507>. Acesso em: 31 ago. 2017.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 657.718*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Processo em andamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 31 ago. 2017.

³⁸ JORDÃO, Eduardo. Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 122-123.

Constituição Federal, vale registrar. Excluir, discriminar é ato aparentemente correto quando se olha para os arranjos políticos, a corrupção da política e a confusão entre o público e o privado. Todavia, ao assim julgar, esquece-se de um pequeno e importante fato: o voto popular que se renova ou não a cada mandato.³⁹

À pesquisa interessa a materialização do julgamento em curso nos votos, notadamente porque a matéria-prima ora estudada é a própria verbalização escrita proferida nos julgamentos. Trata-se de decisão crucial ao deslinde da pesquisa, que poderá gerar um novo material de observação científica. Contudo, o julgamento não foi levado adiante pelo relator. Ao contrário disso, o ministro Marco Aurélio tem se concentrado em deferir o ingresso de associações de doentes como terceiras interessadas, sem se preocupar com a demora excessiva ao deslinde da lide que poderia contribuir muito mais às referidas associações se julgasse a repercussão geral a fim de desenhar um novo contorno à judicialização da saúde.

5 Do resultado da pesquisa

5.1 Suprema Corte: um observador que não observa

A judicialização da saúde também materializa a ideia sistêmica de transformação da complexidade desestruturada vinda do ambiente em comunicação estruturada. A hipercomplexidade social em matéria de saúde é um verdadeiro caos social, o que dificulta demasiadamente a operação jurídica, exigindo elevada carga de abstração pelo sistema jurídico. Julgar o direito à saúde é uma verdadeira prova de autonomia do direito.

A positivação da saúde é fruto da operação fechada do direito, a resultar numa decisão contingente que escolheu determinado sentido, mas poderia ter escolhido outro igualmente válido. Por isso mesmo, é muito provável que decisões futuras cheguem a considerar outro conteúdo como certo. Errar faz parte do risco sistêmico; é inevitável. Os erros são corrigidos após a sua percepção, e uma das principais formas de detectá-los é abrir-se à heterorreferência com outros sistemas parciais.

Para a escopo desta pesquisa, o sistema jurídico não é formado exclusivamente por normas e regras jurídicas que se inter-relacionam. Não se trata de um ordenamento positivado rigidamente, mas de um sistema operacionalmente unido pela comunicação diferenciada que distingue o sistema do ambiente para formar a sua própria identidade. Dessa maneira, trabalha-se aqui com operações comunicacionais, e não com estruturas normativas.

Por essa premissa e, notadamente, com base em parte do levantamento bibliográfico e documental realizado até o momento, conclui-se que o Supremo Tribunal, em algumas das decisões estudadas, não tem acoplado os sistemas

³⁹ VARGAS, Daniel. A desarmonia entre os poderes. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 131-133.

jurídico e político de maneira a permitir que a troca de comunicação desenhada por Luhmann venha a ocorrer, num diálogo comunicacional incessante e simultâneo. De modo inverso, identifica-se o predomínio de um código forte – o do direito – e, por conseguinte, a subjugação de um código fraco – no caso, o da política. O RE nº 939.351-DF⁴⁰ é bom exemplo nesse sentido. O Distrito Federal interpôs recurso contra decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista da Anvisa sob o fundamento processual de que, na petição, não constava a alegação de que o medicamento pleiteado não constava na referida lista. Não obstante o óbice processual ao julgamento, não há comunicação entre os dois sistemas envolvidos (política e direito). A argumentação jurídica foi tratada exclusivamente quanto ao mérito, mesmo com o indeferimento justificado por razão processual. Decidiu-se que o Estado não pode eximir-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde, apesar do caráter programático atribuído ao artigo 196 da Constituição Federal – a comprovação de que não haja opção eficaz para a enfermidade não protegida pela lista do SUS.

Como mencionado, e não obstante o problema processual, o acórdão decide, afirma, toma posição amparado em argumentos jurídicos favoráveis ao oferecimento do medicamento; por outro lado, não enfrenta os argumentos políticos trazidos pelo recorrente, concentrando-se em afirmar que não são suficientes para modificar a decisão recorrida. Não há o acoplamento entre os sistemas político e jurídico. Trata-se de uma heterorreferência em favor da argumentação jurídica.

A Corte Constitucional acabou reduzindo a complexidade de forma tão drástica que exclui do processo de decisão os argumentos políticos em boa parte dos precedentes analisados. Noutros casos julgados, porém, os argumentos políticos são desqualificados, ironizados, sob a vetusta do direito, com fundamento em nítidos qualificativos morais e deslegitimadores da política, sem qualquer preocupação com a construção de um raciocínio jurídico consistente. Não há ao menos uma preocupação nesse sentido em vários julgados estudados.

Ao não “ver” a argumentação política, além de não irritar comunicacionalmente os sistemas jurídico e político, o que poderia influenciar a evolução recíproca, a Suprema Corte bloqueia a heterorreferência social, pois não processa as informações econômicas, centrando-se em um código exclusivamente fechado. Nega-se, assim, à cognição aberta e, sobretudo, impede a sua abertura ao futuro, incorrendo em sério risco de fomentar uma judicialização da saúde que resulte em prejuízos à política pública de saúde, notadamente a sua distributividade social – caráter essencial da Constituição Federal (art. 196). Em síntese, o observador não observa nem realiza um “diálogo de surdos” no jogo argumentativo travado em suas decisões.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma – Ag. Reg. no RE 939.351-DF. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=939351&classe=RE&origem=AP&recurso=216&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 jan. 2018.

A construção de sentido do artigo 196 da Constituição Federal – na plenitude e notadamente sem qualquer heterorreferência com seu ambiente social – que vem sendo outorgada pelo Judiciário levará ao colapso do sistema de saúde. Não é possível que a exceção vire a regra. A cada dia, os números dos processos aumentam. Os magistrados têm dificuldade de entender que as suas decisões interferem no todo e, mais, que a universalidade da saúde exige, antes de qualquer coisa, capacidade de planejamento do gestor. As liminares outorgam aos jurisdicionados tratamentos caríssimos e, em muitos casos, sem ao menos apresentar comprovação médica. O grande quinhão formado pelas decisões acaba personificando os doentes contemplados com o direito de preferência e, conseqüentemente, opera-se a exclusão de outros tantos. A decisão judicial se inclina a escolher histórias – não raro tristes e, às vezes, até mal comprovadas – em detrimento de cidadãos que não tiveram acesso à judicialização.⁴¹

Essa realidade adversa evidencia que decidir sobre saúde não é tarefa fácil para os magistrados. Porém, quem disse que ser juiz seria simples? Ao contrário, o exercício da judicatura exige, antes de qualquer coisa, a capacidade do magistrado de se indispor ao menos com uma das partes envolvidas, às vezes com ambas, outras até com a coletividade. Decidir dar ou não dar tratamentos caros aos doentes provoca descontentamento, mas há diferenças significativas nas conseqüências de ambos os casos. Ao decidir não dar determinado tratamento, o julgador nega algo a alguém que tem nome, sobrenome, família, advogado e, sobretudo, que se mostra fragilizado pela inércia estatal, tanto que vem pedir ajuda justamente por meio do processo judicial. O desgaste pessoal do representante do Estado-Juiz é muito maior ao não conceder ao demandante o tratamento ou medicamento que pleiteia. De outra forma, a conseqüência negativa do deferimento do referido tratamento/fármaco, por exemplo, não é visualizada imediatamente. Não há um desgaste emocional direto do julgador com os prejudicados com a sua decisão. Em regra, acaba nem percebendo diretamente o erro cometido. Trata-se, quase, de um efeito colateral que até então tem sido visto com indiferença pelos magistrados.

Diante desse cenário, seria possível pensar numa solução correta⁴² para as problemáticas: fornecer ou não fornecer tratamentos e/ou remédios de alto custo mediante tutela jurisdicional e encontrar argumentos razoáveis para ambas as respostas.

A questão que a pesquisa demonstra é outra. Aqui, o que importa são duas constatações. A primeira alude ao fato de que o sentido correto de hoje pode não ser o mesmo de amanhã. A teoria, as pessoas e o ambiente mudam, ou seja, a sociedade muda e, com ela, a razão humana muda – e também a *ratio* jurisdicional –, altera-se, adapta-se e assim sucessivamente. A segunda constatação refere que, no processo de comunicação com a primeira, a jurisdição precisa dialogar com o

⁴¹ SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema da saúde. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 set. 2016b, p. A2.

⁴² SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema da saúde. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 set. 2016b, p. A2.

externo ao direito, que aqui – num verbete sistêmico – é identificado pela expressão heterorreferência ao sistema.

O segredo de um possível sucesso da operação do direito é a busca do equilíbrio, cujo desenrolar se dá com a distinção das informações obtidas no ambiente, transformando-as em parte da operação jurídica, quando serão binarizadas. Dessa maneira, a consistência jurídica reclama da abertura cognitiva, como premissa funcional; uma não vive sem a outra. A sobreposição demasiada da consistência teórica atrapalha a evolução do direito porque retira nova informação, que irritará a operação jurídica com nova comunicação, além, é claro, de correr o risco de generalizar expectativas irreais. Portanto, a generalização seria frustrada, o que traria uma relação de falta de credibilidade sistêmica na sociedade.⁴³

A avalanche de decisões judiciais em face do poder público pleiteando saúde é assustadora. No Brasil, já se revela um forte acultramento em pleitear e ofertar a determinados indivíduos a saúde negada coletivamente. A saúde coletiva continua a ser preterida pelas ações que massificam a individualização, sem qualquer preocupação (593/597).

A doutrina brasileira – parte dela, quiçá momentaneamente – justifica o deferimento – e, nesta linha, a ratificação no plano teórico – de tratamentos e de medicamentos de elevados custos, muito em razão do Estado de Bem-Estar Social, que ganhou importância no século XX. O efeito nas decisões, porém, está ligado a um regime tradicionalmente liberal, no qual um direito subjetivo se sobrepõe a direitos coletivos.

Críticas não faltam ao processo de judicialização da saúde, mesmo que possivelmente parciais, como as feitas pelo grupo de trabalho do Ministério da Saúde do Governo Federal, criado justamente para tentar entender o fenômeno no Brasil e subsidiar o Estado nas suas defesas em juízo.

Em 2015, o referido grupo de trabalho produziu um dossiê, no qual, entre tantos levantamentos, registrou que o envelhecimento da população, o maior acesso ao sistema de justiça, as novas tecnologias na indústria farmacêutica e, sobretudo, a predisposição do Judiciário em deferir os pleitos ligados à saúde provocam o cenário caótico que forjou o nome “judicialização da saúde”. A própria expressão “judicialização” já denota situação excessiva de acesso, a ponto de se pensar em outra palavra para designar uma nova situação. As críticas, por seu lado, referem-se aos efeitos nocivos para a saúde pública e, por vezes, até para o próprio doente que solicitou o fármaco. E os problemas são diversos: fraudes nas filas de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos, remédios sendo utilizados para fins distintos dos previstos na respectiva bula, remédios experimentais sem qualquer garantia de resultados e riscos ao seu uso, demonstrando até mesmo um total desprestígio da Anvisa.

⁴³ CORREIA, José Gladson Viana. *Sociologia dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 199.

A propósito, de 2010 a 2015, cinco tipos de medicamentos motivaram gastos superiores a R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais). Em vários processos, os médicos e os advogados são os mesmos, levantando suspeitas sérias sobre a lisura dessa parceria. A maioria dos processos examinados não comprovou a real necessidade do remédio solicitado. Pouco ou quase nada há de juízo de cognição.⁴⁴

Quadro 5 – Evolução do número de processos de compra de insumos/ medicamentos no âmbito da CJDU, por estado da federação (2009-2015)

Estado	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Total nos últimos 6 anos
Acre	1	1	3	7	8	10	13	43
Alagoas	16	42	65	86	156	235	320	920
Amapá	0	0	2	4	4	8	14	32
Amazonas	25	30	36	38	40	48	56	273
Bahia	100	129	197	259	347	473	550	2.055
Ceara	111	127	177	204	318	545	697	2.179
Distrito Federal	52	59	91	103	125	157	185	772
Espirito Santo	32	34	39	41	48	57	65	316
Goiás	123	139	162	182	218	257	299	1.380
Maranhão	18	33	53	62	76	92	107	441
Mato Grosso	9	12	18	21	30	47	67	204
Mato Grosso do Sul	172	305	461	493	528	550	568	3.077
Minas Gerais	541	678	1.041	1.292	1.669	2.157	2.596	9.974
Pará	18	27	37	50	72	82	94	380
Paraíba	30	36	50	65	74	96	94	445
Paraná	383	460	540	611	695	809	923	4.421
Pernambuco	54	78	112	135	164	207	242	992
Piauí	83	115	142	158	171	181	197	1.047
Rio de Janeiro	654	887	1.183	1.384	1.654	2.033	2.354	10.149
Rio Grande do Norte	132	171	226	275	377	508	710	2.399
Rio Grande do Sul	552	705	883	1.010	1.125	1.268	1.382	6.925
Rondônia	2	3	3	6	8	12	14	48
Roraima	1	1	1	2	3	3	7	18
Santa Catarina	1.186	1.405	1.758	1.936	1.999	2.111	2.182	12.577
São Paulo	377	433	515	583	715	867	1.014	4.504
Sergipe	25	53	73	75	83	96	116	521
Tocantins	2	4	4	9	13	23	37	92
TOTAL	4.699	5.967	7.872	9.091	10.720	12.932	14.903	66.184

Fonte: Sistema de Ação Judicial de Medicamentos – DATASUS.⁴⁵

⁴⁴ VESTING. *Teoria do Direito*. Uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015b, p. 12, 20, 22, 27, 31.

⁴⁵ Sistema de Ação Judicial de Medicamentos – DATASUS.

Com referência aos dados apresentados no Quadro 5, que ilustram o número total de processos administrativos para compra de medicamentos/insumos no período de 2009 a 2015, por estados da federação, em cumprimento a ordens judiciais, vale ressaltar que, naqueles custos, não foram englobadas as determinações judiciais relativas a tratamentos médicos, internações, depósitos judiciais, acordos com os demais entes coobrigados e medicamentos retirados diretamente nos programas de saúde.

A ideia de justiça ao longo da história da humanidade tem tangenciado a questão da distribuição dos bens – “dê-se a cada um o que lhe pertence” –, evidenciando uma igualdade proporcional, como assim se assenta no *digesto*, nos gregos, nos estoicos. Esse sentido, porém, variou muito de uma sociedade para outra. Ao longo da evolução das sociedades, estiveram também muito presentes aspectos da distributividade e da comutatividade, ligados às relações privadas, atuando como compensações de danos e/ou acerto de relações privadas como contratos. O aspecto distributividade, de modo diverso, voltava-se para a distribuição de bens e direitos na sociedade.⁴⁶

6 O que está por trás da autorreferência do Supremo Tribunal Federal?

6.1 Direito à saúde como direito humano irrenunciável

A fundamentação axiológica do direito à saúde nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal gira em torno da vinculação de tal direito aos direitos humanos. A partir daí, a ideia de razão universal, indisponibilidade e irrenunciabilidade, tão inerente ao humanismo, é incorporada integralmente à forma de pensar da corte. Com efeito, a Suprema Corte tem decidido reiteradamente pela obrigação estatal ao fornecimento de fármacos e de tratamentos de saúde independentemente do custo ou da existência de verba pública, sob o fundamento de que a saúde é um bem indisponível.

As decisões analisadas aventam a indisponibilidade da saúde com a sua manutenção mesmo diante de argumentos de difícil superação, como a efetiva escassez de recursos. Constrói-se a indisponibilidade do direito à saúde em desfavor da sua não concretude, como no julgamento do Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário de nº 640.722/SC.⁴⁷

⁴⁶ VESTING. *Teoria do Direito*. Uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 183-186.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Brasília, DF. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso->

No conjunto das decisões analisadas, identifica-se o direito à saúde como inviolável. A fundamentação de boa parte dessas decisões traz a lume outras decisões para ratificar a assertiva de que o STF já firmou posicionamento em favor da preservação do referido direito como um direito humano fundamental. Dessa forma, é direito inviolável, a resultar na obrigação do Estado (em sentido genérico) de garantir o fornecimento de medicamentos, com destaque para o atendimento de doenças graves.⁴⁸

O humanismo incorporado nas decisões vai ao encontro do próprio teor positivado pela Constituição Federal, de modo que as normas constitucionais programáticas tomam no material empírico coletado contorno completamente diverso da composição clássica desenvolvida na década de 1960 por José Afonso da Silva. Nas decisões analisadas, parte-se, sim, do pressuposto de que o direito à saúde está disposto em norma programática; entretanto, a sua interpretação não poderia resultar numa promessa inconstitucional. Essa assertiva é considerada uma premissa inconteste. Bem por isso, é repetida como axioma numa grande quantidade de decisões, como, por exemplo, nos julgados AI nº 662.822/RS e AGR no RE nº 393.175/RS. Para ilustrar, transcreve-se trecho do RE nº 535.145-MT:

[...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele

extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do mesmo julgado, p. 1: "1. A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recurso financeiro o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves". Trecho do mesmo julgado, p. 1: "2. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)". Trecho do mesmo julgado, p. 1: "3. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional".

⁴⁸ Trecho do mesmo julgado, p. 1: "O agravo não merece acolhida. Isso porque, o julgado impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286- AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Salientou-se, ainda, no citado julgado, que a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro. No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: RE 393.175-Agr/RS e AI 662.822/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 566.575/ES, Rel. Min. Ayres Britto; RE 539.216/RS, Rel. Min. Eros Grau; RE 572.252/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 507.072/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 535.145/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 635.766/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence".

depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...].

Nesse cenário jurisprudencial, perde o seu sentido original o ideário teorizado pelo citado autor constitucionalista de normas programáticas como programas a serem cumpridos pelo Estado, como orientações que os governantes devem levar em conta ao tomar as suas decisões, todavia, sem um vínculo efetivo ao seu cumprimento. Em última análise, o tempo de cumprir o “programa em direito à saúde” passou; a sua interpretação aproxima-se muito mais das normas de eficácia imediata – classificação também proposta por José Afonso da Silva –, em que pese ainda serem chamadas pelo STF de normas de eficácia programática.

6.1.1 Direito moderno como funcional diferenciado

Cada subsistema funcional está ligado diretamente à evolução social e, no direito, não seria diferente.⁴⁹ O direito, pelo prisma luhmanniano, evoluiu impulsionado pela complexidade, chegando à operação sistêmica conhecida como positividade. A positividade tornou-se o direito da diferenciação funcional.⁵⁰

A incorporação por Niklas Luhmann da diferenciação funcional afastou a sua descrição do positivismo jurídico. Para Luhmann, é positivo o direito posto por uma decisão e alterável por outra,⁵¹ de modo que a positividade, como principal característica do direito moderno, passa ser substituída por operações sistêmicas de reflexão interna, conduzidas por fechamento operacional e, ao mesmo tempo, por uma abertura do sistema jurídico às comunicações vindas do externo ao direito.

A evolução do direito vem motivada pelo mesmo fator que impulsiona o sistema social global, qual seja, a complexidade, em razão da diversidade do número de

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002. p. 625-664. Ver também NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18: “A evolução da sociedade como sistema social mais abrangente vincula-se diretamente à evolução dos seus subsistemas funcionais”. Niklas Luhmann apresentou uma divisão da sociedade que conota, a partir de específicos momentos sociais, o seu respectivo direito. Assim, as sociedades segmentadas correspondem ao direito arcaico, por exemplo. Ademais, o direito caracterizar-se-á pela hierarquia nas culturas avançadas pré-modernas.

⁵⁰ Esse desenvolvimento não é um estado objetivo, mas um estado relativo de desenvolvimento, o que leva a pulos históricos, como ensina Neves (2006, p. 20): “[...] de tal maneira que traços jurídicos das culturas avançadas, pré-moderna e mesmo arcaicas podem ser encontradas no presente”.

⁵¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 141 e NEVES, 2006, p. 24: “Só quando o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão é que se pode falar de positividade”.

situações e de eventos possíveis.⁵² O processo evolutivo, desta feita, torna-se o resultado das permanentes operações de: variação, seleção e estabilização de estruturas.⁵³ O inverso disso, porém, é a própria involução, caracterizada pelo não ingresso de nova complexidade no direito.

A Corte Suprema, ao tratar como intocável o direito à saúde, simplesmente tenta – talvez involuntariamente – fechar a operação jurídica às novas necessidades da sociedade. Trata-se de uma artificialidade muito usual no direito em outros tempos, cujo uso desmedido, desproporcional, pode, no entanto, aumentar demais a pressão social vinda do externo, a ponto de submeter o sistema a uma pressão muito maior do que a sua capacidade operacional pode suportar.

6.1.2 Conceitos dogmáticos incorporados às decisões da Corte Constitucional

As decisões judiciais auxiliam a compreensão e a construção de conceitos teóricos forjados pela dogmática jurídica. A busca de sentido das operações fundamenta-se nos referidos conceitos para justificar o conteúdo das decisões. No entanto, aqui, o que de fato interessa são as comunicações do sistema oriundas dos julgamentos dos seus ministros. Pouco importa o que pensaram ou deixaram de pensar os ministros do STF, mas, sim, como distinguiram o seu pensamento na comunicação extraída do voto. Os próprios sistemas observam mediante comunicação. Assim, sem comunicação, não há nada a ser observado – como no conhecido jargão forense “o que não está nos autos não está no mundo fenomênico” ou, sistemicamente, falando, “o que não está na comunicação não existe no sistema”.

Com base nesse raciocínio, a pesquisa chegou à seguinte conclusão: o que está por trás da operação exclusivamente fechada do STF é a vitória do ideário conhecido como “mínimo existencial” – que, na jurisprudência, de mínimo não tem nada, absolutamente – contra outro conceito conhecido sobre a vetusta de “reserva do possível”, como se exemplifica pelo paradigma RE nº 642.536 AgR/AP.⁵⁴ É célebre o debate travado entre ambos, inicialmente no plano doutrinário e,

⁵² Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Milão: Società editrice il Mulino, 1990. p. 38: “L'evoluzione viene concepita come accrescimento della complessità, come incremento del numero e della diversità delle situazioni e degli eventi possibili [...]”.

⁵³ CAMPILONGO, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 23-24, 88-89.

⁵⁴ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2.

depois, na jurisprudência. O debate tomou, muitas vezes, um tom caricato: de um lado, apresentam-se os defensores do mínimo existencial como defensores dos direitos, por vezes rotulados de neoconstitucionalistas, pós-positivistas ou outro indicador de algo positivo; de outro, há os defensores da reserva do possível, que receberam o rótulo de conservadores, neoliberais ou qualquer outra pecha que os relaciona a ideias negativas.

Parte da dogmática jurídica ajudou a construir a panaceia principiológica que motiva uma atuação jurisdicional finalística, quase cega ao entorno, sempre avante. Direitos subjetivos absolutos, no entanto, são egoístas por legitimar alguns contra muitos. Turbinar o Judiciário com pretensões, fazendo crer que se pode mais do que realmente é possível fazer pela sociedade, gera, entre tantos malefícios, uma hipercomplexidade social funcional, desfocando-o de sua real possibilidade; além disso, inflaciona as possibilidades judiciais, podendo causar irritações nos demais sistemas, capazes de prejudicar, por exemplo, o próprio sistema público de saúde, de acesso integral, universal e gratuito.

Pelo viés sistêmico, a pesquisa identifica algumas potencialidades do sistema jurídico, sobretudo aquelas ligadas à consistência interna (autorreferência) e à abertura ao externo (heterorreferência).⁵⁵

No duelo entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, não deve haver vencidos nem vencedores; todavia, persiste a necessidade de constante diálogo, que deveria ser travado em todas as decisões analisadas, mas, em parte delas, tal não ocorreu.

As decisões estudadas no âmbito do STF servem-se de procedimentos processuais como ritos, nos quais se permitiria a irritação recíproca dos códigos da política e do direito, a fim de (i) assegurar que os referidos sistemas se comuniquem em nível de igualdade, portanto sem qualquer sobreposição comunicacional de um sobre o outro e, conseqüentemente, (ii) tipificar a jurisprudência como “equivalente funcional”, no sentido de que a abertura garantiria a variação da comunicação e o fechamento da redundância, como descreveu Luhmann.⁵⁶

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgrR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.2010. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE n. 642536 AgR/AP. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22882847/recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁵⁵ CORREIA, José Gladson Viana. *Sociologia dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 199.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 222-226.

Nos julgados que não apresentam qualquer indício de acoplamento entre os sistemas envolvidos, observou-se, ainda, um típico julgamento liberal; entretanto, em razão da natureza distributiva do direito à saúde, precisa ser positivado como direito social, e não como liberal.

Uma breve retrospectiva permite constatar que muitos recursos submetidos à Corte Suprema para pleitear direito à saúde são julgados improcedentes. A racionalidade demonstrada nos julgados analisados não reconhece o direito à saúde como direito indisponível nem admite os precedentes há algum tempo. A concepção de “reserva do possível” prevaleceu em detrimento do hoje vencedor “mínimo existencial”. É verdade, porém, que tais conceitos oriundos da dogmática não ocupavam papel de destaque na argumentação das decisões. Nesse período, o principal argumento extraído da dogmática era o da separação dos poderes como valor a restringir a atuação do Judiciário na outorga de remédios não oferecidos pelo Estado.

As argumentações de parte das decisões analisadas praticamente nem fazem menção ao princípio da separação dos poderes, focando tão só o diálogo de surdos na autorreferência do mínimo existencial. A interpretação judicial, por vezes, tipifica-se como um produto da sociedade, influenciado pelos valores inerentes à coletividade ou mesmo restrito a grupos específicos, como o dos magistrados. Na interpretação judicial, materializa-se a contingência social e, por isso mesmo, o sentido da interpretação é sempre variável, alternável. De outro modo, porém, quando a corte se fecha a novos argumentos, acaba não levando em conta variáveis novas e mais contingentes na sociedade atual.⁵⁷

6.2 A (parte) Suprema Corte que tipifica o acoplamento estrutural

A delimitação semântica de Constituição Federal vem, ao longo dos séculos, sendo cunhada, apesar de, na hodiernidade, já se pensar em muitos pontos comuns à sua significação.⁵⁸ É possível, nesse jaez, atribuir à ordem constitucional as naturezas de fator e de produto da diferença funcional entre política e direito. Trata-se de uma via de mão dupla onde trafegam comunicações ininterruptas.⁵⁹

⁵⁷ CAMPILONGO. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 136.

⁵⁸ Essa mudança paradigmática já pode, inclusive, ser observada nas traduções da obra de Aristóteles, cujo significado dado à Constituição é contingente, principalmente quando estudada a tradução espanhola organizada por J. Marias e M. Araujo, na qual se pode aferir que, no próprio texto original, há mais de um significado. Ver NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 57.

⁵⁹ NEVES, 2007, p. 65.

A Suprema Corte atuou em alguns julgamentos como acoplamento estrutural, garantindo a relação horizontal entre os sistemas jurídico e político. Nessa atuação, foram identificadas comunicações constantes e assimétricas entre os sistemas acoplados (jurídico e político).⁶⁰ Ademais, não é possível que um sistema autoprodutor fique totalmente fechado. O acoplamento estrutural propiciou comunicação entre os mencionados sistemas.

A relação entre os sistemas político e jurídico talvez seja uma das relações mais próximas entre sistemas sociais parciais. Daí surgem os riscos de jurisdização da política e de politização do direito. Em que pesem tais riscos, ao exercer seu mister constitucional, o STF atua ao mesmo tempo na operação comunicacional do direito e da política, irritando comunicacionalmente ambos os sistemas. O resultado é mais complexidade e, por conseguinte, maior variabilidade no processo decisório de ambos os sistemas parciais. Contingência é a palavra de ordem que deve surgir desse processo de hipercomplexidade social.

A sociedade moderna é caracterizada também pela funcionalidade sistêmica. As comunicações se diferenciam por meio de sua binariedade. Formar-se-ão vários subsistemas, conhecidos ainda como sistemas parciais, caracterizados por funcionalidade e por códigos próprios. O político e o jurídico interessam à pesquisa. O primeiro é formado pela reiteração comunicativa poder/não poder, cujas seleções internas produzem comunicações próprias: leis, portarias, decretos etc.; sua produção vincula a sociedade. O sistema jurídico, conseqüentemente, recebe valores já escolhidos e tem de atuar com base neles, com o escopo de garantir a manutenção das expectativas normativas.⁶¹ Exemplo de acoplamento estrutural é o julgamento da Repercussão Geral no RE nº 979.742-AM.⁶² A troca de informação entre os sistemas envolvidos se tipifica porque os argumentos políticos e jurídicos são facilmente vislumbrados na leitura do acórdão. Razões políticas e jurídicas dialogam, evidenciando um jogo comunicacional muito claro. A decisão serve como paradigma, uma vez que o mérito do tratamento não foi enfrentado, tendo em vista a natureza do julgamento da repercussão geral. O caso foi considerado de repercussão geral, por unanimidade, o que o levará a futuro julgamento de mérito sobre o deferimento ou não do pleito à saúde.

O recurso interposto diz respeito à condenação da União e de estado-membro ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública. O requerido pleiteou o pagamento de cirurgia de artroplastia total primária, sem o procedimento

⁶⁰ CAMPILONGO, 2002, p. 95; NEVES, 2007, p. 69.

⁶¹ Sobre a função dos sistemas político e jurídico, ver CAMPILONGO, Celso. *Governo representativo “versus” governo dos juizes: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico*. Belém: UFPA, 1998, p. 58.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE n. 979.742- AM. Plenário Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de junho de 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312131513&tipoApp. Acesso em: 30 jan. 2018.

(normalmente realizado) de transfusão de sangue, sob o argumento de pertencer a Testemunhas de Jeová, cujos preceitos, como é cediço, vedam qualquer tipo de transfusão de sangue. Tal cirurgia não é oferecida pela rede pública. O Estado foi condenado a custear tratamento, consultas e medicamentos, além de passagens aéreas para o doente e seu acompanhante.

A redação da decisão em comento deixa claro o papel do acoplamento realizado pela Constituição Federal entre a política e o direito. As informações oriundas de ambos os sistemas se chocam. Os argumentos que invocam a proteção constitucional à liberdade religiosa e à dignidade da pessoa humana e a proteção à saúde justificariam o deferimento da medida pleiteada. Também se constata argumentos políticos de que o direito à saúde como direito absoluto e a liberdade religiosa, caso não analisados a realidade e o contexto social brasileiro, prejudicariam a universalidade e a igualdade do direito à saúde. A convicção religiosa deve ser respeitada, mas isso não significa que o Estado deva ser obrigado a arcar com custos derivados das particularidades de cada religião. Essa obrigação potencializada inviabilizaria qualquer tentativa de estruturação do sistema de saúde.

A partir da atuação da Corte Suprema, a política e o direito não só desenvolvem sensibilidade para resolver determinados eventos em torno do ambiente, como também produzem coordenações pragmáticas de transparências entre os subsistemas autopoieticos, clausurados operacionalmente e acoplados estruturalmente.⁶³ O coligamento estrutural é assim chamado por representar ligações entre as estruturas do sistema e, ademais, pressupõe dois sistemas estáveis pela dinâmica. As estruturas próprias do sistema servem a um coligamento operativo. Há uma continuidade da *autopoiesis* do sistema de operação, garantindo estabilidade temporal à medida que passa de uma operação à outra.⁶⁴ Os sistemas parciais precisam comunicar-se para buscar uma adaptação ao novo ambiente.^{65 66}

Uma parte dos julgamentos funciona como fatores de exclusão e de inclusão, acrescentando novos valores e excluindo outros anteriormente impostos ao direito. A comunicação irrita os sistemas⁶⁷ e possibilita a constante troca de influências

⁶³ CAMPILONGO. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 50.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. L'informazione nell'economia e nel diritto. *Ossevatorio "Giordano Dell' Amore"*, Milano, Cariplo, n. 6, p. 27-45, 1989. p. 32: "Il concetto presuppone dei sistemi, che ottengono la loro stabilità grazie alla propria dinamica. Le strutture proprie del sistema servono ad un collegamento operativo, ad una continuazione dell'autopoiesi del sistema da operazione ad operazione, quindi da momento a momento". Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 92.

⁶⁵ MANSILLA, Invitación la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 24.

⁶⁶ O exemplo é ofertado por CAMPILONGO, *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 53.

⁶⁷ MANSILLA, Invitación la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 51: "Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con un efecto de inclusión y de exclusión. Una Constitución, por ejemplo, puede haber sido aprobada en su texto, pero no funcionará se no puede evitar los efectos

recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Constrói-se, assim, uma solução jurídica à autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, fornece-se uma resposta política à autorreferência do sistema jurídico.⁶⁸

A proposta de descrever a Constituição como acoplamento estrutural pressupõe a existência de dois sistemas parciais (no caso, direito e política), que são autônomos em suas operações e, para evoluir, necessitam receber comunicação nova, chamada aqui de irritação, de modo a realizar uma reflexão interna para estabilizar a irritação por meio de nova comunicação. Acoplar, porém, é criar condições para a provocação de uma irritação concentrada, ininterrupta. O acoplamento é uma estrutura criada justamente para possibilitar uma concentração comunicacional entre os sistemas. As irritações são geradas por eventos e situações oriundas do ambiente externo ao sistema.

A separação dos poderes se tornou valor inerente ao constitucionalismo moderno. Raros são os casos de constituições que não o adotam como estrutura basilar na relação entre os poderes. Valores, princípios e normas característicos da sociedade complexa, quando não efetivados, perdem a sua vocação de autoimplementação, se não por meio de organizações. As estruturas são construídas com base nas organizações. O Judiciário é uma delas. O STF é a organização por excelência engendrada para construir o sentido e o alcance das normas constitucionais.

A vagueza das normas constitucionais, de um lado, legitima a constante operação em busca de sentido interno ao direito (separação dos poderes e direito à saúde são exemplos); de outro, garante a manutenção desses valores ao longo do tempo como positivos porque permite a sua constante reconstrução num processo autopoietico de reflexão interna e adaptação ao que vem do externo. A principal pretensão da teoria dos sistemas é, sem dúvida, descritiva, apesar de se encontrarem traços de normatividade, notadamente na autonomia dos sistemas funcionais.⁶⁹

Referências

BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. *Intervenção judicial na saúde pública*. Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais. [s.d.] Disponível em: http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2013/Jun/14/Panoramadajudicializacao_2012_modificadoemjunhode2013.pdf. Acesso em: 18 out. 2013.

contrarios a la constitución de la violencia política sobre el sistema del Derecho. Estos acoplamientos estructurales, por otra parte, conforman mecanismos que son considerados de manera distinta por cada uno de los sistemas acoplados y de esta manera se consiguen las irritaciones o gatillamientos mutuos.”.

⁶⁸ NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 97-99.

⁶⁹ VILLAS BÔAS, 2009, p. 277; LUHMANN, 2016, p. 41.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014*: ano-base 2013, p. 39. Disponível em: http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 7 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.R no Agravo de Instrumento ao Recurso Extraordinário n. 894.085/SP*. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 15.12.2015. p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RE 831.915/RR*. Primeira Turma Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de abril de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10879141. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RE 926.469/DF*. Primeira Turma Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 7 de junho de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309759747&tipoApp=.pdf. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no 943.547/RN*. Primeira Turma Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309622477&tipoApp. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Suspensão de Liminar n. 47 – Pernambuco*. Tribunal Pleno. Relator Min. Presidente Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 – Ceará*. Tribunal Pleno. Relator Min. Presidente Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 809.018 – Santa Catarina*. Primeira Turma. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2914845>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 810.864 – Rio Grande do Sul*. Primeira Turma. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7589406>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada n. 818 - Minas Gerais*. Plenário. Relator Min. Presidente Cármen Lúcia. Brasília, DF, 30 de junho de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13440669>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Ag. Reg. no RE 939.351-DF*. Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=939351&classe=RE&origem=AP&recurso=216&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AG.Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada STA 223*. Plenário. Relator Ministro Presidente. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Brasília, DF. Julgado em 14.04.2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diariojustica/verdiarioprocesso.asp?numDj=83&datapublicacaoDj09/05/2008&incidente=3654789&codCapitulo=2&numMateria=14&codMateria=4>. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.R. na Suspensão de Segurança n. 3.355/RN*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 março de 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087073/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-3355-rn>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 936.301/ES*. Primeira Turma. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309151141&tipoApp=.pdf. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 950.503 – PR*. Segunda Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878926>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiências públicas realizadas. *Judicialização do direito à saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 744.223/RJ*. Primeira Turma Relator Ministra Rosa Weber. Brasília, 15 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 4 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 368.564/DF*. Relator Ministro Marco Aurelio de Mello. Brasília, julgamento em 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 535145/CE*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. Publicação DJe 04.09.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 566471/RN*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=256507>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 581.488/RS*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *RE n. 642536 AgR/AP*. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22882847/recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 657718*. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Processo em andamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no RE n. 979.742-AM*. Plenário Relator Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29 de junho de 2017. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312131513&tipoApp. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 198/MG*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Estado de Minas Gerais. Requerido: Relator do

Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.043356-3 do Tribunal Federal Regional da 1ª Região. União. Município de Belo Horizonte. Brasília, DF. Julgado em 22.12.2008. Publicado em 03.02.2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+198%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/obe847x>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE*. Relatora Ministra Ellen Gracie. Requerente: Estado de Pernambuco. Requerido: Relator do Agravo de Instrumento nº 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Brasília, DF. Julgado em 12.03.2008. Publicado em 18.03.2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/aj28lcv>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BUSCATO, Marcela. O ano em que a saúde chegou aos tribunais. *Revista Época*, Rio de Janeiro, Globo, 2017, p. 82-83.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2010.

CORREIA, José Gladson Viana. *Sociologia dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

FOLHA DE SÃO PAULO. *Patologia judicial*. São Paulo, Editorial, 11 out. 2016.

GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Bari: Editori Laterza, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Posição das cortes constitucionais no sistema jurídico: pequena contribuição para discutir fundamentos racionais do pensar nos tempos de judicializar do direito a partir da teoria de sistemas sociais autopoieticos. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; MARTINS, Otávio Henrique; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. (Coord.). *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. São Paulo: Campus Jurídico, 2011.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción Santiago López Petit; Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.

JORDÃO, Eduardo. Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p. 122-123.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. *Direito Público*, Porto Alegre, Síntese, ano 7, n. 32, p. 20, 21, mar./abr. 2010.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. L'informazione nell'economia e nel diritto. *Osservatorio "Giordano Dell' Amore"*, Milano, Cariplo, n. 6, p. 27-45, 1989.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Sistemi sociali*. Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bolonha: Mulino, 1990.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. A cura di A. FEBBRAJO. Milano: Giuffrè, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. La constituição como aquisição evolutiva. A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörgen. *Il futuro della costituzione*. Torino: Giulio Einaudi, 1996b. p. 83-128.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *La sociedade de la sociedade*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MASCARENO, Aldo. Prefácio II – A Teoria dos Sistemas Sociais, de Luhmann, como teoria geral. In: SILVA, Artur Stamford da (Org.). *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *Poder*. Traducción Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos, 1995. p. VII-XXVII.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

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

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo*. São Paulo: Método, 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWARTSMAN, Hélio. Sangria na saúde. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 set. 2016a, p. A2.

SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema da saúde. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 set. 2016b, p. A2.

SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016.

VARGAS, Daniel. A desarmonia entre os poderes. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017. p.131-133.

VESTING, Thomas. *Rechtstheorie*. München: C.H. Bech, 2015a.

VESTING, Thomas. *Teoria do Direito*. Uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015b.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Direito e a política nos julgamentos da Suprema Corte em direito à saúde. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 75-112, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1418.
