

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

ANDRÉ SANTOS CHAVES

**INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO
DIREITO NO TOCANTE AO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL COM O SISTEMA
DA POLÍTICA E COMO IRRITAÇÃO EM RELAÇÃO AO SISTEMA DA SAÚDE**

São Leopoldo
2016

ANDRÉ SANTOS CHAVES

**INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO
DIREITO NO TOCANTE AO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL COM O SISTEMA
DA POLÍTICA E COMO IRRITAÇÃO EM RELAÇÃO AO SISTEMA DA SAÚDE**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: 2 – Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização.

Orientadora: Prof(a) Dr.^a Sandra Regina Martini

São Leopoldo
2016

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C512c Chaves, André Santos

Instituto da repercussão geral como ganho aquisitivo da modernidade no tocante ao fechamento operativo e abertura cognitiva do sistema jurídico em relação aos sistemas de política e da saúde./ André Santos Chaves; Orientadora Sandra Regina Martinif. – São Leopoldo: UNISINOS, 2016.

407 p.

Tese (Doutorado em Direito) - UNISINOS, Ciências Jurídicas, Pós Graduação em Direito.

1. Direito. 2. Política. 3. Saúde. 4. Teoria dos sistemas. 5. Sociedade. I. Título

CDU 34:614

Bibliotecária Responsável: Claudia Petinelli Souza CRB10/1647

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO NO TOCANTE AO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL COM O SISTEMA DA POLÍTICA E COMO IRRITAÇÃO EM RELAÇÃO AO SISTEMA DA SAÚDE**”, elaborada pelo doutorando **André Santos Chaves**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de março de 2016.

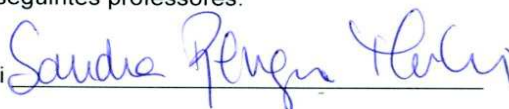


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

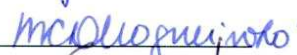
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

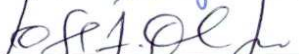
Presidente: Dra. Sandra Regina Martini



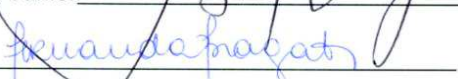
Membro: Dra. Maria Célia Delduque Nogueira Pires de Sá



Membro: Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior



Membro: Dra. Fernanda Frizzo Bragato



Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



A minha família que, em todos os momentos, sempre me apoiou em todas as jornadas, mesmo naquelas em que não obtive o sucesso desejado.

Ao professor Ovídio, que me ensinou, ainda nos bancos acadêmicos, a enxergar o mundo e o processo civil sob outras matizes.

Ao apoio institucional da Procuradoria do Município de Porto Alegre.

À Melissa Petry Medeiros: “El pasado es inquebrantable”
Jorge Luis Borges

À Raquel Duarte Gomes, sem palavras ...

RESUMO

Estudar o instituto da repercussão geral sob a ótica de outra matriz teórica é o que permite avaliar até que ponto é possível observar a mudança nas estruturas do sistema do direito como evolução. O problema relativo à compreensão do que representa a mudança das estruturas do sistema do direito em relação às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos temas ligados ao direito à saúde previstos na Constituição, nos artigos 6º e 196, respectivamente, é objetivo contido ao longo deste trabalho. Para esta jornada, optou-se em dividir a tese em duas partes e cada parte em dois capítulos, sendo tratada no primeiro questões ligadas ao aumento da complexidade na atual sociedade devido à positivação dos novos direitos sociais na Constituição e no segundo capítulo da primeira parte questões decorrentes da auto-observação feita pelo sistema do direito para se compreender as mudanças estruturais que estão ocorrendo. Na segunda parte deste trabalho, no primeiro capítulo, é abordado o conceito de risco e de confiança para teoria sistêmica, enquanto que no último capítulo é feito o fechamento com a noção de autopoiese e evolução no tocante ao estudo do instituto da repercussão geral. O diferencial deste trabalho consiste em dar instrumento para que o leitor consiga perceber a mudança nas estruturas do sistema do direito como evolução, possibilitando um novo aporte teórico a respeito da atual complexidade da sociedade. O marco teórico que perpassa este trabalho é a teoria sistêmica de matriz luhmaniana, porém houve necessidade de se trabalhar de modo interdisciplinar com a linguística moderna bem como foi útil a introdução de maneira transdisciplinar do pensamento de Mikhail Bakhtin. Por fim, a conclusão foi no sentido de que a mudança ocorrida nas estruturas do sistema do direito se traduziu em evolução, em ganho aquisitivo que permitiu ao Supremo Tribunal Federal operacionalizar a Constituição e permitiu ao mesmo tribunal de maneira autopoietica que tivesse uma estrutura capaz de lhe garantir a condição de centro do sistema do direito.

Palavras-chave: Direito. Política. Saúde. Teoria dos sistemas. Sociedade.

ABSTRACT

Study the Institute of general repercussion from the perspective of other theoretical matrix is designed to measure how far it is possible to observe the change in the law as evolving system structures. The problem concerning the understanding of what is changing right system structures in relation to decisions taken by the Supreme Court when the trial of the issues related to the right to health in the Constitution, in Articles 6 and 196, respectively, is contained goal throughout this work. To this day, it was decided to divide the thesis into two parts and each part into two chapters, being treated in the first issues to increased complexity in today's society due to positivization of new social rights in the Constitution and in the second chapter of the first part issues arising from self-observation for the right system for understanding the structural changes that are occurring. In the second part of this work, in the first chapter, the concept of risk and confidence to systems theory is approached, while the last chapter is made closing the notion of autopoiesis and developments in relation to the study of the Institute of general repercussion. The spread of this work is to give the instrument so that the reader can notice the change in the evolution of law as system structures, enabling a new theoretical framework regarding the current complexity of society. The theoretical framework that permeates this work is the systemic theory luhmaniana matrix, but there was need to work in cross-disciplinary way with modern linguistics and was useful the introduction of equally transdisciplinary way, the thought of Mikhail Bakhtin. Finally, the conclusion was to the effect that the change in the law system structures has resulted in progress in income gains that allowed the Supreme Court to operationalize the Constitution and allowed the same court autopoietic way that had a structure capable of Ensure the central condition of the right system.

Keywords: Right. Policy. Health. Systems theory. Society.

RESUMEN

Estudiar el Instituto de repercusión general, desde la perspectiva de otra matriz teórica está diseñado para medir hasta qué punto es posible observar el cambio en la ley como las estructuras del sistema de desarrollo. El problema relativo a la comprensión de lo que es el cambio de las estructuras del sistema correctas en relación con las decisiones tomadas por el Tribunal Supremo cuando el juicio de las cuestiones relacionadas con el derecho a la salud en la Constitución, en los artículos 6 y 196, respectivamente, está contenida meta a lo largo de este trabajo. A día de hoy, se decidió dividir la tesis en dos partes y cada parte en dos capítulos, que está siendo tratado en los primeros números de aumento de la complejidad de la sociedad actual debido a la agresividad de los nuevos derechos sociales en la Constitución y en el segundo capítulo de la primera parte las cuestiones derivadas de la auto-observación para el sistema adecuado para la comprensión de los cambios estructurales que se están produciendo. En la segunda parte de este trabajo, en el primer capítulo, el concepto de riesgo y la confianza de la teoría de sistemas se acercó, mientras que el último capítulo se realiza cerca de la noción de autopoiesis y las novedades en relación con el estudio del instituto de repercusión general. La difusión de este trabajo es dar al instrumento de modo que el lector puede notar el cambio en la ley como un sistema de desarrollo de las estructuras, lo que permite un nuevo enfoque teórico de la complejidad de la sociedad actual. El marco teórico que se respira en este trabajo es la matriz luhmaniana teoría sistémica, pero no había necesidad de trabajar de manera interdisciplinaria a la lingüística moderna y era útil la introducción de la misma manera transdisciplinaria, el pensamiento de Mijail Bajtin. Por último, la conclusión fue que el efecto que el cambio en las estructuras del sistema de la ley ha dado lugar a avances en la compra de las ganancias que permitieron el Tribunal Supremo de poner en práctica la Constitución y permitió la forma autopoiesis mismo tribunal que tenía una estructura capaz de asegurar la condición central del sistema correcto.

Palabras clave: Derecho. Política. Salud. La teoría de sistemas. La sociedad.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
AD	Análise do Discurso
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AIDS/SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
CPC	Código de Processo Civil
DP	Defensoria Pública
EC	Emenda Constitucional
FCE	Fondo de Cultura Económica
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONG	Organizações não-governamentais
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UnB	Universidade de Brasília
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AUMENTO DA COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE E A RESPOSTA DADA PELO SISTEMA DO DIREITO	28
2.1 FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DA POLÍTICA E DO SISTEMA DO DIREITO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: IRRITAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DO DIREITO, DA POLÍTICA, DA ECONOMIA E DA SAÚDE	29
2.1.1 Observação a Respeito da Mudança Paradigmática e Escolha dos Temas Relativos à Repercussão Geral que são Objeto desta Tese	30
2.1.1.1 Do Paradigma da Legalidade Estrita para que Paradigma?	44
2.1.1.2 “Autores “Dobradiça”: dúvida cartesiana e ponto cego	46
2.1.2 Reflexões a Respeito das Constituições Brasileiras: evolução desde o Golpe de 1964	50
2.1.2.1 O Crescimento Econômico Brasileiro e o Consequente Aumento de Complexidade	52
2.1.2.2 O Funcionamento do Sistema da Política durante o Período de Vigência do Golpe de 1964	55
2.1.2.3 Características do Constitucionalismo no Brasil: a constante criação ou antecipação dos direitos	59
2.1.2.4 Constituição de 1988 e a Positivização dos Novos Direitos Sociais	67
2.1.2.5 Positivização dos Direitos (Segunda e de Terceira Gerações) como Fator de Complexificação da Sociedade	69
2.1.3 Positivização do Direito, Frustração de Expectativas no Brasil e Consequente Dificuldade de Acesso aos Novos Direitos Positivados	72
2.1.3.1 A Judicialização da Política como Resposta à Baixa Operacionalidade da Positivização Constitucional do Direito à Saúde	80
2.1.3.2 A Importância da Observação do Sentido em Relação às Respostas Políticas e Jurídicas Dadas por Meio da Constituição de 1988	84
2.2 O SENTIDO COMO FRONTEIRA ENTRE OS SISTEMAS SOCIAIS E A AUTO-OBSERVAÇÃO PRATICADA PELO SISTEMA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE VISUALIZAR O GANHO AQUISITIVO DA MODERNIDADE: CONSTITUIÇÃO	85
2.2.1 Comunicação como Seleção sob Ponto de Vista da Teoria Sistêmica	86
2.2.1.1 A Linguagem como Fator de Intensificação da Comunicação e os Meios	

Simbolicamente Generalizados	88
2.2.1.2 Contribuições da Linguística Moderna em Relação à Teoria Sistêmica: preocupação com o sentido	91
2.2.1.3 A Linguística Estruturalista de Saussure: um único sentido e a restrição em relação à auto-observação do sistema do direito	92
2.2.1.4 Aportes da Sóciolinguística: importância do texto e do contexto para construção do sentido e a possibilidade de observação de segunda ordem pelo sistema do direito	98
2.2.1.5 Análise do Discurso (AD): preocupação com efeito de sentido e a possibilidade de auto-observação e observação de segunda ordem pelo sistema do direito ...	101
2.2.1.6 Sentido: fronteira entre os sistemas sociais e os aportes linguísticos	105
2.2.2 Constituição de 1988: positivação do direito à saúde e auto-observação pelo sistema do direito	107
2.2.2.1 Necessidade de Observação e Auto-Observação das Decisões Judiciais para se Compreender os Limites Construídos em Relação ao Sentido de Direito à Saúde	111
2.2.2.2 Positivação dos Direitos Sociais e o Problema da Operacionalização do Direito à Saúde	114
2.2.3 Evolução do Sistema Político em Relação aos Direitos Constitucionalizados: limites operativos e política simbólica(?)	117
2.2.4 Efetivação da Constituição no Tocante ao Direito à Saúde por Meio do Poder Judiciário: autopoiese e alopoiese no direito	122
2.2.5 Os Juízes como Porta-voz do Direito Constitucionalizado e a Operacionalização Alopoiética do Sistema	125
2.2.6 Organizações do Poder Judiciário: as múltiplas “vozes”.....	129
2.2.7 As Decisões Judiciais como “Vozes” das Organizações do Poder Judiciário..	132
2.2.8 A “Voz” Dominante na Estrutura do Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal	135
2.2.9 As Decisões dos Juízes e a Racionalidade do Sistema do Direito.....	136
3 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO E TENTATIVA DE DIMINUIÇÃO DO RISCO: LIMITES OPERATIVOS AUTOPOIÉTICOS E ALOPOIÉTICOS DOS SISTEMAS DO DIREITO, DA POLÍTICA E DA SAÚDE	144
3.1 DECISÕES JUDICIAIS E RISCO: NOVO PARADIGMA?	146
3.1.1 Consequências da Modernização na Sociedade Atual: risco	146
3.1.1.1 O Risco sob o Ponto de Vista da Teoria Sistêmica	152

3.1.1.2 Modernidade Reflexionada: risco reflexionado	155
3.1.1.3 Desigualdade Social Brasileira como Fator de Aumento do Risco da Operacionalização do Direito à Saúde	159
3.1.2 Sistema da Saúde e Acoplamento Estrutural com Sistema da Política e do Direito: houve aquisição evolutiva?	163
3.1.3 Estrutura do Poder Judiciário e a Preocupação com a Segurança Jurídica: questão de confiança sob o ponto de vista sistêmico	168
3.1.3.1 A Confiança como Fator Necessário para Generalização de Decisões no Tocante à Operacionalização do Direito à Saúde	176
3.1.4 Confiança na Jjurisdição Constitucional como Tentativa de Operacionalização do Direito à Saúde	179
3.1.4.1 Operacionalização da Constituição em Relação ao Direito à Saúde pelos Juízes ou pelo Supremo Tribunal Federal?	182
3.1.5 A Jurisprudência como Fator de Normatização de Condutas: a função dos tribunais	187
3.1.6 Resposta do Supremo Tribunal Federal em Relação às Decisões Judiciais Repetitivas em Saúde na Jurisdição Difusa: repercussão geral	192
3.2 O CONTROLE EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO: AUTOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO E OS LIMITES ENTRE SISTEMAS JURÍDICO, POLÍTICO E DA SAÚDE	197
3.2.1 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados: limite entre sistemas do direito e da política	198
3.2.2 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados como Transferência de Risco entre Sistemas da Política e do Direito	203
3.2.2.1 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados como Evolução do Sistema do Direito..	211
3.2.2.2 A Ideia de Concreção dos Conceitos Jurídicos Indeterminados como Autorreferencialidade do Sistema do Direito	219
3.2.3 O Instituto da Repercussão Geral e a Possibilidade de Operacionalização de Políticas Públicas na Área da Saúde	223
3.2.4 O Instituto da Repercussão Geral como Estrutura Operacional da Centralidade do Supremo Tribunal Federal e como Estrutura de Fechamento Autopoiético do Sistema do Direito	225
4 CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS	251
ANEXO A – JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVOS AOS TEMAS ELENCADOS NA TESE	264

1 INTRODUÇÃO

Noventa por cento das memórias são falsas.
Iván Izquierdo

*O gringo subiu no morro e bebeu cachaça/
 fumou maconha e obteve a graça/
 depois do samba sua vida nunca mais foi a mesma*
A Maldição do Samba, Marcelo D2

Ter a compreensão de que a Constituição evolui, conquanto seja o resultado de um planejamento intencional dos Estados modernos a partir do século XVIII, segundo Luhmann, é ter a capacidade de analisar as mudanças estruturais do sistema do direito e do sistema da política que permitiram a absorção da complexidade do entorno. A própria noção de evolução do que se pode entender por Constituição no século XVIII e o que se pode entender por Constituição atualmente (século XXI) mostra que há estruturas que se modificam para que seja possível identificar a Constituição dos Estados Unidos da América e a Constituição Brasileira como diferentes constituições. São diferentes cartas constitucionais, porém são denominadas Constituição.

A Constituição assemelha-se a figura do Deus Janus, alegoricamente expressando-se, uma vez que o sistema do direito consegue observar apenas uma das faces e o sistema da política apenas a outra, no entanto, ela - a Constituição - participa de dois sistemas simultaneamente, constituindo-se num paradoxo, pois é diferente para cada um dos sistemas (direito e política), todavia é uma única Constituição – e é diferente, pois possui duas faces - se observada por meio de outro sistema, como o da saúde, exemplificativamente.

Sendo a Constituição o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política e, portanto, respondendo pelo paradoxo de ser visualizada como diferente, porém igual, é importante compreender como essa evolução aquisitiva em relação ao conceito de Constituição tem ocorrido e que estruturas foram modificadas para que se pudesse, atualmente (2015), falar em Constituição quando as condições da sociedade do século XVIII eram bem menos complexas que as condições atuais.

Compreender a mudança na estrutura do sistema do direito será compreender por meio de que mecanismo jurídico é possível analisar a evolução do sistema do direito, e consequentemente da sociedade, que permita manter ligado o sistema do direito e o sistema da

política por meio da Constituição bem como permita compreender como o código do sistema do direito (direito/não-direito, lícito/ilícito ou legal/ilegal) é aplicável a todo ordenamento jurídico à exceção da Constituição.

Como é possível que o sistema do direito auto-observe (e até mesmo suporte) a existência de um não-direito no ordenamento jurídico, ou seja um ilícito e, no entanto, inexista essa possibilidade na lei constitucional é o paradoxo que permite que o sistema do direito e o sistema da política mantenham-se ligados por meio da Constituição e este paradoxo operacionaliza-se por meio do instituto da repercussão geral, responsável por introduzir a política no sistema jurídico e o direito no sistema da política.

A tensão essencial¹ existente quando da utilização de um novo instituto jurídico – repercussão geral - nem sempre é percebida imediatamente, pois em muitos casos, a nova maneira de decidir ainda é vista sob o prisma do anterior paradigma², o que faz com que a novidade seja tratada dentro de padrões cujas balizas são insuficientes para contê-la, ou, eventualmente, é tratada como algo estranho, como uma maneira diferente de decidir e às vezes sem uma explicação convincente não é estudada porque não é observada. É o que atualmente se enfrenta ao se observar as operações do sistema do direito quando decide por meio do instituto da repercussão geral.

É possível, com base no paradigma da legalidade estrita, explicar como o Supremo Tribunal Federal, por meio do instituto da repercussão geral, julgando ações relativas à implementação do direito à saúde, nos termos do artigo 6º e artigo 196, ambos da Constituição, consegue sobrestar a atividade jurisdicional de todos os tribunais do Brasil, consegue impor a maneira como uma demanda deverá ser julgada sem que haja crítica contundente daqueles que lidam diariamente com as mazelas forenses ou daqueles que deveriam analisar as mudanças de maneira mais detida: academia.

A reflexão passa por compreender, sob o ponto de vista da teoria sistêmica³, que a referida mudança, que a nova maneira com que o sistema do direito decide por meio da organização denominada Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo aplicação do direito à saúde previsto na Constituição em seus artigos 6º e 196, é evolução, é um ganho aquisitivo

¹KUHN, Thomas S. **La tensión esencial**: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencias. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

²Neste caso, seria o paradigma da legalidade estrita.

³Matriz luhmaniana.

da modernidade. Evoluir, para Luhmann, é entre outras coisas observar a autopoiese do sistema.

As reformas no Código de Processo Civil⁴ perseguem o paradigma da efetividade na prestação da tutela jurisdicional, buscando, na maioria das vezes, emprestar poderes ao juiz para solucionar a demanda de maneira justa e adequada no menor prazo possível. Um dos pilares atacados nas denominadas reformas do código de processo civil diz respeito à necessidade de diminuição da cadeia recursal, valorizando-se a jurisdição de primeiro grau⁵. Paradoxalmente, talvez nunca se tenha presenciado tanta influência das Cortes Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à condução e formação dos precedentes⁶ em relação aos julgamentos importantes na área da saúde, julgamentos estes que envolvem ações cujo interesse transcende o interesse das partes no processo, mostrando a importância que é dada aos recursos (e conseqüentemente aos tribunais), vez que os mais variados problemas de saúde vazados nos processos são conhecidos pelos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) por meio de recursos⁷ interpostos contra decisões proferidas pelos tribunais locais.

O paradoxo⁸ está criado: tenta-se diminuir o número de processos, de decisões, de recursos e ao mesmo tempo que se tenta realizar esta mudança, no seio do Poder Judiciário, o número de processos, o número de decisões e o número de recursos aumentam vertiginosamente ano a ano no âmbito do Poder Judiciário⁹.

⁴A doutrina tem denominado de “microreformas” as mudanças que se tem feito no CPC desde a Lei nº 8952/94, cujo pontapé inicial foi a mudança no processamento do agravo de instrumento. Por todos. (DINAMARCO, Cândio Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28-35)

⁵Juiz, uma entidade quase hegeliana, abstrata e que em muitos casos assemelha-se ao juiz Hércules de Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165-203).

⁶Termo traduzido da “common law” cujo sentido aproximado significa um exemplo de decisão a ser seguida para uma situação semelhante debatida num determinado processo. A este respeito convém ler recente obra: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103-121.

⁷A tradição do nosso direito permite que as Cortes Superiores re-julguem os casos, imiscuindo-se, na maioria das vezes, na matéria fática. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Questão de fato” em recurso extraordinário. *In*: ROCHA, Leonel Severo da; et al. **Constituição, sistema sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; bem como KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

⁸CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetivação. São Leopoldo: Editora da Unisinos. 2006. p. 100-130.

⁹A taxa de congestionamento, o número absoluto de ações iniciadas e o número de recursos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do RS e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região mostram que cada vez mais se avolumam as ações judiciais. Dados extraídos de: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível

A discussão a respeito da efetividade da prestação da tutela jurisdicional na área da saúde e esta discussão perpassa, num de seus tópicos, pela questão recursal¹⁰.

É comum a alegação que se vive em crise¹¹, seja ela do Estado, seja ela do Direito, e, como uma das soluções para crise, ao menos a crise no campo do Direito, formulam-se tentativas de se dar maiores poderes ao juiz de primeiro grau com a consequente tentativa de diminuição de recursos, principalmente, os recursos dirigidos às Cortes superiores sediadas em Brasília/DF¹².

Todavia, a prática forense, o direito “vivo”¹³, mostra uma realidade totalmente diferente (novamente, o paradoxo) àqueles que labutam no foro como juízes, advogados, promotores ou outros operadores do direito e até mesmo às pessoas que são, de um modo geral, clientes do Poder Judiciário¹⁴, incluindo-se, obviamente, o jurisdicionado.

em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 16 mar. 2015; e BRASIL.Tribunal Regional Federal (4. Região). Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: Acesso em 16 mar. 2015.

¹⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63-71; e: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46-53.

¹¹É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado.

[...]

Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas da modernidade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 26-27).

¹²Ao Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, para este trabalho é que interesse é observar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

¹³Uma alusão ao que Baptista da Silva já falara em sua obra *Processo e Ideologia*. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. XI) em relação à necessidade do jurista “sujar as mãos” eis as palavras do saudoso processualista: “Existe ainda duas outras advertências que a prudência recomenda que se faça, já agora, nesta nota preliminar. A primeira delas é uma decorrência da idéia básica que inspirou a elaboração da obra, qual seja, a insistência com que recrimino o distanciamento entre o Direito – concebido com uma abstração conceitual – e a vida social. Esta perspectiva obriga-nos a “sujar as mãos” com temas políticos, que a velha doutrina européia considerava uma questão vedada aos juristas, enquanto cientistas “puros”.

¹⁴Na ideia trabalhada por Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, (1988) e Boaventura de Sousa Santos (SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007) no sentido de se permitir maior acesso possível ao Poder Judiciário, inclusive das classes mais desamparadas ou desfavorecidas social e economicamente.

Percebe-se, mesmo que haja intenção de se emprestar maiores poderes ao juiz de primeiro grau¹⁵, questões importantes na área da saúde, principalmente quando se está diante de discussões de natureza orçamentária ou de execução de políticas sanitárias, ou questões cujos interesses transcendem a esfera do caso individual, que os recursos são cada vez mais utilizados e, conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal admite, senão todas as causas que lhes são submetidas via recurso extraordinário, uma maioria quase que absoluta¹⁶, rejulgando¹⁷ os casos pautados.

Até que ponto o sistema do direito, enquanto sub-sistema da sociedade é capaz de contingenciar a complexidade e o risco da sociedade atual utilizando-se do instrumento jurídico da repercussão geral e até que ponto o sistema do direito opera autopoiética e autorreflexivamente, criando suas próprias estruturas para manter sua organização.

Assim sendo, o presente trabalho tem por escopo analisar e estudar se as decisões tomadas por meio do instituto da repercussão geral constituem-se como uma aquisição evolutiva que permita que o sistema do direito, por meio da Constituição, como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política, mantenha sua autopoiese em relação às irritações do entorno.

A análise e estudo do instituto da repercussão geral é necessária para compreensão do que se denominou ou se conheceu como judicialização da política da saúde ou judicialização da saúde. A positivação do direito à saúde na Constituição de 1988 e as novas possibilidades de acesso à justiça por meio da Defensoria Pública fez com que grande parcela dos excluídos

¹⁵Novamente, uma entidade quase hegeliana, abstrata e que em muitos casos assemelha-se ao juiz Hércules de Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165-203).

¹⁶O critério adotado é o filtro existente tanto no STF quanto no STJ, no que diz respeito ao trabalho da presidência destas Cortes em descartar apenas os recursos que contenham vício ou defeito formal, tais como ausência de peça obrigatória, ausência de preliminar de repercussão geral, no caso de recurso extraordinário, entre outros vícios. Os demais recursos que passam por este filtro são sempre conhecidos, mesmo que o relator a eles – os recursos – negue seguimento. As alterações constam nos regimentos internos das duas Cortes e as informações a respeito estão disponíveis nos sítios eletrônicos de ambas. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2015 e Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2015).

¹⁷A tradição do nosso direito permite que as Cortes Superiores re-julguem os casos, imiscuindo-se, na maioria das vezes, na matéria fática. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Questão de fato” em recurso extraordinário. *In*: ROCHA, Leonel Severo da; et al. **Constituição, sistema sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; bem como: KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

de políticas públicas não mais dependessem apenas do Poder Executivo (sistema do direito) para implementação dos valores e dos princípios contidos na Constituição fossem cumpridos.

Ante a inércia do Poder Executivo em elaborar políticas públicas inclusivas no tocante à saúde, por meio de decisões coletivamente vinculantes, ocorreu que individualmente, ou por meio de ações coletivas, os excluídos acionassem o Poder Judiciário (sistema do direito) para que lhes fossem garantidos o direito à saúde previsto na Constituição. Esse comportamento fez com que houvesse uma explosão no número de ações no seio do sistema do direito e se assistiu igualmente uma crítica do Poder Executivo às decisões judiciais prolatadas pelos juízes como interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas que deveriam ser executadas pelo poder executivo.

Paralelamente à explosão no número de demandas, assistiu-se a crença de que seria possível, por meio do fenômeno da judicialização da política ou judicialização da saúde, ao Poder Judiciário (sistema do direito) efetuar políticas públicas – alcançar saúde – à vasta gama dos excluídos que procuravam ter acesso ao direito à saúde por meio de ações judiciais.

O fato é que o excessivo número de ações judiciais buscando o cumprimento da Constituição no tocante ao direito à saúde fez com que as estruturas do sistema do direito respondessem ao aumento da complexidade de maneira autopoietica. Na sistemática anterior à criação do instituto da repercussão geral, as decisões judiciais proferidas pelos juízes de primeiro grau eram questionadas pelas partes por meio da cadeia recursal existente no código de processo civil, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal tivesse que analisar a mesma questão constitucional – direito à saúde – em inúmeras ações com pedido ou causa de pedir idênticas ou semelhantes.

Embora o objeto ou o pedido contido nas ações fossem idênticos ou semelhantes as decisões tomadas pelos juízes e tribunais eram díspares na sua maioria o que fazia com que o sistema do direito não tivesse a capacidade de generalizar as decisões judiciais tomadas pelos juízes e tribunais o que acabava tornando o sistema pouco racional na medida que para cada processo era necessária uma decisão ou era necessário se aguardar longos anos de tramitação até que o Supremo Tribunal Federal analisasse a questão constitucional ventilada: aplicação do direito à saúde para se poder construir uma decisão generalizável às demais situações semelhantes.

Se houve mudança no tocante à Constituição como aquisição evolutiva do sistema do direito e da política há necessidade de se estudar como ocorreu esta operacionalização e que estruturas foram modificadas para que pudesse ocorrer evolução do sistema do direito a ponto de absorver a complexidade do entorno e manter a autopoiese do sistema do direito.

A teoria sistêmica, de matriz luhmaniana, foi o marco teórico utilizado ao longo desta tese. Como a intenção é possibilitar um novo foco a respeito da sociedade atual, vista por meio de seus sub-sistemas sociais, que serão trabalhados nesta tese, dentre estes o sistema do direito e o sistema da política, precipuamente, bem como o sistema da saúde¹⁸, necessário se utilizar de material teórico capaz de absorver a atual complexidade da sociedade, no que Luhmann se dispôs ao construir uma teia de conceitos que envolva sua teoria no tocante à análise da atual sociedade.

O instrumento teórico utilizado para visualizar a realidade é de extrema importância na medida que funcionará como filtro para que se possa compreender o atual estágio da sociedade moderna. Diferente de outros marcos teóricos, Luhmann propõe-se a estudar a sociedade a partir de seus sistemas ou sub-sistemas, jamais a sociedade é vista de fora, por meio de um observador neutro ou por meio de um sistema supostamente neutro, a sociedade para Luhmann é um sistema ominiabarcador, a sociedade para Luhmann é a diferença constitutiva entre sistema e ambiente.

Para se poder estudar o instituto da repercussão geral como um ganho aquisitivo da modernidade, será necessário perpassar por diversos conceitos da teoria sistêmica ao longo deste trabalho. Compreender que a sociedade não é constituída por pessoas, porém por comunicações é o primeiro passo para se entender novos conceitos, novos paradigmas trabalhados por Luhmann. Outra informação necessária para compreensão da teoria sistêmica diz respeito a noção de complexidade. A atual sociedade é complexa e contingente, por este motivo, toda decisão é uma decisão possível dentre algumas, ou seja, há sempre mais possibilidades do que respostas, fazendo com que o entorno seja mais complexo que o sistema.

¹⁸Serão feitas muitas reflexões a respeito do sistema da saúde, uma vez que Luhmann não tratou especificamente deste sistema, porém as bases da teoria sistêmica permitem concluir que a complexidade do entorno poderá ser absorvida pelos sistemas por meio de novas comunicações e estas novas comunicações poderão ser suficientes para caracterizar um novo sistema, bastando para isso haver fechamento operacional (surgimento de novo código) e abertura cognitiva distinto de outros sistemas.

Ponto igualmente importante para compreensão da possibilidade de desvelamento do paradoxo de como se operacionaliza a aquisição evolutiva da Constituição tratado nesta tese diz respeito à compreensão de que todo sistema é aberto cognitivamente e fechado operativamente, ou seja, as estruturas de sentido são construídas pelo próprio sistema sem qualquer interferência exterior, o meio é apenas um fator de irritação do sistema, capaz de fazer com que a informação seja absorvida pelo sistema por meio de seu código operativo (fechamento operativo), jamais há interferência do meio diretamente no sistema. Esta noção faz com que seja possível compreender, para teoria sistêmica, que o sentido é a fronteira entre os sistemas sociais, mudado o sentido, alterado o código de processamento da informação advinda do entorno, estar-se-á noutro sistema.

Conquanto se possa imaginar a sociedade como constituída por uma teia de comunicações e sendo estas comunicações processadas mediante códigos (fechamento operativo), não se pode imaginar que os sistemas estejam isolados ou incomunicáveis. Ao contrário, os sistemas estão acoplados estruturalmente, há estruturas que ligam os sistemas e são responsáveis pela abertura cognitiva. A Constituição é um elemento que serve de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política, assim como a noção de tributo é responsável pelo acoplamento estrutural entre os sistemas da política e da economia e a noção de contrato e de propriedade é a estrutura que mantém os sistemas do direito e da economia acoplados estruturalmente. Compreender que a sociedade é a soma de todos os sistemas ou sub-sistemas acoplados estruturalmente é entender que cada sistema irrita o outro, fazendo com que haja alteração nas estruturas dos sistemas para que seja possível manter a organização autopoietica.

Autopoiese, aliás, é outro conceito chave discorrido ao longo deste trabalho, pois a noção de que os sistemas são autopoieticos é essencial para compreender que diferentemente dos seres vivos, a autopoiese para Luhmann é trabalhada com a noção de observação, auto-observação e autorreferencialidade ou autorreflexividade, ou seja, enquanto que para Maturana e Varela a autopoiese dos seres vivos está associada à manutenção da organização por meio de modificação das estruturas, para Luhmann a autopoiese dos sistemas sociais é também mantida por meio da autorreferencialidade, ou seja, os sistemas sociais precisam decidir fazendo referência às (suas) decisões anteriores. Fazer referência às anteriores decisões é imaginar que o sistema é capaz de observar o entorno e se auto-observar, outro

conceito sistêmico e necessário à compreensão do ganho aquisitivo que o instituto da repercussão geral representa na sociedade moderna.

A questão da confiança e do risco é trabalhada de modo a fornecer uma visão transdisciplinar, mesmo tendo-se por base definições sistêmicas. A confiança é para Luhmann, o fator que permite que os sistemas decidam de maneira racional, a confiança ajuda o sistema a manter hígida a questão atinente à autorreferencialidade e o risco permite que o sistema, ao invés de se referenciar no passado, tente conter um possível dano futuro, o que mostra a diferença em relação aos paradigmas clássicos: é o futuro que se insinua no presente e não o passado. Em linhas gerais, estes são os principais conceitos que permitirão compreender o problema que se tentou solucionar ao longo da tese.

Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização e os estudos desenvolvidos nesta linha de pesquisa têm por objetivo investigar as mudanças ocorridas no Direito, incrementadas pelas transformações nas estruturas institucionais contemporâneas, investigar a positivação de novos direitos (chamados de terceira e quarta dimensões) e do influxo do fenômeno da globalização. Tais alterações impõem aos juristas a necessidade de reflexões relativas às formas de institucionalização das sociedades contemporâneas. A linha de pesquisa do programa de pós-graduação da UNISINOS trata, também, dos direitos exsurgentes, como a bioética, o biodireito, a proteção da propriedade intelectual, os direitos difusos e coletivos, os direitos humanos fundamentais e os direitos e deveres gerados pelas novas tecnologias, sob uma perspectiva transdisciplinar ligada à noção de complexidade, privilegiando a discussão da Sociedade a partir de aportes teóricos contemporâneos

Observar a sociedade por meio de um ou mais de seus sub-sistemas sociais, permite que se perceba o aumento da complexidade e a eventual absorção desta complexidade por meio dos sub-sistemas que servem de suporte para observação. Esta observação, por meio da matriz sistêmica, permitirá que se visualizem as mudanças ocorridas na estrutura do sistema do direito e a irritação causada no sistema da política e no da saúde¹⁹, uma vez que os sistemas estão acoplados estruturalmente²⁰, todos trocando informações por meio de abertura cognitiva, porém mantendo-se sempre fechados operativamente no tocante as suas estruturas.

¹⁹Novamente, remete-se à ressalva da nota anterior.

²⁰Estariam todos em deriva estrutural, esta é a expressão utilizada por Maturana e Varela em relação aos seres vivos.

A noção de Luhmann a respeito da sociedade e a maneira com que os conceitos de sua teoria abordam a atual complexidade não deixam dúvidas a respeito da adequação em dissertar a respeito do tema contido nesta tese na linha de pesquisa oferecida pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) denominada Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização.

Compreender os influxos econômicos, compreender a globalização, compreender as mudanças que ocorreram (e ocorrem) na estrutura do sistema do direito, compreender os riscos vinculados à tomada de decisão no tocante ao aumento do gasto público para suprir a necessidade de se fornecer saúde à sociedade ou assegurar o direito à saúde a esta mesma sociedade é compreender que as mudanças observadas no sistema do direito são consideradas como evolução em se tratando de teoria sistêmica.

Para se conseguir compreender o ganho aquisitivo que se teve com a Constituição e a maneira como este ganho, modernamente, operacionaliza-se na sociedade por meio de mudanças estruturais e somente poderá ser observado por meio de uma análise transdisciplinar incentivada pela teoria sistêmica de matriz luhmaniana de que a linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização é a única capaz de dar respostas viáveis aos problemas que são elencados ao longo deste trabalho.

Todos somos “reféns” das escolhas tomadas ao longo da vida. Conquanto sempre tenha nos estudos visto uma forma de completar as dúvidas surgidas ao longo da carreira profissional de Procurador do Município de Porto Alegre e de advogado do setor privado, não há como desconsiderar que a possibilidade de trabalhar, simultaneamente, como advogado pertencente ao Poder Público municipal e como advogado privado, é um fator de enriquecimento sob o ponto de vista ético, econômico e profissional, pois exige que se saiba separar com nitidez quando se deve defender os interesses da sociedade porto-alegrense e quando se deve defender os interesses do particular.

Esta complexidade, esta contingência derivada da opção de se trabalhar simultaneamente para o setor público e para o setor privado, longe de ser uma situação contraditória ou paradoxal, é uma situação que permitiu com que se pudesse ter duas linguagens para observar e para interpretar o mundo e ter duas linguagens para observar o mundo é ter dois mundos distintos e diferentes que poderão, ou não, encontrar-se em algum momento ou serão mundos que jamais se tocarão como duas retas paralelas.

A experiência com o setor público, a experiência com as entranhas do Poder estatal, com os interesses políticos, econômicos, sociais e outros que premeiam as mais variadas formas e que ingressam nos sistemas do direito, da política e da saúde como ruído, como ruído do entorno, e são absorvidos pelo corpo jurídico de que faço parte como “ajuizamento de uma ação judicial”, permitiu trabalhar com uma visão paradoxal do problema: o que é visto como positivo para o setor público é visto como negativo para o setor privado e vice-versa.

Trabalhar, portanto, com o ganho aquisitivo relativo ao instituto da repercussão geral, as mudanças que se pode observar e auto-observar a partir do sistema do direito é o desafio que permeia este trabalho, vez que possui ao menos dois observadores ou duas observações feitas pelo mesmo sistema psíquico, vez que são duas linguagens existentes.

A facilidade em se trabalhar com o instituto da repercussão geral como ganho aquisitivo está no fato de haver necessidade de se utilizar do instrumento jurídico na quase totalidade das ações judiciais vinculadas à discussão à respeito do fornecimento de medicamentos e nas relativas à tratamento médico, visto que há necessidade, por força de determinações da Corregedoria da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, de se recorrer ao Supremo Tribunal Federal. Há necessidade, por parte do corpo jurídico do Município de Porto Alegre, não apenas utilizar o referido dispositivo legal, porém há necessidade de ter consciência do que representa a discussão jurídica que se está tentando levar ao Supremo Tribunal Federal. É a prática aliada à teoria, é um casamento que se mostra útil e proveitoso para todo pesquisador.

A dificuldade em se trabalhar com este problema está no fato de ter que mostrar ao sistema da política que o ruído produzido pelo sistema do direito (judicialização da saúde) deverá ser compreendido como um perigo que deverá ser absorvido como risco e deverá obrigar o administrador a tomar uma decisão coletivamente vinculante. Este, sem dúvida, é o drama e a dificuldade que todo advogado público tem de enfrentar e está traduzida na presente tese, também.

Esta tese foi dividida em duas partes e cada uma destas duas partes em dois capítulos.

Na primeira parte, são trabalhados os conceitos de complexidade, de expectativas normativas e cognitivas e auto-observação sob o ponto de vista da teoria sistêmica, sendo iniciada discussão a respeito da irritações sofridas pelos sistemas da políticas e do direito no tocante a democracia brasileira (capítulo 1). Achou-se necessário fazer uma pequena

introdução a respeito do constitucionalismo brasileiro e a respeito das promessas da modernidade não cumpridas, ainda neste primeiro capítulo. Igualmente, ainda neste primeiro capítulo, são apresentados os casos vinculados ao instituto da repercussão geral na área do direito à saúde que sustentam a análise crítica deste trabalho.

No segundo capítulo da primeira parte, os conceitos-chaves trabalhados são o da auto-observação e da observação de segunda ordem como necessários para se possa compreender as mudanças que ocorrem nos sistemas do direito, no sistema da política e no sistema da saúde, precipuamente. Neste capítulo, entendeu-se que seria adequado trabalhar com o conceito de comunicação sempre na matriz sistêmica. Ao se trabalhar com linguagem, foi necessário fazer uma pequena abordagem, a fim de mostrar a contribuição da linguística no tocante ao sentido que é construído dentro dos sistemas sociais. Haja vista que a sociedade é uma imensa teia de comunicações, segundo Luhmann, é importante compreender que toda mudança de comunicação envolve sentido e todo sentido envolve um determinado sistema. O sentido é que indica ao observador de que sistema está-se falando. Neste aspecto, entendeu-se que a contribuição da linguística moderna, precipuamente, a Análise do Discurso (AD) seria de grande valia para fornecer uma visão complementar à teoria sistêmica. Por fim, neste capítulo final da primeira parte, foi abordada a visão de Mikhail Bakhtin como um contraponto à noção de observação de segunda ordem. Em sua obra *Teoria do Romance*²¹, Bakhtin trabalha com a noção de vozes e polifonia que pode muito bem ajudar neste trabalho a traçar um paralelo entre ou com a noção de observação de segunda (e assim sucessivamente) da teoria sistêmica.

Na segunda parte deste trabalho, o fio condutor continuam sendo os conceitos da teoria sistêmica que respondem por evolução e risco e os limites operativos autopoieticos e alopoieticos no âmbito dos sistemas do direito, da política e da saúde.

No primeiro capítulo desta segunda parte, sob o enfoque sistêmico, são abordados os conceitos de sociedade de risco, questões igualmente vinculadas à maneira como o risco é distribuído na sociedade brasileira, tomando-se as ideias de Ulrich Beck e como as estruturas dos sub-sistemas sociais comportam-se ao absorver o risco por meio da tomada de decisões jurídicas (sistema do direito) ou coletivamente vinculantes (sistema da política). É abordada também a necessidade de haver confiança como um conceito sistêmico para que se possa

²¹BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1998.

reduzir a complexidade do entorno por meio dos sistemas sociais. Ao final deste capítulo há abertura para discussão do papel da jurisprudência no tocante à visualização de novos paradigmas no seio do sistema do direito.

No último capítulo da segunda parte, são estudados os conceitos jurídicos indeterminados como condição de possibilidade, no âmbito da teoria sistêmica, para operacionalização do direito à saúde previsto na Constituição nos artigos 6º e 196, respectivamente, a ideia de concreção dos direitos dada por Karl Englich mostra um importante ponto de conexão com a teoria sistêmica na medida que obriga a enxergar a complexidade do direito não apenas como texto de lei, mas como um elemento de formação da convicção do juiz. A ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados é a maneira como o sistema do direito se comunica com o sistema da política, mantendo o fechamento operativo é um dos pilares deste capítulo que finaliza com a noção de que o instituto da repercussão geral possibilita a operacionalização de políticas públicas no âmbito do sistema da política, do direito e da saúde.

Ressalta-se que a ideia eixo de toda tese está contida em todos os capítulos: o ganho aquisitivo para os sistemas da política e do direito ao se trabalhar com a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e, para que esse ganho evolutivo consiga operar nos sistemas, seguramente, são necessárias estruturas responsáveis por esta operacionalização, sendo o instituto da repercussão geral um destes caminhos por que é possível observar a mudança, observar a evolução do sistema.

É com base nesta ideia que foi estruturado este trabalho para que fosse possível concluir, depois de perpassar pela análise do aumento da complexidade na atual sociedade, a maneira como esta complexidade é absorvida pelo sistema do direito para que se possa avaliar a auto-poiese do sistema jurídico. Igualmente, foi necessário trabalhar com observação e com auto-observação do sistema do direito para se conseguir visualizar o instituto da repercussão geral como uma mudança necessária que possibilita a organização do sistema do direito.

Trabalhar com a noção de risco sob a ótica sistêmica permitiu visualizar os sistemas do direito e da política trabalhando de maneira autopoietica e alopoiética quando unidos pela Constituição (acoplamento estrutural) bem como permitiu que se pudesse observar que em relação ao sistema da saúde e o sistema da política, modernamente, há necessidade de se observar aonde estaria o ganho aquisitivo, aonde estaria o acoplamento estrutural entre ambos

os sistemas que permitisse que ambos evoluíssem por meio de suas aberturas cognitivas. Lembrando, ainda, que somente foi possível concluir este trabalho porque o conceito sistêmico de confiança permitiu que se visualizasse questões ligadas ao controle das decisões pelo Supremo Tribunal Federal como um ganho evolutivo para que fosse possível ao sistema do direito realizar o fechamento operacional necessário na atual sociedade.

Ao longo desta tese, as palavras sistema social ou sub-sistema social são empregadas indistintamente, assim como a referência ao código que opera o sistema do direito: direito/não-direito, legal/ilegal, lícito/ilícito.

A opção por manter a polissemia deveu-se ao fato de que nas diversas obras traduzidas do alemão para o espanhol, precipuamente, não há rigor na utilização das expressões sistema ou sub-sistema social. O que importa, para Luhmann, é ter a noção de que a sociedade é um único sistema social composta por diversos sistemas ou sub-sistemas acoplados estruturalmente. A questão da tradução de que código seria melhor é de difícil reposta. Não existe uma tradução perfeita, a perfeição do mundo das ideias que é corrompido pela palavra humana, segundo Platão, não possui sentido na época atual, sendo prova disto a tentativa de se traduzir a ideia da expressão “Recht/Unrecht” do alemão para o português, segundo Marcelo Neves²². Desta maneira, optou-se por trabalhar livremente com as expressões direito/não-direito, legal/ilegal ou lícito/ilícito²³ para se referir ao código utilizado pelo sistema do direito para construir suas teias de comunicações, fato que não provocou confusão ou algum tipo de perda de sentido.

²²Veja-se esta passagem do autor: “Na tradução de termos alemães, deparei-me novamente com algumas dificuldades. Um dos problemas recorrentes refere-se à tradução da expressão “Recht/Unrecht”, que se refere ao código binário do direito na teoria sistêmica de Niklas Luhmann. É absurdo traduzi-lo como direito/não-direito”, pois se trata de uma diferença interna ao sistema jurídico. Também a tradução por “legal/ilegal” é inadequada, porque é muito estrita na terminologia jurídica da língua portuguesa. (A expressão “legal/ilegal” pode ser adequada na tradução inglesa, pois se refere a uma distinção abrangente de todo o sistema jurídico.) Muito menos apropriada é a fórmula “justo/injusto”, não só porque na língua alemã expressa-se por “gerecht/ungerecht” o que pretendemos dizer com “justo/injusto” no português, mas principalmente porque na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann a justiça não é tratada no plano do código binário, mas sim como fórmula de contingência do sistema jurídico, que tanto se relaciona à consistência quanto à adequação social das decisões jurídicas. Adoto a tradução “lícito/ilícito”, pois esta expressa de maneira clara e abrangente o conceito de código binário do direito.” (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. XI-XII).

²³“No sentido da teoria dos sistemas, dizer que o direito reproduz-se primariamente de acordo com o código “lícito/ilícito” significa afirmar que, em última instância, nos tribunais, que constituem o centro do sistema jurídico, a decisão refere-se a determinar se um ato ou situação está em conformidade (licitude, isto é, valência ou valor jurídico positivo) ou desconformidade (ilicitude, isto é, valência ou valor jurídico negativo)”. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. XII).

Também houve opção de ao longo desta tese trabalhar como sinônimas as expressões sistema do direito e sistema jurídico, uma vez que a constante retomada evita que haja repetição excessiva de um mesmo termo.

Como metodologia, igualmente, fez-se a opção de trabalhar com aspectos históricos diluídos ao longo do trabalho, precipuamente, na primeira parte, conquanto haja algumas digressões em alguns itens da segunda parte. Fatos históricos foram compreendidos como preliminares ao entendimento de muitos itens e a intenção foi trabalhá-los como memória do sistema da política, do sistema do direito ou do sistema da saúde, representando, na maior parte das vezes, aspectos culturais²⁴ necessários para formulação do sentido.

A ideia ao trabalhar com fatos históricos é mostrar como a noção de sentido é construída ao longo do tempo e como é possível interpretá-la por meio de uma digressão onde se torna compatível uma interpretação em relação ao período anterior e ao período posterior (atual) em relação aos conceitos da teoria sistêmica.

Ponto que se mostrou relevante foi a adoção da nomenclatura a respeito de direitos de segunda e terceira gerações para se referir aos novos direitos sociais positivados na Constituição de 1988. Entendeu-se que trabalhar com a noção de direito positivado estaria de acordo com os paradigmas de teoria sistêmica, todavia a nomenclatura pouco diria a quem não é afeto às ideias de Luhmann e por este motivo houve opção por se utilizar a nomenclatura direitos de segunda e terceira gerações ao invés de se utilizar a expressão positivação dos novos direitos ou evolução do sistema do direito no tocante à positivação dos novos direitos sociais. Eventual uso de outra nomenclatura não significa abandono ou insuficiência da teoria sistêmica, ao contrário, teve apenas intenção estética, uma vez que é feita a referência à teoria sistêmica em notas de rodapé

Outra advertência que deve ser feita diz respeito aos aportes inter e transdisciplinares feitos na primeira parte no tocante à introdução do debate com elementos da linguística moderna em relação à construção de sentido. Fez-se necessária esta abordagem porque a teoria sistêmica trabalha com a noção de que o limite entre os sistemas dá-se por meio do sentido dado para as comunicações. A linguística moderna, na visão saussureana, na visão sociolinguística e na visão da análise do discurso permite avaliar que é possível imaginar sentidos que estariam ainda dentro do mesmo campo semântico o que abriria possibilidade

²⁴Para Luhmann, toda cultura é cultura reflexionada.

para se trabalhar com a noção de paráfrase e polissemia no âmbito da teoria dos sistemas e compreender que eventuais mudanças de sentido nas comunicações poderiam ser compreendidas ainda dentro do sistema do direito, do sistema da política ou do sistema da saúde. A intenção foi a de permitir que fosse possível trabalhar com outras ferramentas para se possa compreender a teoria sistêmica, no tocante ao sentido, como um ponto ainda em construção e passível de dialogar com outros ramos do saber.

Entendeu-se, igualmente, na segunda parte da tese, quando se trabalha com a noção de risco para teoria sistêmica, utilizar o que Ulrich Beck entende por risco, sociedade de risco e modernidade reflexiva. A intenção foi dar uma visão diferenciada a respeito do risco como um conceito sistêmico e do risco na acepção de Beck, todavia deve-se lembrar o leitor que nos itens seguintes, sempre quando neste trabalho houver referência a palavra ou ao conceito risco, é o conceito sistêmico a que se está referindo.

Ao invés de se fazer um capítulo específico discorrendo a respeito de todos os conceitos sistêmicos, optou-se, por questões metodológicas, de incluir definições dos diversos conceitos trabalhados por Luhmann ao longo deste trabalho. Metodologicamente, entendeu-se ser a melhor opção, pois ao invés de concentrar todas as definições num único capítulo, preferiu-se aproximar o leitor da teoria sistêmica de maneira integrada com aspectos históricos, culturais e até mesmo aspectos transdisciplinares, uma vez que esta metodologia, no tocante ao problema do instituto da repercussão geral como ganho aquisitivo da modernidade, mostrou-se favorável a se trabalhar de maneira integrada.

A análise de casos envolvendo as decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao instituto da repercussão geral, igualmente, foi tratada num único item apenas como fixação de pontos comuns que ligaram à necessidade de pesquisa feita para este trabalho. Neste ponto foram explicitados os motivos da escolha dos casos, os elementos de ligação com os sistemas do direito, da política e da saúde bem como as dificuldades encontradas ao se observar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo casos ligados ao direito à saúde. Saliente-se que se optou por catalogar não apenas os casos cuja indicação fosse expressa, no resumo, aos artigos 6º e 196, da Constituição, foi feita a escolha com base em casos cujo objeto de decisão tenha consequências para os três sistemas (direito, política e saúde), tendo por foco o direito à saúde, portanto, observando-se-lo através do sistema jurídico. Esse recorte foi possível porque se analisou não apenas o que se poderia chamar de “ementa” dos casos

vertidos pelos temas, porém a decisão judicial em seu inteiro teor. Todo o tema resume um entendimento tomado quando do julgamento da existência (ou não) do instituto da repercussão geral por meio do plenário virtual do STF.

Outro fator preponderante é o fato de que o Supremo Tribunal Federal não possui uma classificação rígida a respeito do direito à saúde, incluindo as causas relativas ao direito à saúde como demandas vinculadas ao direito administrativo e algumas vezes ao direito previdenciário. Sabe-se que o liame que divide estes sub-sistemas do direito (administrativo, previdenciário e saúde) é tênue na medida que eram matérias comuns ao direito civil, tendo as comunicações se especializado e se diferenciado não faz muitos anos. Assim, preferiu-se analisar a projeção, a consequência, os fundamentos das decisões para catalogar alguns temas como direito à saúde, conquanto pertençam, também, a outros sus-sistemas do direito.

Ao longo da tese, os casos são sistematicamente retomados, vez que metodologicamente, entendeu-se que a compreensão seria melhorada quando se pudesse falar da teoria sistêmica e ligá-la aos exemplos práticos dos casos catalogados como aptos a demonstrar a tese articulada.

A fim de facilitar a compreensão optou-se por reproduzir ao longo da tese apenas o resumo dos temas constantes no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, reproduzindo-se o inteiro teor do acórdão ao final e anexo à tese. Assim, à menção ao tema e a que recurso extraordinário se refere poderá ser consultada no referido anexo para que seja possível visualizar o teor da decisão judicial objeto de estudo nesta tese.

Com certeza o esforço contido neste trabalho é o ponta-pé inicial, sendo possível ter ciência de que ainda há muito o que melhorar e por este motivo todas as críticas são bem vindas, na medida que a intenção desta tese foi apenas indicar um possível caminho, jamais fechar as portas a outros possíveis caminhos.

2 AUMENTO DA COMPLEXIDADE NA SOCIEDADE E A RESPOSTA DADA PELO SISTEMA DO DIREITO

De acordo com a teoria sistêmica, de matriz luhmaniana, inexistem sociedades, existe uma sociedade²⁵ global formada por comunicações. Assim, seria contraditório, ou ao menos agressivo aos princípios da teoria sistema, fazer a divisão em sociedade brasileira, americana, inglesa entre outras. Todavia, opta-se, neste trabalho, em manter-se esta aparente contradição, pois deve-se entender, ou subentender, que quando se faz referência à sociedade brasileira, está-se fazendo referência, em termos de teoria sistêmica, ao Estado²⁶ (brasileiro) como uma das organizações do sistema político e, portanto, um sub-sistema do sistema social, ou um dos sistemas da sociedade.

Feita esta ressalva, nesta primeira parte trabalhar-se-á com conceitos da teoria sistêmica como complexidade e de que maneira é reduzida por meio dos sistemas sociais. Também, nesta primeira parte, será feita uma pequena análise a respeito do funcionamento do sistema da política no período imediatamente anterior à promulgação da Constituição de 1988

²⁵“6.1 La sociedad es el sistema de referencia última y fundante de todo lo que acontece. Ella constituye el horizonte último de sentido para la experiencia y la acción social humana. La historia tiene su eje central en los marcos de referencia que la comunicación establece a nivel mundial.

6.2 La sociedad no es un sistema repressivo o de dominación (Marx, Freud, Adorno, Fromm, Dahrendorf), pero tampoco es un sistema de cimentado en el consenso de valores implícitos (Parsons, el estructural-funcionalismo). La sociedad, en cambio, es un sistema de comunicación que posibilita la complejidad contingente, de tal manera que la realidad puede ser de otra manera, pero siempre en el marco de lo que la sociedad ha preescriturado.

6.3 La sociedad, en cuanto sistema autopoietico, es un sistema compuesto de comunicaciones y sólo por comunicaciones.

6.4 La sociedad tiene como función la constitución de un horizonte de sentido que actúa como entorno para los demás tipos de construcción de sistemas.

6.5 El sistema social se va diferenciado en diversos, sistemas parciales, cuya capacidad de resonancia se autoorganiza en relación con un código especializado: lo político, lo económico, lo religioso, lo científico, lo jurídico, lo artístico [...].

6.6 En una sociedad funcionalmente diferenciada la integración corre por cuenta de la especialización y la diferenciación entre partes mutuamente necesarias, y no por la supremacía de un orden social que centraliza sus operaciones.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 31-34.

²⁶Por isto não se pode considerar o Estado como superior à sociedade ou confundi-lo como se sociedade fosse, pois para teoria sistêmica, não há hierarquia entre os sistemas parciais da sociedade. Eles apenas existem e podem ser considerados de maneira central ou periférica, jamais como superior ou inferior. Convém transcrever a seguinte passagem: “Pero el Estado no es nada fuera de la sociedad, constituye uno de sus sistemas funcionales. Conviene servirse, por ello, de una diferente fórmula lingüística. La sociedad es el sistema social omnicompreensivo que ordena todas las comunicaciones posibles entre los hombres. El sistema político es uno de sus sub-sistemas, respecto del cual se han ido diferenciado otros sub-sistemas, en particular sistemas sociales de la religión, ciencia, economía, vida familiar, asistencia médica, etc.” (LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007. p. 35-39; 41-45.

e as frustrações relativas à baixa operacionalidade dos direitos positivados na Constituição (promessas da modernidade não cumpridas).

Compreender que no Brasil há uma constante antecipação dos direitos por força do uso de modelos políticos importados²⁷ de outras culturas é compreender que as irritações entre os sistemas do direito e da política com outros sistemas ou sub-sistemas sociais é o nó-górdio da democracia brasileira: frágil e sempre em construção.

Ainda nesta primeira parte, será necessário trabalhar conceitos da teoria sistêmica relativos à comunicação e ao sentido para se compreender como, para Luhmann, embora a autopoiese da sociedade e seus sistemas parciais aconteça, é importante a existência da auto-observação e autorreferência, dois conceitos que se distanciam um pouco do conceito autopoiese formulada por Maturana e Varela²⁸ para explicar os seres vivos. Na mesma linha, para se compreender a autopoiese dos sistemas sociais, é necessário compreender conceitos de comunicação e sentido na matriz luhmaniana com pequenos aportes da linguística cuja contribuição ao estudo do sentido teve reflexos nas ciências jurídicas.

2.1 FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DA POLÍTICA E DO SISTEMA DO DIREITO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: IRRITAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DO DIREITO, DA POLÍTICA, DA ECONOMIA E DA SAÚDE

A compreensão de que as irritações entre os sistemas da política e do direito, precipuamente, advém também por força do uso de modelos políticos importados²⁹ de outras culturas é compreender a fragilidade da democracia brasileira que se traduz em pouca complexidade social.

Esta é uma das ideias que trespassará neste capítulo, devendo-se atentar para que as promessas da modernidade, no Brasil, jamais foram cumpridas.

²⁷BADIE, Bertrand. *L'état importé: l'occidentalisation de l'ordre politique*. Paris: Fayard, 2008.

²⁸MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2011.

²⁹BADIE, Bertrand. *L'état importé: l'occidentalisation de l'ordre politique*. Paris: Fayard, 2008.

2.1.1 Observação a Respeito da Mudança Paradigmática e Escolha dos Temas Relativos à Repercussão Geral que São Objeto desta Tese

Observar a mudança de um paradigma³⁰, observar um acontecimento diferente na estrutura de uma organização é sempre algo complexo, eis que exige do observador conhecimento a respeito das comunicações³¹ visualizadas para perceber a diferença, para perceber a mudança³².

A observação³³ pode envolver os mais diversos campos do conhecimento das ciências das humanidades tais como política, economia, sociologia, antropologia, direito entre outros. Neste trabalho, será observado de maneira transdisciplinar³⁴ o Direito, o sub-sistema do

³⁰LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: liamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 27-35. Ver também: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 13. (“Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”)

³¹Conceito importante para teoria sistêmica. Para Luhmann, a sociedade é uma teia de comunicações e cada sistema, ou sub-sistema, possui comunicações próprias, através de uma organização e uma estrutura próprias garantidas por meio da clausura operativa. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 37-66; **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 93-179; e **Organización y decisión**. Mexico: Herder, 2010. p. 61-106).

³²A mudança das estruturas para se manter a organização é uma constante no paradigma sistêmico. Maturana e Varela já haviam advertido a este respeito quando tratam da organização do ser vivo, quando abordam a necessidade de mudança na estrutura dos seres vivos para que a organização (autopoietica) se mantenha durante o acoplamento estrutural. (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 87-88). Convém destacar a seguinte passagem mostrando que a mudança das estruturas é que proporciona a evolução: “Es fácil ver, aquí, que la conservación de la autopoiesis como conditio sine qua non de toda evolución, se puede alcanzar a través de un cambio en las estructuras; es decir, a través de un cambio que sea compatible con las estructuras.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 304). Como exemplo da mudança de paradigmas que se pode observar pode-se incluir as irritações provocadas pelo Movimento Sanitário ao trabalhar a saúde como um direito constitucionalizado, como um dever do Estado, afastando a noção caricativa ou assistencial existente até a promulgação da Constituição de 1988. (VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da saúde e transformação social. *In*: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 260).

³³Para teoria sistêmica, o papel do observador é fundamental, pois este é quem faz a distinção, seleciona e observa evolução do sistema. (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 32; igualmente, também em: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 116-121; MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001. p. 53-66; e LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 567-624).

³⁴O modo de operar da Teoria dos Sistemas induz que se trabalhe de forma transdisciplinar, de forma agregar conhecimento utilizando-se de outras áreas do conhecimento, uma vez que há ruptura com paradigmas tradicionais das ciências sociais, tais como a noção de mudança, evolução e transformação social defendida por Sandra Regina Martini. Neste sentido: “O modo de operar da Teoria dos Sistemas, de forma transdisciplinar,

direito, as comunicações jurídicas pertinentes bem como serão observados outros sub-sistemas como os da política e da saúde³⁵, sob o aspecto da teoria sistêmica³⁶, ou seja, será observado o acoplamento estrutural entre os sub-sistemas do direito, da política, da economia, da saúde para poder concluir a respeito da mudança de paradigmas em relação à decisão judicial por meio do instituto da repercussão geral.

Assim como o recurso de embargos de declaração causa certa estranheza por não possuir todas as características de um recurso³⁷, todavia incorporado no sistema, faz muitos anos, o recente instituto da repercussão geral, criado por meio da emenda constitucional número quarenta e cinco, no ano de dois mil e quatro (EC 45/04), para ser uma espécie de filtro recursal relativo às demandas que podem aportar ao STF, tem sido utilizado no sub-sistema jurídico brasileiro sem questionamentos ou estudos por parte da academia.

Embora sendo tratado como um filtro, como uma espécie de preliminar para conhecimento, processamento e julgamento dos recursos extraordinários que aportam ao STF, via jurisdição difusa, a prática, a observação tem evidenciado que estão em curso mudanças significativas no tocante à maneira como o sistema jurídico tem decidido com base neste instrumento legal criado em dois mil e quatro³⁸.

construtivista, nos leva para o caminho da transformação social com a qual, muito mais do que uma mudança que não altere determinada situação estruturalmente, ou uma reforma em que os reformadores nunca são reformados – optamos por trabalhar com o conceito de transformação, pois este também rompe com a ideia da separação sujeito-objeto, uma vez que, ao transformarmos a sociedade, transformamos o ambiente da mesma.” (VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da saúde e transformação social. *In*: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 260).

³⁵O método comparativo é utilizado quando se trata de analisar temas sob o enfoque da transdisciplinariedade. Nesse sentido: “Utiliza-se, a partir da transdisciplinariedade, do seu atravessar e ultrapassar, o método comparativo. De acordo com Antônio Carlos Gil, este método é útil para pesquisas que pretendam investigar realidades diferentes e quando se tem por objetivo analisar sistemas políticos e culturais. Destaca-se que a própria arquitetura conceitual da Teoria Sistêmica propõe o constante exame comparativo, ou melhor, para a teoria, todos os eventos sociais estão conectados, o que não significa que não possamos identificar especificidades regionais ou locais.” (VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia e formas de inclusão – exclusão política nos sistemas políticos brasileiro, mexicano e italiano. *In*: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81).

³⁶De matriz luhmanianna.

³⁷Embora o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), a partir do art. 499, indique as características dos recursos, dentre estas a sucumbência e o preparo, precipuamente, os embargos de declaração não estão sujeitos a nenhuma destas e são opostos nos casos do art. 535 do mesmo código: omissão e contradição. É um recurso que não está de acordo com as regras gerais instituídas pelos recursos, o que o torna sempre um ponto de discussão, principalmente, no tocante a sua eventual repetição no mesmo grau de jurisdição.

³⁸Criado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O instituto da repercussão geral é uma modalidade de filtro instituída pela emenda constitucional número 45/2004³⁹ para que o Supremo Tribunal Federal pudesse selecionar, previamente, os casos envolvendo matérias tidas por relevantes sob o ponto de vista da discussão constitucional a ser travada no próprio órgão. Referido instituto foi regulamentado pela Lei número 11.418/2006⁴⁰ e as questões que serão analisadas pelas Turmas ou pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal são as decisões que contenham questões relevantes sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico que ultrapassem o mero interesse subjetivo da causa⁴¹.

A alteração legislativa proposta é significativa se se pensar que o Brasil é caudatário do sistema da “civil law”, porém adota um sistema eclético de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. No controle difuso, há rígida observância de que a ação é movida por interesse privado da parte e a coisa julgada ficará adstrita aos participantes do processo, não havendo como expandir os efeitos da coisa julgada a quem não participa da relação processual, compreendida como um pedido elaborado pelo autor, contra o réu que deverá ser decidido por meio de uma sentença a ser prolatada pelo juiz, podendo-se provocar uma futura decisão do STF apenas por meio da cadeia recursal existente nos Códigos de Processo. No controle concentrado, há poucos legitimados para figurar como autores para o ajuizamento de uma ação cujo objeto é a discussão da constitucionalidade, em tese, de uma lei ou ato normativo. O processo de discussão de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo inicia-se e finaliza-se no Supremo Tribunal Federal e a figura clássica de autor e réu, como pessoas jurídicas ou físicas, discutindo-se um interesse privado, inexistente.

O ponto que aproxima ambos os controles de constitucionalidade é o fato de uma ação iniciar de maneira a se subordinar ao controle difuso de constitucionalidade, porém suportar, quando da análise da pertinência, ou não, de ser conhecida por meio de recurso extraordinário,

³⁹Eis a redação dada ao parágrafo terceiro do art. 102 da Constituição: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. São Paulo: Atlas, 2001.

⁴⁰BRASIL. Governo Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015.

⁴¹Eis a redação do artigo 543-A, em seu parágrafo primeiro, no tocante à definição dos critérios de seleção instituto da repercussão geral: “§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.” BRASIL, Governo Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015.

ter o interesse econômico, social, político ou jurídico analisado previamente para saber se se trata de um caso relevante sob o prisma do STF. A questão da relevância da discussão, da abrangência dos desdobramentos econômicos, sociais, políticos e até mesmo jurídicos são típicos argumentos consequencialistas e são típicos argumentos vinculados às discussões a respeito da constitucionalidade de uma lei via controle de constitucionalidade em abstrato. A expressão contida na lei que regulamentou o instituto da repercussão geral é importante: questões relevantes que ultrapassem o interesse subjetivo da causa.

O que seriam questões relevantes, o que seria ultrapassar o interesse subjetivo da causa tornam-se elementos que deverão ser respondidos pelo Supremo Tribunal Federal enquanto organização do sistema do direito e a definição do que sejam estes conceitos indeterminados fará com que o sistema do direito, por meio do STF, possa construir sentido e comunicações através do código direito/não-direito para posteriormente generalizá-lo, possibilitando o autorreferenciamento do sistema jurídico.

A fim de delimitar o campo de estudo, optou-se, neste trabalho, por analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao julgamento dos recursos extraordinários catalogados com repercussão geral no tocante ao direito à saúde. Não obstante a este corte, entendeu-se que havia espaço para seleção de temas que foram objeto de análise pelo STF e, no entanto, foi rejeitada a preliminar de repercussão geral. A importância de se trabalhar com as decisões positivas (há repercussão geral) e negativas (não há repercussão geral) diz respeito à questão de fundamentação e aplicação da decisão tanto positiva, quanto negativa, dada pelo Supremo Tribunal Federal e as consequências geradas em relação à imposição e à obediência da decisão do STF aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Se houver repercussão geral, a observância torna-se obrigatória a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e se não houver repercussão geral, igualmente, todos os demais órgãos deverão suportar (e obedecer a decisão negativa) que em relação à matéria ventilada nos autos, embora envolva algum tipo de relevância sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico e até mesmo seja fundamentada com base na Constituição, não existe repercussão geral cujos interesses subjetivos da causa sejam ultrapassados, ou seja, é necessário observar os códigos operados pelo Supremo Tribunal Federal que possibilitem visualizar os critérios de seleção da unidade da diferença.

O código negativo (inexistência de repercussão geral) obriga os demais órgãos do Poder Judiciário a aderir ao mesmo entendimento e obriga-os a um julgamento da demanda de maneira que não possa o processo ser enviado ao Supremo Tribunal Federal para análise de questões constitucionais. O código negativo, e por isso sua importância, delimita o campo de atuação do STF no tocante à transcendência da causa, criando sentidos no pertinente a causas cuja importância pertence ao Supremo Tribunal Federal e causas cuja importância não pertencem ao STF. A observação do código negativo e do código positivo permite que se construam comunicações e, conseqüentemente, sentidos, de atuação apenas do Supremo Tribunal Federal e de atuação apenas dos tribunais locais⁴².

A observação desta diferença é importante porque a decisão do STF poderá apontar para uma ação cujos fundamentos indiquem que há repercussão geral, portanto, houve discussão a respeito da relevância econômica, social, política e jurídica no tocante ao direito à saúde, poderá apontar que mesmo tendo havido discussão a respeito do direito à saúde, inexistente repercussão geral, ou seja, a matéria discutida na ação não teve o condão de extrapolar o interesse subjetivo da causa, ou seja, é uma decisão que interessa apenas à parte autora, não havendo necessidade de impor a todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

A primeira barreira foi a de analisar e catalogar as mais de oitocentas decisões judiciais relativas aos casos envolvendo repercussão geral nas mais variadas matérias que aportam ao STF anualmente. No sítio eletrônico do STF⁴³, há catalogação dos recursos extraordinários aceitos por aquela Corte com análise positiva a respeito da existência de repercussão geral, divididos em diversos temas. Os temas mais comuns são os que envolvem áreas do direito tributário, previdenciário e administrativo, englobando quase a maioria dos casos. Inexiste, ainda, na catalogação dos temas relativos à repercussão geral, uma individualização para matérias que envolvam saúde pública, direito à saúde ou direito sanitário, o que permite concluir que o Supremo Tribunal Federal não enxerga, ainda não consegue observar o Direito à Saúde ou o Direito Sanitário como sub-sistemas do direito.

Embora o Supremo Tribunal Federal não consiga realizar esta diferenciação, é possível observar a existência dessa complexidade no entorno do sistema do direito, quando

⁴²Entendidos como os tribunais de segundo grau ou de apelação, tais como os tribunais de justiça estaduais e os tribunais regionais federais.

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2015.

se depara com o que se costumou denominar judicialização da saúde⁴⁴, sendo igualmente possível perceber a existência de um sub-sistema operando com código próprio, distinto do sistema da medicina e distinto do sistema do direito.

A pesquisa dos casos, a busca pelos temas centrou-se, conseqüentemente, na observação da complexidade do entorno do sistema jurídico, diminuída pelo sistema do direito, pelo sistema da saúde⁴⁵ e pelo sistema sanitário⁴⁶, estes dois últimos observados por meio do sistema do direito, portanto, abortada qualquer tentativa de um único critério para seleção dos casos. A transdisciplinariedade⁴⁷ necessária neste caso fez com que a pesquisa a respeito dos casos, observáveis por meio dos temas vinculados à repercussão geral, tivessem como assunto, no campo do sistema do direito, o Direito à Saúde, sistematizados nos artigos 6º e 196, da Constituição da República Federativa do Brasil, tais como a possibilidade de Ministério Público (MP) ajuizar ação civil pública compelindo o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipertireoidismo e hipocalcemia; aplicabilidade, ou

⁴⁴Entendemos que a saúde é um sistema social diferenciado e que constantemente recebe irritações de outros sistemas sociais, em especial – ou talvez a mais conhecida – a irritação do sistema do direito, fato definido por muitos autores como “judicialização da saúde”. Fala-se também em politização do direito, e essas expressões são utilizadas de modo corriqueiro e não necessariamente estão vinculadas a uma postura sistêmica.” (VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da saúde e transformação social. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 248).

⁴⁵A expressão judicialização da saúde invariavelmente aponta para uma comunicação diferenciada, não se podendo confundir com o sistema da política. Eis a seguinte passagem: “E é sobre esse conflito, que se convencionou chamar de ‘judicialização das políticas de saúde’, que este trabalho se debruça, objetivando construir caminhos de entendimento e enfrentamento do problema e apresentar uma alternativa viável ao acesso à justiça, para pacificar os conflitos na saúde, senão por intermédio dos tribunais.” (DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. **A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁴⁶Luhmann não tratou do sistema sanitário, no entanto é possível verificar comunicações que se distinguem do código do sistema da política, abrangendo o que se tem denominado de sistema sanitário que ainda está sendo detalhado do sistema da política. Nesse sentido, o seguinte trecho de Maria Célia Delduque mostra que já existem pesquisas a este respeito: “O subsistema político-sanitário lida com recursos escassos e necessidades infinitas (reserva do possível × mínimo existencial), em uma sociedade na qual é reconhecida a proibição de retrocesso social. Os gestores sempre apresentam a tese da reserva do possível, todavia, segundo o subsistema jurídico, não comprovam o dano orçamentário que a decisão judicial lhes impõe. E mais, havendo limitações financeiras, estas devem impor escolhas éticas e não escolhas focadas no custo dos tratamentos.” (SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. **Os discursos na audiência pública da saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal**: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v24s1/0104-1290-sausoc-24-s1-00184.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁴⁷A este respeito, ver as seguintes obras disponibilizadas por meio da internet: EDUCAÇÃO e Transdisciplinariedade. [S.l.]: CETRANS, [20--]. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127511por.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015; e: COLL, Agustí Nicolau; et al. **Educação e transdisciplinariedade II**. São Paulo. TRIOM, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129707por.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

não, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de planos de saúde firmados antes da sua vigência, relativamente à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade em função da idade do beneficiário; questão da responsabilidade solidária entre os entes federados no tocante aos custos de tratamento médico ou fornecimento de medicamento e a questão envolvendo a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, no caso de descumprimento da obrigação dos entes federados, na aplicação dos recursos orçamentários mínimos na área de saúde, antes da edição da lei complementar referida no artigo 198, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em relação ao sistema da saúde, observado por meio do sistema do direito, a seleção de temas envolve questões ligadas ao reajuste da tabela do SUS (Sistema Único de Saúde); bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos à população, ressarcimento ao SUS pelos custos com atendimento prestado em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, relativas a beneficiários de planos privados de assistência à saúde; melhorias nos tipos de acomodação oferecida a pacientes internados pelo SUS mediante pagamento de diferença de valores correspondentes e possibilidade de implementação de políticas públicas urgentes com finalidade de assegurar o direito à saúde em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo.

Em relação ao sistema sanitário, observado também por meio do sistema do direito, a seleção de temas envolve questões ligadas à constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do artigo 34, da Lei 10.741/2013 (Estatuto do Idoso), deixa de computar benefício assistencial concedido à pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo legal; questão ligada à indenização por danos morais decorrente de tratamento desumano e degradante em decorrência do excesso da população carcerária nos presídios; questão relativa ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória à gestante contratada pela Administração Pública por prazo determinado e a questão relativa à constitucionalidade da previsão de prazos distintos relativos à extensão da licença-maternidade à servidoras gestantes e adotantes.

O liame entre todos os casos é a observação que o sistema do direito realiza em relação às irritações do entorno – sempre mais complexo – no tocante ao sistema da saúde e ao sistema sanitário que ganham o código legal/ilegal e são operacionalizados como direito à

saúde e direito sanitário pelo sistema jurídico. A ressalva que se faz é que embora Luhmann não tenha discorrido a respeito do sistema da saúde⁴⁸ e do sistema sanitário⁴⁹ como subsistemas sociais, não é possível excluir a possibilidade da complexidade do meio ser diminuída por sistemas diferentes do sistema do direito e da política, uma vez que a sociedade está em constante evolução.

Conquanto possa ter sido, inicialmente, um ponto de dificuldade a ausência de classificação ou de catalogação de temas com o prisma do direito à saúde ou com o prisma do direito sanitário⁵⁰, o que tornou a catalogação dos casos mais criteriosa pelo fato de ter que se analisar o conteúdo dos julgamentos e não apenas ler o índice ou a ementa, foi possível ganhar uma noção da totalidade dos temas atualmente discutidos no Supremo Tribunal Federal, tendo sido possível destacar com maior acuidade os casos observados pelo sistema do direito em relação aos sistema da saúde e sistema sanitário:

- a) **Tema 234:** RE-602324: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, caput, XXXVI, LV, § 2º; 37, caput; 195, § 10º; 197; e 199, § 1º, da Constituição Federal, o direito, ou não, ao reajuste das tabelas dos serviços hospitalares e ambulatoriais prestados ao Sistema Único de Saúde – SUS, em virtude das diferenças decorrentes da conversão monetária operada quando da implantação do Plano Real. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).
- b) **Tema 262:** RE-605533: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz artigos 2º; 127; 129, II e III; 196; e 197, da Constituição Federal, a legitimidade, ou não, do

^{48c} Interessante observar que Luhmann escreveu poucos artigos sobre o sistema médico, nos quais a saúde aparece sempre como parte do código binário saúde/doença, ou melhor: do código são/doente. Alerta Luhmann, no entanto, que os conceitos de são e de doente não indicam um particular estado físico ou psíquico, mas têm o valor de código, no qual o valor positivo é o da doença, e o negativo é o da saúde." (VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da saúde e transformação social. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 252).

⁴⁹ Novamente, é possível verificar que há uma comunicação diferenciada a respeito do sistema da saúde e do sistema sanitário e os recentes estudos e pesquisas de Maria Célia Delduque indicam os caminhos para a diferença de sentido entre as comunicações oriundas do sistema da política, do sistema da saúde e do sistema sanitário. (ROMERO, Luiz Carlos Pelizari; DELDUQUE, Maria Célia. **A instituição da responsabilidade sanitária pela via legal no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v22n4/18.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁵⁰ Para definição de Direito Sanitário, ver: AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 92

Ministério Público para ajuizar ação civil pública que visa compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia. (**Direito Processual Civil e do Trabalho**).

- c) **Tema 289**: RE-607582: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos." (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).
- d) **Tema 312**: RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).
- e) **Tema 345**: RE-597064: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, XXXVI; 154, I; 195, § 4º; 196; 198, § 1º; e 199, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 32 da Lei nº 9.656/98, que prevê ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS, pelos custos com atendimento prestado, por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS, a beneficiários de planos privados de assistência à saúde. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).
- f) **Tema 365**: RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).
- g) **Tema 381**: RE-630852: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, a aplicabilidade, ou não, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência,

relativamente à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade em função da idade do beneficiário contratante. **(Direito do Consumidor)**.

- h) **Tema 542:** RE-842844: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do artigo 2º; do inciso XXX do art. 7º; do caput e dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, bem como da letra “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o direito, ou não, de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. **(Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público)**.
- i) **Tema 579:** RE-581488: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 196 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de melhoria do tipo de acomodação oferecida a paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante pagamento da diferença entre os valores correspondentes. **(Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público)**.
- j) **Tema 698:** RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. **(Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público)**.
- k) **Tema 782:** RE-778889: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 7º, XVIII, 39, § 3º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, a validade de dispositivos que preveem prazos distintos de licença-maternidade a servidoras gestantes e adotantes. **(Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público)**.
- L) **Tema 793:** RE 855178: Recurso extraordinário, constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Reafirmação de jurisprudência. Recurso Extraordinário desprovido. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no

polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. (**Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema de Saúde**).

- m) **Tema 818**: RE-858075: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º, 5º, § 1º, 160, parágrafo único, II, e 198, § 2º, III, e § 3º, da Constituição Federal, e do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário no caso de descumprimento da obrigação dos entes federados na aplicação dos recursos orçamentários mínimos na área da saúde, antes da edição da lei complementar referida no art. 198, § 3º, da Constituição. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

Salvo em relação aos temas 234 e 818, cuja repercussão geral não foi reconhecida pelo STF, nos demais temas houve manifestação expressa do tribunal a respeito da existência de repercussão geral em relação à matéria objeto de discussão por meio do recurso extraordinário.

A opção de trazer os temas de número 234 e 818 diz respeito a dois critérios que deverão ser observados para que seja possível a construção do marco teórico desta tese no tocante à observação e construção de sentido do que seja e o que não seja matéria apta no tocante à incidência do instituto da repercussão geral: a unidade da diferença por meio da observação dos critérios de existência e inexistência de repercussão geral e os critérios adotados em relação ao conceito de direito à saúde, direito sanitário e saúde pública.

Mostra-se importante ter a noção e observar os motivos porque o Supremo Tribunal Federal não conheceu de recursos extraordinários por ausência de repercussão geral. Os temas de número 234 e 818 permitem visualizar que mesmo havendo relevância econômica, social, política ou jurídica o STF entendeu que não havia repercussão geral, ou seja, torna-se possível visualizar um suposto código “repercussão geral e inexistência de repercussão geral” com marcações claras em relação a diferença construída em relação ao entorno. A compreensão do código negativo (inexistência de repercussão geral) torna-se tão ou mais importante que a compreensão do código positivo (existência de repercussão geral), uma vez que para as balizas da teoria sistêmica nem sempre o raciocínio lógico a respeito da exclusão de um critério significa a inclusão automática de outro critério.

Em relação aos casos de números 312, 365 e 542 que se somam aos dois anteriormente nominados (234 e 818), percebe-se que o assunto direito à saúde não consta no resumo do tema. Embora não haja menção expressa aos artigos 6º e 196 da Constituição (direito à saúde), optou-se por selecionar estes casos porque há neles questões diretamente vinculadas ao direito à saúde, ao direito sanitário (sistema do direito) e à saúde (sistema da política) o que qualifica a inclusão destes temas relativos à repercussão geral na presente tese.

O tema de número 234 tratou de reajuste da tabela do SUS, ou seja, envolve saúde pública na medida que serviços prestados pelos nosocômios e médicos no Brasil seriam afetados no que diz respeito à qualidade e a oferta do serviço à população, ou seja, o acesso a bens e a serviços vinculados à área da saúde.

O tema de número 312 aborda a questão de interpretação extensiva em relação ao deferimento de benefício previdenciário. A inclusão do maior número possível de pessoas num sistema assistencialista relativo ao amparo na velhice, por exemplo, é uma questão que envolverá saúde pública na medida que o incluído poderá participar ativamente no que diz respeito ao consumo de bens e serviços oferecidos por terceiros ou pelo Estado. É importante que uma pessoa possa, mesmo que contendo algum tipo de deficiência ou restrição, participar da sociedade civil e poder consumir bens e serviços, ajudando a diminuir a pobreza do país. A interpretação extensiva relativa à concessão de benefícios assistenciais diminui a formação de núcleos familiares numerosos a ajuda na questão da moradia própria, vez que a maior parte dos indivíduos que procuram a concessão de benefício assistencial são oriundos de famílias com baixo poder aquisitivo.

O tema de número 365 não deixa de ser emblemático e deve ser tratado também como um caso de saúde pública. O fato é que as penitenciárias brasileiras estão superlotadas, sendo frequente, por força desta superlotação, aos presos não são fornecidos serviços básicos de higiene e desta ausência de higiene surgem ou se proliferam doenças que afetam a saúde de todos os presos e até possivelmente dos funcionários do presídio. É comum haver entre os presos a contaminação pelo vírus causador da AIDS/SIDA ante a prática de atos sexuais desprotegidos e ante o compartilhamento de seringas não esterilizadas para consumo de entorpecentes. Havendo uma indicação, por parte do sistema do direito, de que a condenação do Poder Executivo em danos morais é bastante provável nestes casos, o sistema da política seria compelido a mudar suas estruturas pelo fato de ter de arcar com indenização a presos ou

a eventuais parentes, no tocante à fixação de um valor a título de danos morais. A resolução do problema da superlotação em presídios além de ser um procedimento que asseguraria o cumprimento da dignidade da pessoa humana, também asseguraria o direito à saúde do preso, na medida que doenças como tuberculose não estariam circulando nos presídios e, portanto, os gastos públicos nesta área poderiam diminuir.

O tema de número 542, embora diga respeito à questões que induziriam a imaginar o subsistema do direito administrativo, pois diz respeito da aplicação ou não do instituto da licença gestante, na verdade também é uma questão de saúde pública. É interesse do Estado brasileiro (sistema da política) que haja uma política pública de amamentação e aproximação da mãe com o recém-nascido. O contato da mãe com o recém-nascido é um fator que auxilia na amamentação, auxilia no humor da mãe e no da criança e ajuda, se amamentada a criança com leite materno, na prevenção a diversas doenças que podem ocorrer num bebê cujo sistema imunológico está em formação. Quando há, portanto, definição em relação à possibilidade de concessão de licença-maternidade à servidora ocupante de cargo em comissão, há também discussão a respeito de saúde pública, pois o que está em jogo é a diminuição dos gastos públicos em saúde se se permitir que a mãe consiga amamentar e cuidar da prole no período inicial de quatro ou seis meses.

A própria ausência de uma catalogação específica na área da saúde pelo Supremo Tribunal Federal permite que se faça uma seleção que permita uma flexibilização do critério tido como principal ou único para um critério inclusivo dos sistemas da saúde e sanitário no seu âmbito mais amplo possível, visualizados por meio do sistema do direito. Convém, ainda, lembrar que o caráter transdisciplinar existente em diversas passagens da tese permite igualmente tratar o sistema da saúde de maneira um pouco mais abrangente no tocante à catalogação dos temas feita pelo STF.

A consequência a respeito do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da aplicação do instituto da repercussão geral em relação aos temas gera o condão de sobrestar, em todos os demais tribunais hierarquicamente inferiores, as demandas envolvendo a mesma discussão até pronunciamento final do STF no tocante ao julgamento do mérito acerca da

existência da repercussão geral e, eventualmente, o julgamento do mérito do recurso extraordinário⁵¹.

A escolha dos temas permite, ainda, que se visualize a questão da judicialização da política ou da saúde como um acontecimento atual em sociedades com desigualdades sociais como a sociedade brasileira.

O sistema da política, por meio de seu código próprio (governo/oposição) não cumpre o papel de operacionalizar os valores e princípios contidos na Constituição, dentre estes a saúde. O Brasil é um país que carece de políticas públicas efetivas no sentido de diminuição do fosso existente entre aqueles que gozam de serviços privados de qualidade na área da saúde e aqueles que dependem única e exclusivamente do serviço público no tocante à garantia e à obtenção de saúde. As desigualdades sociais são agravadas pelo constante discurso de ausência ou insuficiência de verbas para manutenção dos serviços em saúde já existentes, para expansão destes mesmos serviços já existentes bem como para criação de novos serviços que surjam com a necessidade do descobrimento de novas doenças ou tecnologias.

A ausência de distribuição constante de medicamentos para população necessitada nos hospitais e postos de saúde, a carência de servidores em número suficiente para prestação de serviço nos nosocômios e postos de saúde faz com que a gestão na área da saúde torne-se caótica porque há sempre uma demanda reprimida carente de serviços compatíveis com a previsão inserida no texto constitucional.

Esta carência no tocante à gestão da saúde no Brasil tem provocado constante irritação no sistema do direito, uma vez que parcela dos excluídos acaba buscando os serviços oferecidos pela Defensoria Pública para que sejam ajuizadas ações a fim de garantir o que o Poder Executivo não está fazendo: direito à saúde.

Os temas selecionados nesta tese representam o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos diversos processos que ensejaram o “leading case”⁵², cabendo aos demais tribunais sobrestarem todos os processos que versem sobre o mesmo assunto.

⁵¹Instituto positivado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁵²Expressão utilizada pelo STF em seu sítio eletrônico para se referir ao processo contendo recurso extraordinário que será objeto de deliberação acerca da existência, ou não, de repercussão geral. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2015

2.1.1.1 Do Paradigma da Legalidade Estrita para que Paradigma?

Foi possível perceber, em pouco mais de dez anos desde a promulgação da EC 45/04, quando da seleção para o presente trabalho dos temas ligados ao direito à saúde e ao direito sanitário que o controle da jurisdição, pelo STF, está evoluindo na acepção da teoria sistêmica⁵³. A evolução que não é nem boa nem ruim para teoria sistêmica, ocorre quando os sistemas, ou sub-sistemas, tentam conservar seus limites, ou seja, quando tentam reduzir a complexidade do entorno decidindo, por força da contingência. Esta diminuição da contingência, esta decisão gera risco⁵⁴ que é o elemento que atualmente, no campo jurídico, tem gerado todas discussões a respeito da teoria da decisão.

No âmbito do sistema do direito, é inegável, dentro das teorias clássicas a respeito da norma, o positivismo e suas nuances ainda se mostram a teoria dominante tanto na questão do ensino quanto na questão de justificativa de uma teoria da ciência do direito. O direito é considerado como teoria da norma, teoria da interpretação ou teoria da decisão⁵⁵, todos com viés para paradigmas já conhecidos desde os bancos acadêmicos, salvo a discussão mais recente e até mesmo moderna a respeito do direito como teoria da decisão.

O direito visto como teoria da norma traduz a ideia de Kelsen⁵⁶ de que o direito é um conjunto de normas válidas num Estado⁵⁷. Esta noção de origem iluminista é o paradigma mais aceito em termos de ensino jurídico atualmente. O Direito como teoria da interpretação ganha corpo a partir do século XIX, quando o mundo ultrapassa as ideias das revoluções burguesas (na Inglaterra e França) e a complexidade aumenta por força igualmente do crescimento industrial e das novas relações de classe, deslocadas para a noção de capital e

⁵³La evolución no es una gradación paulatina, continua e ininterrumpida de la complejidad, sino un modo de cambios estructurales del todo compatibles con transformaciones bruscas (“catástrofes”) y con largos períodos de estancamiento (“Stasis”).” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 305).

⁵⁴LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006.

⁵⁵FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

⁵⁶KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

⁵⁷FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 50: Não há uma, mas inúmeras noções de norma jurídica. Uma definição exemplar, embora já surrada e que parece atravessar o tempo na consciência média do jurista, vamos entrar em Von Jhering, no seu “Der Zweck im Recht” (1877) (A finalidade do Direito). Deste livro extraímos o seguinte texto: “A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e esta definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização através de coação[...]”).

trabalho⁵⁸. O importante são as técnicas de interpretação (gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica), pois o importante é a busca de uma interpretação autêntica⁵⁹.

Há, também, a noção da ciência do direito como teoria da decisão⁶⁰. É nesta última visão que o presente trabalho irá centrar maiores esforços. A teoria sistêmica, base deste trabalho, centra-se nesta última classificação. Com remodelação dos paradigmas, a questão é discutir as mudanças por que tem passado o sistema do direito ao abarcar a decisão judicial como momentânea, como parcial, como contingente e, portanto, geradora de riscos, conquanto o sistema do direito os tente diminuir.

Neste contexto, a análise de casos envolvendo julgamentos do Supremo Tribunal Federal no tocante à aplicação do instituto da repercussão geral, previsto na Emenda Constitucional número 45/2004, mostra-se pertinente. A pertinência concretiza-se quando se analisa que uma decisão poderá afetar apenas as partes envolvidas no litígio, poderá envolver todas as pessoas residentes no Brasil, tendo reflexos em outros sistemas, tais como da economia, da saúde e da política.

⁵⁸MARX, Karl. **Do capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).

⁵⁹FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 69-70. (“A pergunta é: Qual o paradigma para se reconhecer que uma interpretação do texto da lei é autêntica? A resposta envolve a possibilidade de um sentido último e determinante. A concepção de que o texto da lei é expressão da *mens legislatoris* leva Savigny a afirmar que interpretar é *compreender* o pensamento do legislador manifestado no texto da lei.

Essa concepção nos mostra um ponto nuclear do desenvolvimento da ciência jurídica como teoria da interpretação. O problema básico da atividade jurídica não é apenas a configuração sistemática da ordem normativa, mas a determinação do seu sentido. Isso instaura as condições para o aparecimento de um método peculiar, ligado à ideia de compreensão (que hoje nos permite falar em método compreensivo) e de uma disputa em torno do objeto da própria teoria jurídica, visto de modo geral, como sendo os atos intencionais produtores do direito e, por isso mesmo, dotados de um significado que deve ser elucidado.”)

⁶⁰FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 88-90. (“Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como o ato culminante de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado aprendizagem.

[...]

Decisão é termo correlato de conflito, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc, que não preveem, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão.

[...]

Decidir, assim, é um ato de uma séria que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado.).

Os temas selecionados mostram que as decisões tomadas – teoria da decisão – em muito ultrapassam os paradigmas atualmente trabalhados pela sociologia, uma vez que a decisão judicial do STF poderá afetar de maneira negativa ou positiva a economia do país ao alterar critérios de concessão de benefícios assistenciais, poderá prejudicar empresas ao obrigá-las à indenizar o SUS em relação a eventuais ressarcimentos, enfim poderá impactar a gestão orçamentária ao decidir a respeito de um gasto público para tratamento de uma doença ao invés de outra. Os Temas de números 262, 312, 345 e 698 bem exemplificam a evolução que é possível observar na atual sociedade complexa e ajudam a procurar, por meio de novos conceitos, que novos paradigmas será possível visualizar.

Assim, o ponto de partida deste trabalho é o paradigma da positivação do direito – direito visto como teoria da norma – e o ponto de chegada é o paradigma da decisão judicial sob a ótica da teoria sistêmica para se poder compreender o que é o instituto da repercussão geral e de que maneira no seio do Poder Judiciário tem sido mantida a autopoiese em se tratando evolução do sistema do direito.

2.1.1.2 “Autores “Dobradiça”⁶¹: dúvida cartesiana e ponto cego

Em duas obras de Nabuco⁶² há alusão ao artigo primeiro de uma lei publicada durante o período imperial do Brasil, especificamente, em sete de novembro de mil oitocentos e trinta e um, cujo texto era o seguinte: “Todos os escravos que entraram no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres”⁶³. O grande estadista do Império brasileiro questionava-se como uma lei tão clara em relação ao seu significado, com pouca margem de dúvida em relação a possíveis interpretações pode permanecer vigindo até que a Princesa Isabel abolice a escravidão no Brasil, nas portas do século XX⁶⁴.

⁶¹Em alusão a uma palestra proferida, em Buenos Aires, no ano de 2012, no Seminário Internacional sobre Teorias sócio-jurídico y transformação social, pelo Professor Carlos María Cárcova, ao afirmar que existem autores cujo pensamento servem de pontos de conexão entre teorias diversas, sem estes autores não haveria uma outra infinidade de reformulações de paradigmas, pois as ideias destes pensadores servem para diversos ramos do saber. Citou, na época, alguns destes: Foucault, Nietzsche, Hannah Arendt, Marx, Weber entre outros. Para teoria sistêmica, seria o ponto cego do acoplamento estrutural.

⁶²NABUCO, Joaquim. **A escravidão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999; e do mesmo autor: **O abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, 2003.

⁶³NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 68.

⁶⁴NABUCO, Joaquim. **A escravidão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 80-81.

Durante o período colonial e imperial do Brasil, pela visão de Caldeira⁶⁵, há um instigante capítulo intitulado Bactérias e Telescópios cuja passagem parcial merece ser reproduzida para que seja possível a compreensão do estranhamento⁶⁶ causado:

Lidando com a economia da Antiguidade, Aristóteles foi capaz de perceber, ainda que considerando imoral, um nexu entre pessoas que ia além da relação entre senhor e escravos:

As pessoas cujo objetivo é uma vida agradável perseguem-na medindo-a pelos prazeres do corpo, de tal forma que, como esses parecem depender da posse de bens, todas as suas energias se concentram na atividade de enriquecer. Como seus desejos e prazeres são excessivos, se não conseguem obtê-los tentam chegar até eles por outros meios quaisquer, usando cada uma de suas faculdades de maneira contrária à natureza. Tais pessoas transformam todas essas faculdades em meios de proporcionar riqueza, na convicção de que a riqueza é o fim a atingir e que tudo mais deve contribuir para consecução deste fim.

No “Brasil” de “sentido da colonização”, nem mesmo a versão aristotélica do nexu social da busca da riqueza, tem lugar. Tudo que está para além do par senhor/escravo é, por definição, “sem sentido”, mesmo que o número dos excluídos seja avultado: [...].⁶⁷

Esta leitura da obra de Caldeira pode ser associada com o pensamento de Arendt⁶⁸: dúvida cartesiana⁶⁹. Afinal, o que fazia com que qualquer estudo sobre este período histórico do Brasil – economia ao tempo da Colônia e do Império – fosse visto com a certeza de que existia apenas um modo de produção: escravista⁷⁰. A certeza em relação ao passado, a certeza de que somente havia uma interpretação possível no tocante à economia do Brasil no período colonial em diante era a mesma certeza que fazia com que o homem medieval acreditasse que a Terra seria o centro do universo. Que instrumentos estariam sendo usados, ou que

⁶⁵CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009.

⁶⁶É o estranhamento causado pela transdisciplinariedade que a Teoria Sistêmica constantemente incentiva (VIAL, Sandra Regina Martini. Sistema da Saúde e Transformação Social. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 247).

⁶⁷CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 153.

⁶⁸ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁶⁹ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 286-292.

⁷⁰“A principal característica da dúvida cartesiana é a sua universalidade, o fato de que nada, nenhum pensamento ou experiência, dela escapa. Talvez ninguém tenha explorado suas verdadeiras dimensões com maior honestidade que Kierkegaard, quando este se lançou – não da razão, como ele julgava, mas da dúvida – para a crença, levando assim a dúvida ao próprio cerne da religião moderna.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 287-288).

instrumentos não estariam sendo utilizados para que fosse possível visualizar o que antes inexistia, o que antes era certeza e agora é dúvida.

A respeito da ausência de dúvida em relação à existência de apenas dois tipos de classes ou dois tipos de indivíduos durante o Brasil Colônia e Império, cabe trazer à baila o pensamento de Prado Júnior⁷¹, de Furtado⁷² e Viana⁷³ que ao analisarem o Brasil sob o ponto de vista da economia e sob o ponto de vista antropológico, os dois primeiros autores e o último citados, respectivamente, comungam dos mesmos paradigmas apontados por Caldeira:

Aqui se define a “obra da colonização” como sendo sociologicamente marcada por um período inicial no qual havia apenas senhores e escravos, onde “tudo ia bem”. Então começam a aparecer pessoas que não podem ser enquadradas nesses pólos, e elas são vistas como pessoas “à margem da atividade produtiva”. Isso deixa bastante claro que existe uma completa identificação entre “sistema produtivo” e “escravidão”.

[...]

Admitir que a escravidão fosse uma forma de produção social importante é algo muito diferente de concluir que as demais relações sociais não têm significado na produção da riqueza, ou seja, que para aqueles que não eram escravos nem senhores “não havia lugar no sistema produtivo da colônia”. O grande problema da frase não está na valorização do trabalho escravo, mas na deliberada exclusão de todos os homens livres na análise da produção social do valor. [...].⁷⁴

Maturana e Varela⁷⁵, igualmente, questionam a suposta certeza do mundo que vivemos⁷⁶, todavia preferem trabalhar com a noção de ponto cego da observação e de observação de segunda ordem⁷⁷. É necessário que não vejamos tudo para que possamos ver, enxergar os objetos, uma vez que se fosse possível ao olho humano captar a totalidade das imagens, seria impossível fazer uma distinção, uma diferenciação entre aquilo que se enxerga

⁷¹PRADO Jr., Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2010.

⁷²FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁷³VIANA, Oliveira. **Populações meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

⁷⁴CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 153-154.

⁷⁵MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2011.

⁷⁶“Tendemos a viver num mundo de certezas, de solidez perceptiva não contestada, em que nossas convicções provam que as coisas são somente como as vemos e não existe alternativa para aquilo que nos parece certo. Essa é nossa situação cotidiana, nossa condição cultural, nosso modo habitual de ser humanos.” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 22).

⁷⁷MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 22-36.

e aquilo que está ou ficou oculto ao olho humano. Enxergar tudo seria enxergar a totalidade, seria não fazer distinção. Seria semelhante à definição bíblica de caos.

Sabendo a respeito da existência do ponto cego, para Maturana e Varela seria possível partir para uma segunda observação, seria possível – ainda para Maturana e Varela - observar o observador o que possibilitaria visualizar o ponto cego do observador, entretanto, este novo observador não estaria visualizando tudo, algo estaria excluído da observação para que seja possível fazer uma distinção, para que seja possível visualizar a diferença, algo não pode ser visto.

Está é a noção transdisciplinar passível de compreensão no seio da teoria sistêmica que Caldeira mostra com a seguinte passagem:

O primeiro passo para um novo entendimento da economia colonial está em abandonar essa forma de pensamento. Aceitar os dados evidentes de que havia um mercado interno relevante – e os inumeráveis dados mostrando pessoas que ficaram ricas na Colônia. E ricas não porque tinham escravos e propriedades – coisa que um número significativo de habitantes chegou a possuir – mas porque tiveram dinheiro, capital, riqueza monetária. E reuniram essa riqueza num mercado interno.

Explicar isso com a conceituação desenvolvida por Caio Prado Júnior é como tentar estudar bactérias com um telescópio: o instrumento impede a visão do objeto. Excluir analiticamente a função de capital do outro ou o papel dos homens livres na construção da riqueza com axiomas que negam sua existência não é exatamente procedimento adequado para avaliar os dados hoje disponíveis.⁷⁸

O que não é visto? Qual é ou onde está o ponto cego? Que dúvidas existem a respeito das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo o direito à saúde nos temas relativos à repercussão geral? O objetivo deste trabalho é ajudar na observação do observador, é suscitar dúvida e, por fim, possibilitar a compreensão do paradigma que permita a supressão de sentido e do paradigma que permita a visualização do sentido do que é o instituto da repercussão geral.

⁷⁸CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 153-154.

2.1.2 Reflexões a Respeito das Constituições Brasileiras: evolução desde o Golpe de 1964

Toda escolha, toda tomada de decisão implica em risco⁷⁹, uma vez que há necessidade de se realizar uma seleção entre algumas ou diversas situações ou fatos⁸⁰. Por este motivo, para iniciar este trabalho, optou-se por fazer uma breve análise, uma breve explanação a respeito da situação vivida no Brasil no período anterior à promulgação da Constituição de 1988, dando ênfase à menor complexidade existente à época.

Desferido golpe na incipente democracia brasileira, por meio das Forças Armadas brasileiras, no ano de 1964, no dia trinta e um de março (ou primeiro de abril). Com o golpe, ou revolução, denominação eufemística dada pelas Forças Armadas brasileiras, houve, para fins de análise, a manutenção da Constituição de 1946 e posteriormente a outorga da Carta de 1967/1969⁸¹.

Até a época do Golpe de Estado de 1964, não há como negar baixo nível de complexidade em relação à sociedade brasileira. As relações econômicas eram mais simples porque a sociedade brasileira, a despeito da industrialização que já ocorrera na maioria dos países do bloco ocidental, capitaneados pela Inglaterra e Estados Unidos, conservavam-se agrária, rural e agroexportadora⁸².

⁷⁹BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 39: “Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles exprimem-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”.

⁸⁰Para teoria sistêmica, a escolha significa redução de complexidade, todavia essa redução significa assumir riscos. O binômio contingência/complexidade traduz o que significam escolhas. Nesse sentido, ver: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-46: “Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que esta indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.”

⁸¹Neste sentido, ver: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 429-447.

⁸²Holanda não se cansa de afirmar que o Brasil foi uma nação rural em oposição a uma nação agrícola, ou seja, nunca houve a intenção da Coroa Portuguesa de tornar o Brasil um país exportador de riquezas através da agricultura (*plantations*). A preocupação maior era com a feitorização. Como justificativa, o autor afirma ser a vida litorânea um traço desta característica, visto que seria penoso à Coroa tentar explorar o interior do Brasil se não tinha a intenção de torná-lo uma colônia agrícola. Em sentido contrário, as colônias espanholas tiveram como marca a característica agrícola e a formação de cidades longe da costa. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 73; 95).

Se por um lado a Ditadura Militar precisava legitimar-se perante a sociedade, por outro lado o Brasil, a sociedade brasileira, não estava infensa às novas tecnologias nos mais variados ramos. Em relação à economia, a referência aos países industrializados bem como a referência aos países cuja industrialização ocorreu de maneira acelerada⁸³, depois do pós-guerra, tornavam-se modelos a ser seguidos pelos países latino americanos. Igualmente, era tendência mundial, em termos de constitucionalismo, agregar-se às novas cartas constitucionais direitos de segunda e terceira gerações, surgidos no início do século XX e positivados nas mais variadas constituições dos países do ocidente precipuamente depois da Segunda Grande Guerra⁸⁴.

A par das lutas sociais ocorridas no período pós-1964 pela redemocratização do Brasil, é importante ressaltar que a pouca complexidade até então existente na sociedade brasileira estava sendo minada por influências mundiais nos mais variados setores. O sistema da economia e do direito, tomando-se estes dois, perceberam os ruídos externos e os converteram em informações⁸⁵ econômicas e jurídicas, tais como organização do sistema financeiro nacional e legislação a respeito da ação civil pública⁸⁶, por exemplo e respectivamente.

O aumento da complexidade no âmbito da sociedade brasileira era evidente, na medida que o Brasil não estava indiferente à observação dos mais variados acontecimentos mundiais. As democracias européias prosperaram com a ajuda norte-americana no período pós-guerra, houve constitucionalização de direitos de segunda e terceira gerações⁸⁷ nos movimentos constitucionais ocorridos nos países europeus e as ditaduras que ainda subsistiam em Portugal e Espanha desabem nos anos de 1976 e 1978, respectivamente, criando condições

⁸³Nesse sentido, remete-se o leitor a existência de dois modelos de crescimento econômico: o primeiro de sedimentação gradual e o segundo de reestruturação acelerada. É o caso dos países europeus como sucessores de sociedades bárbaras que ocupavam o antigo espaço deixado com a derrocada do Império Romano e o caso dos países denominados “tigres asiáticos”, respectivamente. (JAGUARIBE, Hélio. **Crise na república**: 100 anos depois: primeiro ou quarto mundo? Rio de Janeiro: Thex, 1993. p. 26-36).

⁸⁴BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12-43.

⁸⁵LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 143: “La diferencia entre información y acto de comunicar abre por sí sola extensas posibilidades para el análisis. Dado que ambas requieren interpretaciones con sentido, el comunicador alter se ve ante um dilema. [...] se tiene que comprender a sí mismo como parte del mundo con sentido, en la cual la información es correcta o falsa relevantemnte: el acto de comunciar es válido, puede ser entendido.”

⁸⁶Leis Federais nº 4.395/64 e 7.347/85, respectivamente.

⁸⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56-68.

favoráveis para um novo processo constitucional naqueles países, com todas as possibilidades de inclusão de novas tecnologias e de novos direitos nas respectivas Constituições.

As informações que os sistemas da economia, do direito e da política tinham que absorver, respeitados os códigos, eram relativas ao sucesso a respeito do liberalismo econômico no período pós Segunda Guerra Mundial, eram o sucesso em relação ao cumprimento dos novos direitos o eram sucesso dos modelos democráticos norte-americano e europeu. O sucesso do capitalismo, dos direitos e da sociedade complexa.

2.1.2.1 O Crescimento Econômico Brasileiro e o Consequente Aumento de Complexidade

Uma das bandeiras do regime militar foi desenvolver o Brasil, alinhando o país às economias de mercado. Alinhar o país a estas economias significa, num primeiro momento, imaginar um processo de desenvolvimento semelhante ao que ocorreu nos países como Inglaterra, França e Estados Unidos.

O Brasil desenvolveu-se econômico, social e politicamente distinto de nações antigas, de nações que viveram o início da Revolução Industrial e a esta revolução adaptaram-se, evoluíram. Durante o período colonial brasileiro, que se estendeu por mais de trezentos anos, não era permitida exploração econômica que não fosse controlada pela Coroa Portuguesa⁸⁸, o Brasil não teve, portanto, corporações, não formou uma latente burguesia comercial durante período de acumulação relativa à fase do ouro⁸⁹, por exemplo, uma vez que a metrópole preocupou-se sempre em feitorizar o Brasil⁹⁰.

⁸⁸Oliveira Viana, ao escrever sobre a formação social do Brasil, aponta o grande latifúndio como o responsável pela união de interesses entre a Coroa Portuguesa e posteriormente o Império brasileiro e a manutenção da extensão territorial brasileira. Para o autor, graças ao tratamento uniformemente dado ao fazendeiro no tocante ao uso da terra, à aquisição de mão de obra (escravos), ao pagamento de impostos, ao escoamento da produção, foi possível manter intacta a ideia de uma so grande nação, por maiores que fossem as forças regionais que quisessem do Brasil promover a separação (VIANA, Oliveira. **Populações meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 182-206). No mesmo sentido, outra obra do autor, analisando a incapacidade de o Império em conseguir centralizar as ações e opiniões contrárias ao sistema político, ao sistema jurídico e ao sistema da economia. (VIANA, Oliveira. **O ocaso do império**. Brasília: Senado Federal, 2004).

⁸⁹A referência diz respeito ao período histórico brasileiro compreendido como extração de minérios de valor, na região que atualmente seria o estado de Minas Gerais, tendo o ouro como o outro como principal produto. Não obstante, também houve extração de diamantes e outras pedras semi-preciosas. (PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2010. p. 56-68.

⁹⁰Já referido anteriormente: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo. Cia das Letras, 2000. p. 73; 95.

A consequência, no âmbito econômico, é que o desenvolvimento do Brasil, historicamente, dá-se por saltos e é sempre patrocinado pelo Estado⁹¹, afinal este é o ente político responsável pela introdução de novas tecnologias ou metodologias. Pode-se dizer, assim, que a sociedade brasileira teve, em linhas gerais, até a promulgação da Constituição de 1988, dois grandes saltos patrocinados pelo Estado brasileiro: industrialização durante o regime ditatorial de Getúlio Vargas e ingresso na economia de mercado durante o período do Golpe de 1964⁹².

Os novos padrões econômicos da sociedade brasileira são evidentes no período posterior ao Golpe de 1964: urbanização acelerada dos centros urbanos, acesso facilitado a bens de consumo, acesso facilitado a novos serviços na área de comunicações. Este aumento da complexidade é um acontecimento natural em se tratando de evolução das sociedades modernas⁹³.

O aumento da complexidade da sociedade, no tocante à riqueza – economia – faz com que os sistemas da economia e do direito se irrem mutuamente por meio do contrato e da propriedade⁹⁴, ponto de acoplamento estrutural de ambos os sub-sistemas sociais e este aumento da complexidade é absorvido por meio de, segundo Luhmann, formação de

⁹¹É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado.

[...]

Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas da modernidade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 26-27).

⁹²JAGUARIBE, Hélio. **Crise na república**: 100 anos depois: primeiro ou quarto mundo? Rio de Janeiro: Thex, 1993. p. 11-19.

⁹³PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 94-95. (A principal tendência de desenvolvimento depois da Reforma acentuava, sob um sistema ativista de valor, as capacidades integradoras e adaptativas das sociedades, o que exigia novas ordens de diferenciação e maior solidariedade orgânica (no sentido utilizado por Durkheim). A revolução industrial era parte dessa tendência, pois grandes aumentos de produtividade econômica exigiam extraordinária extensão da divisão de trabalho social. Como já acentuamos, tal extensão em diferenciação provoca uma necessidade fundamental de novos mecanismos integradores e novas estruturas. A revolução de democrática atingiu, fundamentalmente, o aspecto integrador das sociedades; centralizava-se no sentido político de participação na comunidade societária e, dessa forma, na justificativa para desigualdades em riqueza e, mais importante que isso, em autoridade política e privilégio social.”

⁹⁴LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 522.

estruturas de expectativas cognitivas que podem ser, ou não, desapontadas⁹⁵. Depois que há inclusão na sociedade de condutas e comportamentos tais como aquisição de automóveis devido à facilitação do crédito, compra de imóveis devido à mesma facilitação e acesso à telefonia fixa, no período posterior ao Golpe de 1964, por força da modernização do Brasil, não há como imaginar que se pode retroceder em relação a estas conquistas sociais e econômicas.

É impensável, portanto, que com essa evolução no plano econômico em relação à sociedade brasileira que as expectativas de melhora na qualidade de vida sejam projetadas para o futuro, são as expectativas de expectativas que se frustradas geram desapontamento e consequente mudança de comportamentos. Tome-se como exemplo uma família que por força do aumento da complexidade no âmbito da economia, tenha adquirido um automóvel, uma moradia e tenha acesso a serviços de telefonia, a expectativa que se criará é que os filhos consigam igualmente se socorrer das mesmas benesses e os filhos dos filhos igualmente, sempre de maneira progressiva⁹⁶. Eventual frustração, por exemplo, que os filhos não consigam manter o mesmo padrão de consumo dos pais ou algum tipo de perda de poder aquisitivo por força de uma severa crise econômica, pode gerar mudança em relação aos comportamentos futuros por força da frustração e desapontamento.

Ainda segundo Luhmann, o aumento da complexidade gera necessidade de absorção desta mesma complexidade por meio de estruturas seletivas que continuam sendo realizadas até mesmo quando não são feitas de maneira consciente. O desapontamento, o descumprimento da expectativa gera, a nível cognitivo, a necessidade de absorver o desapontamento, ou não, por meio de novos aprendizados, a isto Luhmann chama de expectativas cognitivas e as expectativas normativas não são abandonadas em caso de

⁹⁵LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45. (“Isso também ocorre (2) através da diferenciação entre estruturas cognitivas e normativas de expectativas, dependendo se no caso de desapontamento está prevista sua assimilação ou não.”)

⁹⁶Consulta ao sítio eletrônico do IBGE é possível notar o crescimento econômico brasileiro durante o período do Golpe Militar de 1964, no tocante ao acesso ao consumo de bens e de serviços. Tome-se como exemplo o acesso ao serviço de telecomunicações relativo ao uso de linhas telefônicas fixas nos lares e o acesso à casa própria para denominada classe média por meio do Sistema Financeira de Habitação, durante o período de 1964-1986 e o acesso aos mesmos serviços de telecomunicações (telefonia móvel) e o acesso à casa própria, a partir dos governos do Partido dos Trabalhadores (2002 até dias atuais, 2015), para denominada nova classe média ou para a antiga classe “C”. Estima-se que haja em funcionamento no Brasil, aproximadamente mais de trezentos milhões de linhas relativas ao serviço móvel (celular), sendo normal a existência de dois aparelhos celulares para cada brasileiro para uma população pouca coisa superior a duzentos milhões de habitantes. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2015).

descumprimento, pois servem para nortear comportamentos futuros. Portanto, a frustração em relação às expectativas normativas resolve-se pela não assimilação dos desapontamentos⁹⁷.

A sociedade brasileira, passados mais de quinze anos do Golpe Militar, já sentia os efeitos da impossibilidade de se manter uma ordem autoritária devido ao aumento de complexidade da sociedade e ao funcionamento do sistema político que não conseguia absorver a complexidade do entorno, entendendo-se esta complexidade como opiniões diversas ou diferentes ao regime imposto, como questionamentos a respeito da necessidade do sufrágio universal, como questionamentos do porquê ou a respeito da ausência de uma oposição ao governo militar.

2.1.2.2 O Funcionamento do Sistema da Política durante o Período de Vigência do Golpe de 1964

Segundo Luhmann, os sistemas são operativamente fechados e cognitivamente abertos⁹⁸. Operam os sistemas de maneira a produzir seus próprios elementos, por meio de códigos binários, ou seja, o sistema da política, por exemplo, para se distinguir do entorno, sempre mais complexo, se diferencia funcionalmente deste por meio de comunicação.

⁹⁷LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 56. (Nessa acepção (inconvenção), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim acada de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamento, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgredir. No caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loura, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo; nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não fazendo questão de cabelo louro, exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. Por outro lado espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator. Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos.

[...]

Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma.”)

⁹⁸LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 74-80.

Os sistemas se mantêm abertos cognitivamente porque conseguem perceber o entorno como ruído e, para que possam absorver o entorno, como comunicação e informação, reduzindo a complexidade, absorver-lo-ão dentro do código do sistema.

Porém, antes de avançar no funcionamento do sistema da política, necessário se entender como este mesmo sistema se estruturou segundo a teoria sistêmica, fazendo-se uma breve retomada histórica a respeito.

Se atualmente pode-se perceber o sistema da política por meio de organizações, tais como partidos políticos e o próprio Estado, nem sempre, à sombra da tradição, houve diferenciação funcional suficiente para que se trabalhasse com a ideia de sistema social autônomo no âmbito da sociedade. À época greco-romana, havia como instituição política apenas a noção de “pólis” e esta noção de “pólis” era feita mediante contrapartida em relação à noção de doméstico, ou seja, a distinção no mundo grego era entre ordem doméstica e cidade (“pólis”), economia e política.

No âmbito doméstico⁹⁹, inexistia qualquer tipo de preocupação em relação a uma suposta convivência democrática, o pai de família, o senhor tinha poderes absolutos e isto não se chocava com a tradição da época, pois a ideia de que o cidadão apenas se plenificava, tinha direitos, quando inserido na “pólis” grega¹⁰⁰. Não foi possível, por força da ausência de diferença da unidade, estabelecer noção de individualidade, necessária para se trabalhar com noção de Estado, cargo público entre outros. Apenas existia a noção fragmentária de homem/mulher, progenitor, descendente, senhor/servo. A noção de cidade (grega) era uma noção autárquica e resumia unidade de sentido, pois não era possível realizar qualquer tipo de análise da “pólis” por meio da noção de família, da noção de economia ou por meio da visão de outros povos¹⁰¹.

Não poderia ser outra a noção de poder e, portanto, poder político, com o legado da civilização grega: poder visualizado na pessoa que o exerce, tais como reis, rainhas,

⁹⁹Entendida como a vida familiar, a vida fora da ‘pólis’. Doméstico é em oposição à pólis, na concepção greco-romana. (ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 37-47).

¹⁰⁰LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 91.

¹⁰¹Igualmente: ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 47), já havia percebido o domínio da noção de “pólis” sobre todos os demais elementos estudados da sociedade grega. A “pólis” era a unidade política grega. (“Não obstante, o passado de verdadeira experiência política, pelo menos em Platão e Aristóteles, continuava tão forte que jamais houve dúvida quanto à distinção entre as esferas da família e da vida política. Sem a vitória sobre as necessidades da vida na família, nem a vida nem a <boa> vida é possível; a política, porém, jamais visa a manutenção da vida. No que tange aos membros da polis, a vida no lar existe em função da <boa> vida na polis.”)

imperadores e imperadoras. O poder é pessoal, uma vez que inexistia distinção capaz de realizar uma unidade da diferença entre Poder, Estado e cargo.

A transição para o mundo medieval, com as lutas religiosas do Século XVI, retomam o conceito de sociedade civil como uma entidade separada do Estado, tendo na pessoa de Hobbes¹⁰² uma das primeiras vozes a levantar a necessária submissão do poder pessoal à noção contratual de delegação do Poder por parte do súdito¹⁰³. Interessante notar que já naquela época era possível fazer uma oposição, até então impossível, entre senhor/escravo (ou servo), público/privado, entre soberano/súdito, possibilitando margens para que se possa realizar uma diferença, uma unidade de diferenciação. A Idade Moderna já conhecia formas mais complexas em decorrência do mercantilismo, grandes navegações, descobertas científicas e, no âmbito da filosofia, o humanismo e o renascimento eram responsáveis por novas explicações¹⁰⁴ em relação ao mundo fenomênico, desvinculando-o da fé cristã que tudo justificava como vontade de Deus.

Em decorrência do aumento da complexidade, foi possível delimitar o Estado como uma organização do sistema político e como uma organização capaz de exercer o poder de maneira autorreferencial e centralizada¹⁰⁵, podendo-se perceber a clausura operativa do sistema político. Visualizando-se o Estado como uma das organizações que exercem poder político¹⁰⁶, não resta dúvida a respeito da necessidade de se verificar os códigos que opera o sistema político.

¹⁰²HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

¹⁰³HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 201-206.

¹⁰⁴LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 95.

¹⁰⁵Em termos de organização do sistema político, a evolução do feudalismo e sua consequente extinção teve como marco a retirada do poder da nobreza de fazer guerras religiosas. Novamente: LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 144. (“En los siglos XVI y XVII se desarmará a la nobleza, y el empleo de la violencia física en formato ampliado se definirá como guerra. Hacer la guerra será derecho fundamental de los Estados, y si surgen revueltas – movimientos de resistência, inquietudes de otro tipo – se desclarará tanto jurídica como moralmente. Más de cien años de experiencia con rebeliones religiosas acabarán legitimando que se le quite el poder a la nobleza además de que dejará ver que ella y los estamentos habían “usurpado” ilegalmente, en tiempos de gobiernos débiles, el monopolio que le correspondía al rey de usar la fuerza.”)

¹⁰⁶“El poder no se sostiene a larga si no se forma um sistema. Sólo cuando ya se ha alcanzado un grado suficiente de diferenciación de un sistema para la política, el poder se constituye en poder político. El poder, como ocasión de amenazar con la violencia, se puede formar y utilizar de forma parastaria en casi todos los sistemas, aunque entonces allí será tan sólo un fenómeno marginal y una forma de comunicación subordinada.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 148).

O código aumenta e reduz ao mesmo tempo a liberdade de decisão do sistema, produz e reduz contingência¹⁰⁷. O sistema da política, inicialmente, processou as informações através do código binário cargo e pessoa. Por meio da distinção entre pessoa e cargo foi possível ao sistema político se diferenciar do entorno e ao mesmo tempo pertencer ao sistema da sociedade.

O poder até fins da Idade Média que inicialmente exerceu o poder político por meio da pessoa do rei e as monarquias divinas provam este fato, evolui para formas mais sofisticadas de exercício do poder político por meio das monarquias constitucionais. A construção da unidade do poder político por meio do código cargo/pessoa possibilitou num primeiro momento a diminuição da complexidade por meio do sistema político e ao mesmo tempo (e paradoxalmente) o aumento desta complexidade, vez que novas situações foram surgindo em decorrência do exercício do poder político por meio do sistema da política¹⁰⁸. Se na antiguidade a doutrina da forma de governo em monarquia, aristocracia e democracia, cada qual com suas peculiaridades e fracassos históricos, atualmente, a diferenciação funcional fez com que o sistema político evoluísse para uma recodificação do código de poder: governo/oposição, sendo que apenas o governo pode ocupar cargos políticos, restando à oposição lamentar-se¹⁰⁹.

O aumento da complexidade via democratização da sociedade torna questionável a ocupação de cargos políticos sem que se opte por processos eleitorais, por exemplo. A eleição para ocupar cargos políticos devolve a incerteza em relação à ocupação do cargo, aumentando a complexidade e a contingência, vez que o governo poderá, ou não, ser reeleito.

Esta incursão demonstra os motivos porque o Regime Militar iniciado no ano de 1964, no Brasil, estava fadado ao perecimento em questão de anos, uma vez que o poder não se sustenta enquanto poder político se não for exercido dentro do sistema da política.

Durante o Regime Militar não havia eleições, os direitos políticos de diversas pessoas (opositores) foram cassados, era tênue a diferença funcional e constitutiva entre cargo e pessoa e o sistema da política não operava na sua plenitude com o código binário

¹⁰⁷LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 163.

¹⁰⁸LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 165. (“Con el incremento de complejidad del sistema político aumentan también las operaciones parapolíticas y el sistema de la política se hará dependiente de ellas para conservar el nivel de complejidad – pero no para la reproducción de su autopoieses-”).

¹⁰⁹LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 170-171.

governo/oposição, vez que não era inserida no sistema da política a incerteza que o processo eleitoral permite acrescentar¹¹⁰.

No período da Ditadura Militar no Brasil¹¹¹, é possível afirmar que a Constituição, enquanto um ganho aquisitivo e evolutivo da sociedade não irá operar, pois o sistema político irá corromper os demais sistemas pela violação das comunicações e por consequência a autopoiese será prejudicada ou por meio da coação física e, deve-se lembrar, coação física não é poder.

É neste contexto econômico e político que faz surgir um novo modelo de Constituição cujo texto agrega novos valores, novos instrumentos numa clara tentativa de redemocratização do Brasil no mais amplo sentido.

2.1.2.3 Características do Constitucionalismo no Brasil: a constante criação ou antecipação dos direitos

Não seria exagero afirmar que deve haver uma simetria entre a Constituição real e a Constituição escrita, no que Lassalle denominava os fatores reais do poder¹¹², todavia, no caso brasileiro¹¹³, ao que parece ao longo da história, nem sempre é (ou foi) possível visualizar uma certa simetria entre o texto constitucional e a prática política desenvolvida e, em muitos casos, esse descompasso foi um dos fatores de agravamento de crises institucionais¹¹⁴.

¹¹⁰“La institucionalización de las elecciones políticas instala en el sistema una incertidumbre autoproducida.

[...]

Clausura operativa no quiere decir que el sistema se independice del entorno. Quiere decir más bien que el sistema es recursivo, que se orienta por los valores que él mismo ha producido, que está provisto de memoria propia, que oscila en el cuadro de sus propias distinciones y que, en consecuencia, produce y desarrolla su propio pasado y su propio futuro”. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 174-175).

¹¹¹Entre os anos de 1964 e 1985.

¹¹²LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 11.

¹¹³Obviamente, não é uma exclusividade brasileira, todavia o divórcio entre a realidade e a Constituição é sensível no Brasil.

¹¹⁴A primeira Constituição brasileira, em 1824, foi precedida de um golpe de Estado (12.11.1823) e dissolução da Assembléia Geral Constituinte e, posteriormente, outorgada pelo então Imperador Dom Pedro I. O hibridismo da carta de 1824, entre o liberalismo e o absolutismo, foi causa da constante instabilidade política do primeiro reinado. A primeira carta republicana foi um simulacro de federalismo, tendo sido descumprida sistematicamente pelas oligarquias brasileiras. A carta de 1934, embora tenha evoluído no que diz respeito à incorporação de direitos sociais, teve vida curta devido ao golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas. A Constituição de 1937 sequer entrou em vigor, se observado o art. 80 daquela carta. A carta de 1946, embora elaborada depois de amplo processo constituinte, pecou por tentar conciliar preceitos liberais com técnicas reacionárias, por fim, a Constituição de 1967/1969 existiram apenas no papel, eis que sequer é possível

As origens da formação da sociedade brasileira explicam características próprias com relação à maneira como o povo (a sociedade civil) se relaciona com o Estado e os reflexos nas instituições políticas, jurídicas, econômicas e sociais.

A primeira constatação é de que os países que serviram de modelo, ou os países com que a América teve contato foram Espanha e Portugal (América Central e do Sul) e Inglaterra (América do Norte) e, portanto, nada mais natural que a cultura e os hábitos e conseqüentemente as instituições destas nações fossem, na maioria das vezes, copiadas ou aplicadas aos países recém descobertos, no século XVI, sendo o Brasil um exemplo¹¹⁵.

A maneira como se deu a colonização, ou a ocupação do solo americano, comparando-se entre o modelo norte-americano e entre o modelo brasileiro possibilitam uma visualização de como, as sociedades se estruturaram e construíram suas instituições, existindo, em relação à sociedade norte-americana, maior organicidade, ou seja, maior proximidade entre o direito escrito (estatutos) e as práticas sociais¹¹⁶ e no caso da sociedade brasileira este divórcio é mais gritante¹¹⁷.

Os colonos que migraram para América do Norte, oriundos da Inglaterra, tinham, na sua maioria a mesma origem, tinham ciência dos hábitos ingleses e do dogma da soberania do povo adquirido com a monarquia dos Tudor. Além disso, saíram da Inglaterra para formar um novo mundo, uma sociedade livre, de iguais cuja liberdade religiosa¹¹⁸ fosse igualmente

emprestar à carta do regime autoritário algum tipo de legitimidade, ante o avanço dos Atos Institucionais. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADES, Paes de. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991).

¹¹⁵“É significativa, em primeiro lugar, a circunstância de termos recebido a herança através de uma nação ibérica. A Espanha e Portugal são, com a Rússia e os países balcânicos (e em certo sentido também a Inglaterra), um dos territórios-ponte pelos quais a Europa se comunica com os outros mundos. Assim, eles constituem uma zona fronteira, de transição, menos carregada, em alguns casos, desse europeísmo que, não obstante, mantém como um patrimônio necessário.” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 31).

¹¹⁶VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 98. No mesmo sentido, Tocqueville ao falar a respeito da soberania do povo norte-americano. Vide a seguinte passagem: “Na América, o princípio da soberania do povo não é oculto ou estéril, como em certas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas conseqüências.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. I. p. 65).

¹¹⁷VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 49.

¹¹⁸Os maiores conflitos europeus, durante a Idade Média, era por liberdade religiosa, que grosso modo, equiparase ao que hoje parece ser inaceitável: liberdade política. Não por outro motivo, as guerras, insurreições e desterros tinham como mote a restrição do súdito, ou de determinada parcela de súditos, em poder proferir livremente seu culto. (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1988).

respeitada¹¹⁹. Essa originária condição de igualdade e o fato de estarem, os peregrinos¹²⁰ literalmente sozinhos no novo mundo, fez com que criassem instituições próprias, se organizassem de maneira particular e desta organização própria não há como negar que houve um encontro entre as reais necessidades da população, as práticas e costumes, e a legislação. Mesmo a riqueza ordinariamente acumulada por fazendeiros, à época das Colônias (nos Estados Unidos), não teve o condão de introduzir algum tipo de subordinação ou hierarquização exagerada, haja vista ausência de noções aristocráticas no seio da sociedade americana¹²¹, no início da formação dos Estados Unidos da América¹²².

A sociedade norte-americana é(foi) um caso singular de auto-organização, de total adesão à vida comunal, de total respeito às liberdades locais em detrimento de um poder central, eis que existindo certa igualdade entre todos, não há como legitimar o poder de um sobre o outro, sendo prática a união dos cidadãos da comuna¹²³ para combater eventuais

¹¹⁹Tocqueville, ao discorrer sobre a democracia na América, não se cansa de exaltar o espírito de igualdade que contaminou o solo norte-americano, haja vista os fatores de homogeneidade racial, homogeneidade de riquezas àqueles que aportaram ao novo mundo, espírito de trabalho sobre a terra entre outros. Nesse sentido: “Os emigrantes que vieram, em diferentes períodos, ocupar o território que hoje a União americana cobre, diferenciavam-se em muitos pontos; seu objetivo não era o mesmo e eles se governavam com base em princípios diversos.

Entretanto, esses homens tinham características comuns e achavam-se, todos, numa situação análoga.

O vínculo da língua talvez seja o mais forte e o mais duradouro que possa unir os homens. Todos emigrantes falavam a mesma língua; todos eram filhos de um mesmo povo. [...]

[...]

Assim, as colônias inglesas tinham todas entre si, na época de seu nascimento, um grande ar de família. Todas, desde o princípio, pareciam destinadas a oferecer o desenvolvimento da liberdade, não a liberdade aristocrática de sua mãe-pátria, mas a liberdade burguesa e democrática de que a história do mundo ainda não apresentava um modelo completo.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1. p. 37-39).

¹²⁰“Os emigrantes ou, como eles mesmos se chamavam tão apropriadamente, os peregrinos (*pilgrims*), pertenciam àquela seita da Inglaterra que a austeridade de princípios fizera receber o nome de puritana.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1. p. 41).

¹²¹Veblen, ao analisar a sociedade norte americana, constrói a tese de que mesmo em sociedades que inicialmente nasceram sem “aristocracia” acabaram desenvolvendo uma espécie de classe ociosa, uma classe que representa estes valores aristocráticos uma classe que serve de exemplo às demais no tocante “as boas maneiras”, no tocante à qualidade de vida, uma espécie de padrão a ser buscado pelos demais pares, porém acessível a poucos, muito poucos. (VEBLEN, Thorstein. **Teoría de la clase ociosa**. Mexico: FCE, 1974).

¹²²TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1. p. 40.

¹²³Segundo Tocqueville, ao analisar a estrutura da sociedade norte-americana, destaca o papel do sistema comunal como sendo a espinha dorsal da verdadeira democracia na América. (TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1. p. 70). Este espírito comunal, na verdade, foi legado pelos britânicos, eis que era característica da Europa no período posterior ao esfacelamento do Império Romano do Ocidente. Nesse sentido: “Estamos aqui diante das expressões mais puras da democracia – do governo do povo pelo povo que os publicistas e historiadores, como Max Weber e Mac Iver, chamam de Estado-aldeia, ou de aldeia-Estado.” E, mais adiante: “Poderíamos ter invocado, para

inimigos ou para combater a eventual intromissão de outro poder (ou o inimigo), ou do poder central.¹²⁴ Essas características criam (e criaram) uma forte noção de auto-governo, de respeito às leis, eis que editadas entre iguais, formando um “estado social”¹²⁵ que atravessa gerações e impele um modo de vida característico à sociedade norte-americana. Não é difícil imaginar, neste contexto histórico, uma maior identidade entre a sociedade e o Estado, entre as leis e as práticas sociais/costumes¹²⁶, enfim, pode-se afirmar que nos Estados Unidos o direito verdadeiramente nasce a partir de condições históricas, em geral caracterizadas por lutas ou confrontos no seio da sociedade¹²⁷, ou seja, efetivamente, o direito nasce do fato¹²⁸.

ilustrar essa nossa afirmação, a Europa Germânica, a Europa Escandinava, a Europa Celta ou a Europa eslava; mas, preferimos invocar a Europa Ibérica e nela, especialmente, a velha Espanha, com as suas comunidades ou *pueblos*, de tipo agrário, que enxameiam, vivazes, todo o seu território. Não direi que seja ela, neste ponto, a terra mais original da Europa; mas, é certo que é uma das mais originais. Em nenhuma encontramos maior variedade destas “comunidades de aldeia” – ou agrícolas, ou pecuárias, ou de água, ou de pesca: - e o panorama histórico e etnográfico, que delas nos traça o admirável Joaquim Costa no seu *Colectivismo agrario*, abarca a Espanha na totalidade quase do seu território. Os interesses locais da terra, da produção, da vida dos habitantes são regidos, ali, por instituições próprias, populares e costumeiras, cujas origens se perdem nos horizontes da Pré-história e que vivem e funcionam *ao lado das oficiais, criadas pelo Estado, sediado em Madri*.” (VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 114).

¹²⁴Ilustrativa a seguinte passagem: “De outro lado, quando os cidadãos são, todos, mais ou menos iguais, fica difícil para eles defender sua independência contra as agressões do poder. Como nenhum deles é forte o bastante para lutar sozinho com vantagem, apenas a combinação das forças de todos é capaz de garantir a liberdade.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1. p. 64).

¹²⁵Para Tocqueville, o estado social é produto de um fato que imprime um padrão de conduta capaz de guiar o cumprimento de leis e o respeito aos costumes numa nação. Eis o conceito: “O estado social é, ordinariamente, o produto de um fato, às vezes das leis, quase sempre dessas duas causas reunidas. Porém, uma vez que existe, podemos considerar ele mesmo como a causa primeira da maioria das leis, costumes e idéias que regem a conduta das nações; o que ele não produz, ele modifica”. (TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1. p. 55). Na mesma linha, Oliveira Viana denomina de “complexos culturais” o que Tocqueville denominou de estado social. Convém transcrever esta passagem: “O que é certo é que o complexo representa um conjunto objetivo de *fatos, signos ou objetos*, que, encadeados num sistema, se correlacionam a *idéias, sentimentos, crenças e atos correspondentes*.

[...]

Um complexo cultural não contém apenas um sistema de normas sociais, possíveis de serem cristalizados num regulamento, num ritual, num prontuário, num código ou numa Constituição. Na sua composição encontramos, ao mesmo tempo, como estamos vendo, dois grupos de elementos componentes: os elementos externos ou objetivos (*fatos, coisas, signos, tradições*); os elementos internos ou subjetivos (*sentimentos, idéias, julgamentos de valor, etc.*): - e é desta complexidade de elementos constitutivos que ele tira o seu nome.” (VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 94).

¹²⁶Para teoria sistêmica, seriam expectativas cognitivas e expectativas normativas. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53-66).

¹²⁷BOBBIO Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 5-9.

¹²⁸BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Questão de fato” em recurso extraordinário. In: ROCHA, Leonel Severo da; et al. **Constituição, sistema doutrinária e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A sociedade brasileira parece ter seguido caminho totalmente diverso. Bosi¹²⁹ afirma que o conquistador português já trouxe em seu germe a cultura da aventura, exaltação exagerada ao personalismo, a cordialidade, a sensualidade e também a ausência de orgulho racial, sendo a miscigenação um traço característico da sociedade brasileira¹³⁰. Dentre estas características, acrescenta-se que o início da formação da sociedade brasileira se deu através de forte hierarquização, eis que as terras eram dadas pela Coroa Portuguesa aos sesmeiros¹³¹, ou seja, somente àqueles que tivessem condições de nela cultivar e proteger, os bons homens, portanto.

O que se percebe é que não ocorreu qualquer tipo de migração para o território brasileiro, depois de seu descobrimento, de portugueses descontentes com a pátria, de portugueses perseguidos por professarem culto religioso diverso do da Coroa, de pessoas iguais para formar um novo mundo, uma nova pátria, livre e democrática. Ao contrário, a colonização brasileira se deu através de forte aparato estatal, através de grandes latifúndios, com segmentação entre grandes proprietários rurais¹³², portanto, ricos e diferentes, e entre o resto da população, representado por escravos, alguns poucos comerciantes e servidores públicos¹³³. Foi uma colonização totalmente patrocinada pelo Estado português cujas

¹²⁹BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 27-30.

¹³⁰Convém transcrever a seguinte passagem: “Os vários modos da chamada assimilação luso-africana e luso-tupi adquirem, vistos por esta ótica, um relevo tal que acabam deixando em discreto ou subentendido segundo plano os aspectos estruturais e constantes de assenhoreamento e violência que maracaram a história da colonização tanto no Nordeste dos engenhos e quilombos quanto no Sul das bandeiras e missões.
[...]

Há casos de transplantes bem logrados, enxertias que vingam por gerações e gerações, encontros afortunados; e há casos de acordes dissonantes que revelam contrastes mal resolvidos, superposições que não colam. De empatias e antipatias se fez a história colonial”. (BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 27-30).

¹³¹LOBO, Haddock. **História econômica e administrativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1963. p. 34-35.

¹³²Holanda não se cansa de afirmar que o Brasil foi uma nação rural em oposição a uma nação agrícola, ou seja, nunca houve a intenção da Coroa Portuguesa de tornar o Brasil um país exportador de riquezas através da agricultura (plantations). A preocupação maior era com a feitorização. Como justificativa, o autor afirma ser a vida litorânea um traço desta característica, visto que seria penoso à Coroa tentar explorar o interior do Brasil se não tinha a intenção de torná-lo uma colônia agrícola. Em sentido contrário, as colônias espanholas tiveram como marca a característica agrícola e a formação de cidades longe da costa. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 73; 95).

¹³³Predominou uma camada de latifundiários com interesses vinculados a grupos mercantis europeus; a força de trabalho se constituía, basicamente, no trabalho escravo; não havia alternativas à escravidão, eis que o negro livre não conseguia obter algum tipo de ocupação na sociedade brasileira da época, vivendo, mesmo alforriado, de favor; instituições políticas precárias, eis que os cargos públicos eram ocupados pelos proprietários rurais (homens bons) e a representação local se dava por força do rei que nomeava os governadores, intendentess, provedores, ouvidores, procuradores (funcionários reais), não existindo verdadeira autonomia local; ausência de representação política de todas as forças internas, eis que o voto era indireto e censitário ao tempo do Brasil-Império; dependência do clero secular da Coroa Portuguesa, sendo indicado para assumir as paróquias e, por

características histórico-sociais não permitiram que se formasse, no seio da sociedade, noções de liberdade local, igualdade social, práticas de auto-governo, enfim, a sociedade brasileira foi formada pela Coroa Portuguesa e não teve oportunidade de constituir verdadeiras instituições democráticas¹³⁴. Pode-se afirmar que a sociedade brasileira mais foi formada pelo Estado do que o contrário.¹³⁵

A par destas características, soma-se ao fato de ser característica dos latino-americanos, segundo Viana¹³⁶, a praxe dos transplantes ou cópias culturais num sem número de coisas, dentre estas as instituições políticas¹³⁷.

Qual é o reflexo deste traço da cultura brasileira? O que há anos ocorre no Brasil: ausência de real estabilidade política, eis que há um notório descompasso entre as instituições plasmadas nas diversas Constituições promulgadas ou outorgadas no Brasil e a verdadeira prática constitucional por parte da sociedade e por parte da classe dirigente¹³⁸. E qual o reflexo em termos de Teorias da Constituição?

Esta é a característica do constitucionalismo de países periféricos: idealização das cartas constitucionais sem contudo haver preocupação com a criação de estruturas de

fim, a cultura letrada é rigorosamente estamental, não sendo possível a mobilidade vertical a não ser em raros casos de apradinhamento. (BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 23-25).

¹³⁴VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999.

¹³⁵HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 29; e: BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 11-37.

¹³⁶VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999.

¹³⁷“Os países latino-americanos são, com efeito, países todos devastados pela praxe dos ‘transplantes’ ou ‘empréstimos’ culturais em uma infinidade de cousas; mas, principalmente, o são em matéria de instituições políticas e de direito constitucional. Para os estudiosos da sociologia política, a América Latina constitui a zona mais ampla e mais ativa de conflitos entre os ideais e os atos, isto é, entre as normas (ou Chartas) das suas instituições políticas e os comportamentos dos que, ou - como simples cidadãos - as preocupam espontaneamente executar, ou - como membros do Estado, como governantes - são funcionalmente obrigados a isso.” (VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 100-101). Indicando o mesmo problema de transplantes culturais sem a devida adaptação à realidade brasileira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “a razão principal desse insucesso está, sem dúvida, na inautenticidade dessas instituições, sempre cópias, quando não caricaturas de instituições talhadas para outros povos.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 121).

¹³⁸BONAVIDES, Paulo; ANDRADES, Paes de. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991. No mesmo sentido, calha a observação de Sérgio Buarque de Holanda: “A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 31).

operacionalização dos direitos. O direito é positivado na Constituição sem todavia haver qualquer tipo de estrutura capaz de operacionalizá-lo. Oliveira Viana já havia advertido a este respeito quando da outorga da primeira Constituição republicana, em 1891¹³⁹.

Analisando-se apenas a última Constituição brasileira, promulgada em 1988, percebe-se que o constituinte seguiu a tradição já consolidada em muitos países desde o final da Primeira Guerra Mundial no sentido de elaboração de constituições diretivas, ou dirigentes¹⁴⁰, cujo conteúdo, além de normas que regulem os direitos e garantias individuais e a organização do Estado, direitos de segunda e até de terceira gerações¹⁴¹. Foram dados direitos, sem contudo, em muitos casos, estes mesmos direitos terem sido postulados anteriormente pela sociedade ou por parcela da sociedade.

Não se quer dizer com isso que não se devam positivar direitos de segunda geração¹⁴², ou mesmo direitos de terceira geração, em cartas políticas, quer-se apenas ressaltar que a relação com que uma sociedade se comporta com um direito construído a partir de lutas, de necessidades reais, num determinado momento histórico¹⁴³ com certeza é muito diferente da relação que uma sociedade terá com um direito que, a despeito de ser necessário, foi obtido sem discussões, sem luta e às vezes descompassado do momento histórico¹⁴⁴.

¹³⁹VIANA, Oliveira. **O idealismo da constituição**. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

¹⁴⁰BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36-37; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra Editora, 1994; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁴¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 9.

¹⁴²Sob o prisma da teoria sistêmica, a divisão entre direitos de primeira, segunda e terceira gerações mostra-se inóqua ou sem sentido, na medida que para Luhmann, os direitos são positivados, não havendo qualquer menção a eventual sub-divisão, hierarquia ou classificação interna entre os “tipos de direito” (LUHMANN, Niklas, **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 225-238, bem como, **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 7-17). Não obstante, no caso deste trabalho, teve-se que fazer uma opção entre trabalhar com a noção de positivação de direitos, cuja carência de sentido é impactante ou manter a denominação tradicional entre direitos de primeira, segunda e terceira gerações. A utilização desta última opção não deixa dúvida a respeito de que “classe” de direitos está-se falando e muito menos deixa dúvidas de que foram positivados na Constituição, o que reforça a amplitude do sentido que seria necessário completar insistentemente quando se trabalhasse apenas com a noção de positivação de direitos na Constituição. Portanto, as referências a direitos de segunda ou terceira geração devem ser traduzidas igualmente como referência à positivação dos direitos nos termos compreendidos por Luhmann nas obras já indicadas.

¹⁴³BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

¹⁴⁴Convém transcrever a surpresa de Baptista da Silva, ao se deparar, no ano de 1957, com uma situação que exigira uma tutela de urgência, quando, percebeu que mesmo estando o processo cautelar disciplinado no Código de Processo de 1939, ainda era pouco debatido na doutrina e ainda com pouco uso forense. Eis a

O fato de o Brasil ter adotado, em 1988, ao promulgar sua Constituição, as bases do que Canotilho chamara de Constituição dirigente¹⁴⁵ criou expectativa perante a sociedade de que através da Constituição seria possível mudar a realidade e seria possível conformar a política¹⁴⁶. Seguramente, esta é uma das características de Constituições dirigentes em países de modernidade tardia¹⁴⁷ como o Brasil: antecipação de direitos e engessamento de políticas públicas pela carta política, sem, contudo, em muitos casos, ter havido uma real discussão anterior perante a sociedade¹⁴⁸. O maior reflexo desta atitude é a aposta que se faz no poder judiciário como organização que conduzirá as mudanças estipuladas na Constituição¹⁴⁹, acredita-se que o poder judiciário, como organização do sistema do direito, será capaz, através do que se denominou de constituição jurisdicional, de mudar a realidade, de fazer cumprir as

passagem: “Quando, em 1957, a jurisdição de urgência pela primeira vez chamou-me a atenção, por força de minhas necessidades e premências profissionais, não obstante uma espécie de premonição que, naquela oportunidade, me ocorria, da importância do problema, ninguém poderia dizer, ou supor, que aquilo que hoje se chama processo cautelar pudesse ter atingido a importância supreendente que atingiu, no momento histórico da cultura jurídica continental europeia. Recordo-me que em 1957 já vigia o Código de Processo Civil de 1939 há quase 20 anos e a única obra monográfica sobre o processo cautelar (então conhecido como “medidas preventivas”) era um ensaio, por sinal muito bom, do Professor Lopes da Costa, com pouco mais de cem páginas. De modo que 18 anos depois da sua promulgação, o Código de 1939 provocara apenas essa pequena monografia.

Mas o surpreendente é que o processo cautelar, que todos conhecemos e com o qual a teoria e a prática forense, este mesmo processo cautelar estava suficientemente disciplinado no Código de 1939. Só que ninguém havia notado. Isso deixa-me estarrecido e surpreso, verdadeiramente surpreso, quando noto que a Lei tem a vigência que as necessidades sociais lhe reclamam e impõem.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Forense: Rio de Janeiro, 2002. p. 63).

¹⁴⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

¹⁴⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 453-462. Ser a Constituição um estatuto jurídico do político, p. 12.

¹⁴⁷STRECK Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. E também na obra: **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁴⁸“O restante da doutrina, em sua imensa maioria, continuou a entender o dilema constitucional brasileiro dentro dos tradicionais parâmetros da dicotomia Constituição x realidade, mantendo uma visão extremamente otimista para não dizer ingênua, do Poder Judiciário como a grande esperança na concretização da Constituição de 1988.” (BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 76-77).

¹⁴⁹Bercovici aponta que a grande consequência gerada pela Constituição Dirigente foi o exagerado crescimento dos tribunais constitucionais, eis que o caráter políticos destes foi superdimensionado, uma vez que detinham o dom de dizer o que era a Constituição bem como impor condutas aos demais poderes. (BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118).

normas constitucionais, enfim, acredita-se que o poder judiciário será capaz de mudar os fatos por meio da Constituição¹⁵⁰.

Essa característica do constitucionalismo brasileiro, conquanto seja passível de críticas sob o ponto de vista da criação de cartas constitucionais, não deixa de causar menor complexidade na sociedade brasileira, vez que o texto constitucional promulgado em outubro de 1988 foi com certeza um marco no tocante ao aumento da complexidade, sempre geradora de contingência.

2.1.2.4 Constituição de 1988 e a Positivização dos Novos Direitos Sociais

A promulgação da Constituição de 1988 insere o Brasil, mesmo que tardiamente, na nova onda do constitucionalismo verificado no período pós Segunda Guerra Mundial¹⁵¹. Depois da constatação histórica a respeito do sucesso do cumprimento das promessas da modernidade em países europeus e nos Estados Unidos da América, uma vez que foi possível em países como Inglaterra, França, Suécia, Suíça exemplificativamente no período imediatamente posterior a 1945 atingir níveis satisfatórios de distribuição de renda, acesso a serviços públicos de qualidade, controle inflacionário, associando-se o sucesso do liberalismo, no plano econômico e no plano político a noção de regulação não somente dos direitos de primeira geração como também à necessidade de regulamentação, no texto constitucional, de direitos de segunda e terceira gerações¹⁵².

A noção existente, em termos de Teoria da Constituição, é de que há necessidade de se positivar os novos direitos sociais¹⁵³, dentre estes o direito à saúde objeto de estudo neste

¹⁵⁰“Esta visão, talvez, causa a principal falha, a nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição aut centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria “auto-suficiente” da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais.” (BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 119).

¹⁵¹BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁵²Convém lembrar, novamente, para Luhmann seria apenas positivização de direitos.

¹⁵³A promulgação da Constituição de 1988 insere o Brasil definitivamente na modernidade, uma vez que os direitos sociais são positivados na Constituição: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

trabalho, surgidos entre o final do século XIX e início do século XX nas novas cartas políticas para que seja possível exigir o cumprimento por meio de políticas públicas Estatais¹⁵⁴.

O primeiro paradigma que se abala com a positivação do direito à saúde, à previdência, ao trabalho entre outros é de que na Constituição é possível a existência de direitos que obriguem à realização de políticas públicas positivas, típicas obrigações de fazer.

O que torna paradoxal é que até o momento anterior à promulgação da Constituição de 1988 inexistiam pessoas com direito à saúde, por exemplo, como uma garantia fundamental grafada na Constituição. A positivação do direito à saúde cria a inclusão de todos os brasileiros e cria, paradoxalmente, a exclusão de pessoas que não têm acesso integral ao exercício de seu direito constitucional à saúde¹⁵⁵.

Este tem sido o desafio das jovens democracias ocidentais latinoamericanas: o cumprimento da Constituição no tocante às promessas da modernidade¹⁵⁶.

Não deixa de ser interessante a noção que se tem nos países caudatários da “civil law”¹⁵⁷ a respeito da suficiência da legislação constitucional como condição de possibilidade, de garantia, de cumprimento e de efetivação dos direitos sociais, por exemplo. Grafar é algo

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015, Constituição da República Federativa do Brasil)

¹⁵⁴Segundo Luhmann, a evolução política do Estado para o Estado do bem-estar é a tentativa de se trabalhar com a possibilidade de inclusão total dos cidadãos ao sistema político. É o código inclusão/exclusão. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 408).

¹⁵⁵Este é um sério problema da modernidade cuja teoria sistêmica ainda não tem uma resposta clara. A sugestão de Luhmann é trabalhar com o código inclusão/exclusão como um meta-código, pois ter-se-ia de imaginar uma enorme parte da população excluída do sistema social ante ausência de comunicação jurídica, política ou econômica. Ao mesmo tempo que há necessidade de inclusão no sistema da educação para se ter acesso aos mais variados serviços prestados pelo Estado, há a exclusão daqueles que mesmo tendo acessado o sistema da educação estão excluídos do sistema político, do sistema do direito e do sistema econômico por força da ausência de participação na tomada de decisões coletivamente vinculantes, ausência do gozo de direitos sociais e ausência de renda mínima capaz de lhe garantir subsistência. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 660-661).

¹⁵⁶Convém trazer a posição de Cittadino, citando Guilherme O'Donnell a respeito da “cidadania de baixa intensidade” característica de democracias cujos Estados não conseguiram implementar, na sua totalidade, ou quase totalidade, as próprias normas constitucionais. No dizer da autora, há forte respeito aos direitos políticos, como liberdade de voto, liberdade de organização partidária entre outros e, no entanto, há uma carência no que diz respeito ao cumprimento de direitos liberais às camadas pobres da população. Ver a esse respeito: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.11. No caso da sociedade brasileira, deve-se também questionar o alcance dos direitos não apenas liberais, ou de primeira geração, mas também os direitos sociais, os de segunda geração, às camadas pobres da população.

¹⁵⁷MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

totalmente diferente do que cumprir, executar¹⁵⁸. O cumprimento (operacionalização) dos direitos tem sido o nó górdio da modernidade brasileira¹⁵⁹.

2.1.2.5 Positivação dos Direitos (Segunda e de Terceira Gerações¹⁶⁰) como Fator de Complexificação da Sociedade

O paradoxo criado com o sistema jurídico, pós constituição de 1988 é o fato de haver, na Constituição, uma prolixa descrição de novos direitos e abertura definitiva para os princípios. Neste momento, a preocupação será com o cumprimento dos novos direitos positivados (segunda e terceira gerações¹⁶¹), em especial o direito à saúde.

Para se compreender o salto dado e criado pelo sistema do direito basta, num primeiro momento, confrontar o atual texto constitucional, promulgado em 1988, com o anterior texto

¹⁵⁸Considerados típicos direitos burgueses, tais como liberdades e garantias individuais, cujo verbo em geral exige uma atitude negativa do Estado. Nesse sentido: “Os primeiros [direitos de primeira geração] exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; [...]”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 21). No mesmo caminho: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 174.

¹⁵⁹“No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. Para tanto, chamando a atenção para o fato de que as sociedades exigem que o poder retome as funções de árbitro na solução das injustiças, Touraine diz que a América Latina, como as demais regiões do mundo, ingressa num novo período de sua história. Até o presente, nenhum de seus países, nem mesmo o Chile, foi capaz de implementar um plano global de progresso econômico e social, e tal situação não pode durar. Não se trata mais de livrar a economia de vínculos paralisantes, mas ao contrário de reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder político. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawm, o Brasil “é um monumento à negligência social”, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenho-se na redução das desigualdades sociais. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69).

¹⁶⁰Convém uma vez mais lembrar que para Luhmann existe apenas positivação do direito, todavia manteve-se a nomenclatura clássica porque se entendeu que carrega mais sentido do que se utilizar apenas da noção luhmaniana.

¹⁶¹A nota distintiva destes direitos {segunda dimensão} é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social.” Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57).

constitucional promulgado no ano de 1967¹⁶². Tomando-se apenas a parte inicial da atual Constituição (1988), é possível perceber a quantidade de direitos sociais, de direitos de segunda geração nela incluídos.

A questão que surge a lúmen é a respeito da existência, ou não, destes direitos na sociedade contemporânea. A resposta possível é de que não se trata de inexistência, mas de outro ponto de vista, de outro observador ou de outra observação¹⁶³. Em outros países europeus, por exemplo, os cidadãos tinham direito à saúde, tinham direitos de segunda e terceira gerações assegurados pelo Estado, ou seja, era possível observar uma diferença entre Inglaterra, França e Brasil no tocante à operacionalização dos direitos à saúde, exemplificativamente, e esta diferença, pós Constituição de 1988 passou a ser observada também no Brasil, quando da positivação dos Direitos Sociais, no art. 6º¹⁶⁴.

Como é possível observar, nos moldes da teoria sistêmica, essa diferença entre o antes e o depois? Também por meio do observador¹⁶⁵ e este observador observa, autodescreve, realiza a diferença através de um sistema da sociedade, ou sub-sistema. Igualmente, é possível

¹⁶²É fundamental ter em mente que o processo de elaboração da Constituição de 1967 foi um procedimento totalmente estéril, sem qualquer tipo de legitimidade, uma vez que o Sistema Político havia imposto regras nos mais variados sistemas (sub-sistemas) na época. Mais se pareceu uma intervenção cirúrgica da “revolução vitoriosa” do que um legítimo processo de construção de uma constituição. Não deixa de ser interessante a maneira como o sistema político, na época, demarca seu fechamento operacional: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Esse texto pode ser lido no preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, bem como o que segue: “Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções a sua legitimação.” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 429).

¹⁶³“A globalização vai forçar a um outro tipo de observação que antes não havia. Não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas. Então, o Direito, hoje, necessariamente, deve ser observado de forma diferente, não normativista. Do ponto de vista internacional, também, pois é importante analisar outros tipos de possibilidades de organizações que existem no exterior, como a ONU, grandes multinacionais e a União Europeia etc. Há assim, uma observação plural do mundo ou, caso se queira, mais do que um pluralismo, um multiculturalismo.” (ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34).

¹⁶⁴“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2001).

¹⁶⁵Para teoria sistêmica, o papel do observador é fundamental, pois este é quem faz a distinção, seleciona e observa evolução do sistema. (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 32; igualmente, também em: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 116-121; MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001. p. 53-66; e LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 567-624).

observar a diferença através do próprio sistema, aliás, sob a ótica sistêmica, essa é uma condição necessária a todos os sistemas: auto-observação¹⁶⁶. No caso do direito à saúde, esta observação pode ser feita pelo sistema do direito.

O ponto mais emblemático no tocante à observação ou auto-observação do sistema do direito diz respeito com o crescente número de demandas ajuizadas, no âmbito do Poder Judiciário, cujo pedido diz respeito a prestações na área da saúde (sistema da saúde). Os pedidos são desde intervenções cirúrgicas, fornecimento de medicamentos até acolhimento de menores e idosos, todos os pedidos, via de regra, direcionados contra o Estado como ente garantidor das novas obrigações surgidas com a Constituição de 1988.

Esse aumento de demanda pode ser verificado em consulta aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁶⁷, no item estatísticas, para se ter uma noção entre o que se imagina ser a consciência que as pessoas possuem a respeito de seus direitos, entre o que seria a consciência do direito violado e a busca pela efetivação destes direitos¹⁶⁸.

O aumento da complexidade mostra-se no fato de necessidade de o sistema do direito ter de decidir sobre uma demanda que lhe é inerente em relação ao direito de saúde. Aliás, a decisão, o ato de decidir é que provoca eventual diminuição da complexidade, num primeiro momento, e aumento desta, posteriormente.

Tome-se, para exemplificar, análise do Tema 542¹⁶⁹, no tocante à matéria inicialmente discutida pelo STF: gozo de estabilidade à trabalhadora gestante em se tratando de cargo em comissão, demissível “ad nutum”.

¹⁶⁶LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 2007. p. 697-708.

¹⁶⁷Consultas realizadas nos respectivos sítios eletrônicos: www.stf.jus.br, www.stj.jus.br e www.tjrs.jus.br.
Mostram que demandas ligadas à saúde pública tiveram crescimento exponencial desde 1988 até os dias atuais.

¹⁶⁸“O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta como se viu ao final da Introdução, de se ter adotado o modelo de controle abstrado da constitucionalidade das leis coma intermediação de uma “comunidade de intérpretes”, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições.

[...]

No Brasil, o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição.” (VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.47).

¹⁶⁹**Tema 542**: RE-842844: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do artigo 2º; do inciso XXX do art. 7º; do caput e dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, bem como da letra “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o direito, ou não, de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível

Antes da Constituição de 1988, este problema inexistia, ou não era observado. Após a promulgação do texto constitucional, positivando o direito à estabilidade da mulher gestante no emprego, situações até então inexistentes (ou não observadas) começaram a vir à lúmen, tais como: se esta gestante tivesse vínculo por meio de cargo em comissão, ou se a gestante estivesse cumprindo contrato temporário, enfim, situações que até então não eram discutidas, por total ausência de posituação do direito, passaram a ser questionadas e atitudes passaram a ser cobradas dos empregadores, dos empregados e do Poder Público. Em relação aos primeiros, - empregadores - garantia do emprego, em relação aos segundos, cumprimento da Constituição e em relação ao último – Poder Público – segurança de cumprimento da expectativa normativa¹⁷⁰, acaso descumprida, por parte do Poder Judiciário.

Neste caso é o direito produzindo conflitos, é o direito como um dos fatores de complexificação da sociedade. Num primeiro momento, há diminuição da complexidade por meio de normação (lei) e por meio de decisão, para, num segundo momento, aumento da complexidade pelo surgimento de novas situações que precisam de novas decisões, sejam estas decisões patrocinadas pelo sistema político ou pelo sistema jurídico¹⁷¹.

2.1.3 Posituação do Direito, Frustração de Expectativas no Brasil e Consequente Dificuldade de Acesso aos Novos Direitos Positivados¹⁷²

Para que se possa avançar neste trabalho e compreender os conceitos trabalhados pela teoria sistêmica, importante tecer considerações a respeito do que são consideradas expectativas e como conceitos como complexidade e contingência são importantes para se entender os novos paradigmas sugeridos por Luhmann.

ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. **(Direito Administrativo e outras Matérias de Direito Público).**

¹⁷⁰Este conceito será trabalhado em tópico apartado.

¹⁷¹Como salienta Luhmann, é o direito como sistema ou sub-sistema do sistema social como um dos fatores que aumentam a complexidade. (“El derecho no espera a que las personas entren en conflicto, para luego encontrar una solución justa que coincida con la ley. Más bien, el derecho mismo, por medio de intervenciones regulativas en la vida cotidiana, produce situaciones que luego serán motivo de conflictos: el derecho se cultiva a sí mismo.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 339-340).

¹⁷²A referência é relativa ao direito à saúde, objeto do sistema da saúde observado por meio do sistema do direito.

Para Luhmann¹⁷³, o homem vive num mundo sensorial, cujas características, ações, percepções, informações entre outros fatores, ou seja, as experiências são infinitamente maiores do que eventual potencial de compreensão, absorção ou outro sentimento. Portanto, há sempre uma complexidade¹⁷⁴ maior no entorno, na sociedade, no meio do que no e do próprio homem como sistema psíquico¹⁷⁵.

A complexidade como conceito da teoria sistêmica de matriz luhmaniana é, existe ou acontece nas sociedades modernas. Aliás, para Luhmann a modernidade das sociedades é o germe da complexidade, uma vez que nas sociedades antigas, em sociedades com pouca diferenciação funcional, há muito menos complexidade.

Pode-se imaginar o homem em sua aurora, vivendo em grupos, sem o domínio da linguagem ou da língua, vivendo de maneira gregária como muitos animais ainda hoje vivem. Este tipo de agrupamento humano não contava com praticamente complexidade alguma, não havia sequer linguagem para haver uma diferenciação entre o líder e os liderados, provavelmente, a liderança era realizada por meio da força física, o indivíduo mais forte seguramente seria o líder do grupo. Imaginar o domínio, em algum momento da história da humanidade, da língua/fala¹⁷⁶, da escrita, por exemplo, é imaginar o grau de evolução que aconteceu com o ser humano, pois questões até então inexistentes antes da aquisição da linguagem tornaram-se questões existentes, questões possíveis, como a conceitualização de hierarquia, de ordem, de compreensão dos signos linguísticos, uma vez que para haver compreensão entre dois indivíduos há necessidade de se falar de maneira pausada, de se falar de maneira que se possa fazer distinções entre diversas falas. Se todos falarem ao mesmo tempo, não haverá compreensão por ausência de unidade, por ausência de diferença ou diferenciação.

Igualmente, a evolução da sociedade por meio da escrita é outro fator de forte aumento da complexidade, na medida que é possível guardar situações por meio de textos, é possível reinterpretá-los e acessá-los indefinidamente.

¹⁷³LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁷⁴LUHMANN, Niklas, **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1983. p. 45.

¹⁷⁵LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lianamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 236-254.

¹⁷⁶Neste momento, por não ser tema principal ou relevante para compreensão deste ponto, não se está tratando de maneira técnica termos como língua, linguagem e fala, por exemplo. Não obstante, são categorias linguísticas trabalhadas por Saussure. (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000).

Essa complexidade é que vem seguindo o ser humano em sua constante evolução na sociedade¹⁷⁷, sendo fácil imaginar, portanto, numa perspectiva histórica, as consequências que cada descoberta científica, que cada construção de novos modelos teóricos de pensamento podem significar em termos de aumento da complexidade.

A imprensa, as grandes navegações e consequente descobrimento da América, o telescópio¹⁷⁸, a máquina a vapor, a mudança de regime econômico e político do feudalismo para o capitalismo gerou na sociedade um aumento da complexidade, surgindo situações novas, surgindo novas experiências aonde antes nada era observado. Este aumento da complexidade¹⁷⁹, segundo Luhmann não é sequer controlável, acontece. A complexidade da sociedade gera a necessidade de contingenciamento, na medida que não é possível realizar todas as possibilidades existentes, ou ao menos, não é possível realizar a maioria das possibilidades, ou ao menos não é possível realizar muito mais do que uma, duas ou três possibilidades de maneira simultânea. Sempre, quando há uma situação possível, sempre há contingenciamento¹⁸⁰ na sociedade atual.

Segundo Luhmann, a complexidade é diminuída por meio de formação de estruturas de expectativas cognitivas e de expectativas normativas¹⁸¹. As expectativas cognitivas são passíveis de desapontamento, pois podem ocorrer ou não e por este motivo se concretizam ou

¹⁷⁷Veja-se o conceito adotado por Parsons para definir sociedade: “Ao definir uma sociedade, podemos usar um critério que remonta pelo menos, a Aristóteles. Uma sociedade é um tipo de sistema social, em qualquer universo de sistemas sociais, e que atinge o mais elevado nível de auto-suficiência, como um sistema, com relação aos seus ambientes.” (PARSONS, Talcott. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1969. p. 21).

¹⁷⁸É interessante observar a opinião de outros pensadores, no caso Hannah Arendt, a respeito da evolução da sociedade e a maneira ocorre, numa similitude com o pensamento de Luhmann: “No limiar da era moderna há três grandes eventos que lhe determinaram o caráter: a descoberta da América e subsquente exploração de toda a Terra; a Reforma que, expropriando as propriedades eclesiásticas e monásticas, desencadeou o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social; e a invenção do telescópio, ensejando o desenvolvimento de uma nova ciência que considera a natureza da Terra do ponto de vista do univrs. Não são eventos modernos tal como os conhecemos desde a Revolução Francesa; e, embora não possam ser explicados por alguma corrente de causalidade, como nenhum evento pode sê-lo, continuam a desenrolar-se ainda hoje em perfeita continuidade na qual podemos identificar precedentes e predecessores.” (ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 260).

¹⁷⁹“Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se poder realizar.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45).

¹⁸⁰“Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perito de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-46).

¹⁸¹LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45.

desapontam o indivíduo. Daí porque, segundo Luhmann, é importante controlar o desapontamento em relação às expectativas cognitivas. Pode-se exemplificar uma expectativa cognitiva em relação ao cumprimento de uma tabela horária de um determinado ônibus. Todos os dias, as pessoas que estão na parada, seguramente, devem exercer alguma espécie de controle em relação à hora de chegada do transporte coletivo, deslocando-se com ao menos cinco minutos de antecedência. Pode ocorrer, num determinado dia, que o mesmo ônibus não cumpra o horário, passando no local com uma antecedência de dez minutos ou com um atraso de dez minutos. Em ambos os casos, a expectativa de que a condução viesse no horário habitual foi desapontada e, portanto, há necessidade de se formular uma nova expectativa em relação às expectativas que estariam vinculadas a esta. Por exemplo, o horário é importante porque um dos passageiros precisa fazer uma conexão com outro tipo de transporte, outro passageiro tem horário de chegada vinculado ao cumprimento do horário do transporte coletivo e assim as possibilidades são infinitas.

O fato é que o desapontamento, a quebra do horário do transporte coletivo, naquele dia, poderá causar uma nova gama de expectativas em um dos usuários, como por exemplo, no dia seguinte chegar mais cedo na parada para tentar ingressar noutro coletivo, num horário ainda mais cedo. O desapontamento de outro usuário poderá provocar a construção de nova expectativa no serviço, pois poderá avisar a chefia imediata que daquele dia em diante, por culpa do transporte coletivo da cidade, poderá chegar no horário habitual, ou, eventualmente, dez minutos mais tarde.

A complexidade deste tipo de expectativa e a contingência que gera está no fato de o desapontamento de uma expectativa cognitiva poder afetar uma cadeia de expectativas cognitivas¹⁸², uma vez que se for possível imaginar a complexidade sendo reduzida por meio de estruturas cognitivas, elas – as estruturas – se encadeiam e formam uma enorme teia que constantemente, em diversos pontos ou nós, pode ser desapontada e por isto deve ser

¹⁸²“Apesar desse tema do reflexo social da experimentação, da reciprocidade das perspectivas e da importância constitutiva de tu com relação ao eu, poder ser encontrado até no idealismo alemão, só atualmente inicia-se o esclarecimento da construção intrincada das estruturas de expectativas do convívio cotidiano [...] É necessário considerar ainda que existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja, expectativas sobre expectativas de expectativas ... E isso tudo com relação a uma multiplicidade de pessoas, e com uma relevância constantemente em alteração conforme cada situação. Exemplificando, é apenas no terceiro nível da reflexividade que se consegue considerar, no trato social, não só a auto-exposição momentânea do outro, mas também suas certezas em termos de expectativas. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 49).

reconstruída. A modernidade impõe este grau de complexidade que necessita ser reduzido por meio de estruturas de expectativas.

As estruturas normativas, ao contrário, se desapontadas, são mantidas¹⁸³, isto porque são contrafáticas¹⁸⁴. A lei, a norma não deixará de ser norma, não deixará de ser aplicada ou sua validade contestada porque não foi cumprida. O desapontamento, em termos de estrutura, não tem o condão de modificar a norma, ao contrário, o cumprimento continuará ser exigido. Essa diferenciação entre as expectativas permite que a sociedade se estruture para o futuro, que faça adaptações à previsão de comportamento (expectativa normativa), reduzindo-se o risco de desapontamento e tornando possível sustentar ou suportar o alto nível de complexidade e a necessidade de constante contingenciamento na sociedade moderna. Este é o paradoxo do direito: diminui a complexidade e aumenta-a também, conforme discorrido anteriormente¹⁸⁵.

Observar a evolução da sociedade feudal¹⁸⁶, estratificada no tocante as classes, para sociedade moderna, cuja existência da estratificação é mitigada pela possibilidade de mudança entre classes, via ascensão econômica, é igualmente acompanhar a evolução que o sistema do direito sofreu.

A sociedade feudal tinha como característica a estratificação de classes¹⁸⁷ e a rígida função dos papéis sociais. Um nobre era considerado nobre e esta característica era

¹⁸³“Expectativas normativas são mantidas apesar da não satisfação.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45).

¹⁸⁴“Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57).

¹⁸⁵“Em última análise as dificuldades derivam-se de que a posituação do direito conduz a uma maior complexidade, levando assim a uma maior distância entre os processos controlados e os processos controladores. Nisso reside uma vantagem ainda quase incompreendida: a possibilidade de controles em princípio irreprensíveis.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 95).

¹⁸⁶O fim do feudalismo se deu com a retirada da utilização da violência física da nobreza. As guerras feitas pela nobreza passaram a ser um direito do Estado soberano, ou seja, de uma organização do sistema político. (“En los siglos XVI y XVII se desarmará a la nobreza, y el empleo de la violencia física en formato ampliado se definirá como guerra. Hacer la guerra será derecho fundamental de los Estados, y si surgen revueltas – movimientos de resistencia, inquietudes de otro tipo – se desclarará tanto jurídica como moralmente”). (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 144).

¹⁸⁷A revolução industrial criou a classe dos proprietários e a classe dos não proprietários de bens. As grandes massas agora não somente de trabalhadores, também era composta pela nova pobreza, isto porque a complexificação da sociedade em termos de sistema econômico, não limita a distribuição de renda apenas

transmitida a seus herdeiros. Um vassalo era vassalo e estas características eram transmitidas a seus herdeiros, um servo seria sempre servo, dificilmente, poderia habilitar-se a exercer outra função durante o período medieval que não fosse aquele para que havia nascido. A pouca complexidade da sociedade feudal tem reflexos nos diversos sistemas, ou sub-sistemas sociais¹⁸⁸ da época, aliás, a simplicidade da sociedade e devido aos sistemas que a compunham, era uma sociedade com pouca diferenciação funcional¹⁸⁹.

O que se torna evidente com a Revolução Industrial, com as novas descobertas científicas, com as revoluções Gloriosa e Francesa, enfim com a ascensão da burguesia e do capitalismo é que a complexidade da sociedade moderna se fez sentir na positivação do direito e esta positivação, esta tentativa de diminuição da complexidade, trouxe, em países europeus, precipuamente, os direitos de segunda e terceira gerações¹⁹⁰, dentre estes, o direito à saúde. Inegável que nos países tidos por desenvolvidos, os direitos de segunda e terceira gerações foram alcançados¹⁹¹, foram cumpridos seja por meio de prestações positivas do Poder Público ou seja por meio de algum tipo de delegação para o setor privado.

àqueles que detém os meios de produção, mas também àqueles que detém conhecimento ou outra forma de comprar bens e fazê-los circular. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma nova outra modernidade. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010. p. 113).

¹⁸⁸ Remete-se o leitor a obra de Tocqueville, no tocante aos motivos porque o antigo regime sofreu o duro golpe da Revolução Francesa, em 1789. Segundo o autor, a evolução social ocorrida na França já havia minado completamente as antigas instituições feudais, a complexidade já havia aumentado a níveis que tornaram impossível a manutenção da aparente estratificação que era exigida da população. Igualmente, a transformação do direito, de fundamento religioso, para um fundamento auto-produzido (o direito não era mais o direito divino, era o direito produzido pelo próprio direito). Os capítulos I e V bem exemplificam a evolução do direito, ou seja, de fundamento externo, o direito passou a ser autorreferencial. (TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a revolução**. Brasília: Editora da Unb, 1979. p. 52-53; 57-59; 63-64).

¹⁸⁹ No prefácio da obra de Hobbes, *Diálogo entre um Filósofo e um Jurista*, há o seguinte comentário capaz de mostrar com exatidão o que significava na sociedade feudal a estratificação das classes e a consequente ausência de diferenciação funcional e o reflexo no direito, que ainda encontrava-se preso a uma justificação exterior, a um referencial externo e, portanto, impossível de realizar, na sua plenitude, o fechamento operativo propalado pela teoria sistêmica: “Aqui temos uma importante ruptura com a idéia medieval do que seriam os direitos sobre um bem econômico. Seria difícil falar em propriedade, durante a Idade Média. Sobre uma mesma terra, por exemplo, vários têm direitos. Um deles é o que estaria mais perto de ser o que chamamos de proprietário: um homem livre, que a adquiriu por herança ou compra. Mas, acima dele, está o seu senhor – ou mesmo, uma hierarquia de senhores -, cada um dos quais tem certos direitos sobre o bem. [...] também o servo, por exemplo, não pode ser expulso da gleba onde ele trabalha e, antes dele, seus pais e avós trabalharam. (HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2004. p. 12-13).

¹⁹⁰ Lembrando que para Luhmann trata-se apenas do aumento da positivação do direito, sendo reflexo da necessidade de diminuição da complexidade por meio de contingenciamento do futuro por meio de expectativas normativas que poderão, ou não, se tornar expectativas cognitivas. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53-66).

¹⁹¹ “[...] que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 25).

A positivação do direito representa um marco considerável no tocante à evolução da sociedade quando esta é catalogada como sociedade moderna, terminologia utilizada para marcar o final do regime feudal e o ingresso na era moderna.

No Brasil, todavia a questão dos direitos de segunda e terceira geração¹⁹², dentre estes o direito à saúde, até os dias atuais padecem de pouca concretização¹⁹³ por meio dos sistemas do direito e da política. Há uma baixa operacionalização do direito à saúde se observadas as estatísticas relativas ao saneamento básico nas cidades brasileiras¹⁹⁴. A modernidade tardia¹⁹⁵ fez com que houvesse, num primeiro momento, a preocupação em plasmar o direito à saúde na Constituição de 1988, assim como outros direitos de segunda e terceira gerações, sem havê-los ainda alcançado à população em geral. A Constituição, como positivação do direito, como depósito de expectativas normativas¹⁹⁶, não foi cumprida no Brasil.

¹⁹²Sempre lembrando que para Luhmann trata-se apenas de positivação do direito.

¹⁹³No sentido de se exigir uma prestação positiva do Estado. Ver neste sentido: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 21-23; e: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 258.

¹⁹⁴A cidade de Porto Alegre, por exemplo, não alcançou o índice de 40% de tratamento do esgoto doméstico. (PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Água e Esgotos. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/dmae/default.php?p_secao=352>. Acesso em: 30 out. 2015).

¹⁹⁵Convém repetir a observação de Guilherme O'Donnell, citada por Cittadino, na nota nº 11. Eis a transcrição do texto: “Guilherme O'Donnell utiliza o conceito de ‘cidadania de baixa intensidade’ (*low intensity citizenship*) para se referir às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas as suas próprias regulações. Isto significa que se por um lado os direitos políticos são respeitados – ausência de coerção direta ao voto, livre capacidade de organização e manifestação da opinião – por outro lado, a cidadania é seriamente mutilada no que se refere à negação dos direitos liberais às camadas populares e outros setores estigmatizados – violência policial, impossibilidade de acesso aos tribunais etc. (CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 11). No mesmo sentido, Streck: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. Para tanto, chamando a atenção para o fato de que as sociedades exigem que o poder retome as funções de árbitro na solução das injustiças, Touraine diz que a América Latina, como as demais regiões do mundo, ingressa num novo período de sua história. Até o presente, nenhum de seus países, nem mesmo o Chile, foi capaz de implementar um plano global de progresso econômico e social, e tal situação não pode durar. Não se trata mais de livrar a economia de vínculos paralisantes, mas ao contrário de reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder político”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69).

¹⁹⁶“Um segundo problema tem a mesma raiz: se bem que em eras anteriores já se apresentassem indícios disso, é nos tempos atuais que o direito tornou-se definitivamente tão complexo ao ponto do indivíduo não mais poder conhecê-lo. Mesmo o conhecimento jurídico prático tem que concentrar-se em recortes delimitados, seja no sentido de um conhecimento utilitário normal, ou em direção a uma especialização; [...] Independentemente disso, sequer continua sendo racional para o indivíduo, adquirir conhecimento jurídico antecipadamente, e mantê-lo atualizado, a não ser que ele seja frequentemente confrontado com determinados casos jurídicos nos seus papéis profissionais.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 55).

A esta frustração das expectativas normativas não cumpridas denomina-se crise, sob a ótica de outros pensadores, tais como Streck¹⁹⁷, Viana¹⁹⁸ e Jaguaribe¹⁹⁹. Sob a ótica da teoria sistêmica, há o desapontamento e eventual frustração por não ter sido possível realizar o comportamento previsto na expectativa normativa. No caso do Estado brasileiro, esta é a frustração que se convive faz anos, seja porque o sistema político não conseguiu cumprir a Constituição, impondo decisões coletivamente vinculantes, seja porque o sistema jurídico também não conseguiu cumprir a Constituição, estabilizando as expectativas normativas, ao menos no tocante ao cumprimento do direito à saúde à grande massa da população²⁰⁰. Não

¹⁹⁷STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁹⁸VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 49. (“Nestes dois volumes, que versam sobre a sociologia e metodologia do direito constitucional no Brasil, procuro, com efeito, debater e esclarecer, de maneira objetiva, três temas da nossa publicista, que considero principais. Estes três temas são:

1) Na vida política do nosso povo, há um direito público elaborado pelas elites e que se acha concretizado na Constituição;

2) Este direito público, elaborado pelas elites, está em divergência com o direito público elaborado pelo povo-massa e, no conflito aberto por esta divergência, é o direito do povo-massa que tem prevalecido, praticamente.

3) Toda dramaticidade da nossa história política está no esforço improficuo das elites para obrigar o povo-massa a praticar este direito por elas elaborado, mas que o povo-massa desconhece e a que se recusa obedecer.

O meu objetivo será pois, neste e no volume imediato, estudar o nosso direito público e constitucional exclusivamente à luz dos modernos critérios da ciência jurídica e da ciência política: isto é, como um fato de comportamento humano. Dentro desse critério, os problemas de reformas de regime convertem-se em problemas de mudança de comportamento coletivo, imposto ao povo-massa; portanto em problemas de cultura e culturologia aplicada.)

¹⁹⁹“O Brasil vem se defrontando, desde a década de 1980, com a superposição de duas crises; uma crise conjuntural, marcada por elevada inflação crônica, tendo como fulcro o desequilíbrio das contas federais, sob a qual se vem desenvolvendo, no longo prazo, uma crise estrutural, que apresenta diversos aspectos específicos, o principal dos quais, largamente responsável pelos demais, é o dualismo básico da sociedade brasileira.

[...]

Passamos de uma democracia de classe média para uma democracia de massas. A universalização da participação política, entretanto, se fizera, diversamente do que ocorreu, em seus devidos momentos, na Europa, nos Estados Unidos e no Japão, por antecipação da universalização da condição de efetiva cidadania, ou seja, da generalização, para todos os eleitores, de uma educação básica e de condições minimamente satisfatórias de vida. A inevitável consequência dessa discrepância entre a universalização da participação política e a excludência de condições mínimas de educação e de vida das grandes massas foi a de se tornar o super expandido Estado, herdado do regime militar, um Estado corporativo, insolvente, ineficiente e corrupto. Daí o acelerado declínio que ora experimenta o sistema público brasileiro.” (JAGUARIBE, Hélio. **Crise na república**: 100 anos depois: primeiro ou quarto mundo? Rio de Janeiro: Thex, 1993. p. 11; 15).

²⁰⁰“No sentido inverso, também as expectativas normativas não estão atadas à sua proclamada resistência à assimilação. A possibilidade de perseverança interna de expectativas repetidamente desapontadas tem seus limites. As placas de estacionamento proibido cercadas pelos carros parados acabam por não mais provocar expectativas normativas, mas tão-só cognitivas: olha-se para ver se há algum policial por perto. A isso acrescenta-se que a elasticidade da formulação de algumas normas permite procedimentos adaptativos – por exemplo no caso do tão discutido aperfeiçoamento da legislação através da jurisprudência. Existe, portanto, mesmo no direito, uma assimilação apócrifa, e nas sociedades muito complexas com direito positivo temos até mesmo mudanças legais do direito, assimilação legitimada.” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 63).

obstante, o que se percebe é que mesmo tendo-se evoluído para uma sociedade moderna, as frustrações persistem.

2.1.3.1 A Judicialização da Política como Resposta à Baixa Operacionalidade da Positivização Constitucional do Direito à Saúde

A transição para uma sociedade moderna, na era capitalista, deu-se em três fases distintas²⁰¹. A primeira ocorreu com o nascimento do mercado de massa cujo início começou por volta dos anos 1880 e terminou com a Segunda Guerra Mundial. A segunda fase começa com a era fordista, com a produção em massa de bens de consumo, inaugurando uma era de aquisição de mercadorias antes restritas a uma seleta classe de proprietários ou proprietários dos meios de produção. Uma terceira fase, iniciada após 1970, segundo Lipovetsky²⁰², denominada de hiperconsumo.

Se no século XIX assistiu-se a um enorme desenvolvimento tecnológico que permitiu introdução de novos conceitos no âmbito da economia, como produção de manufaturas e produtos industrializados, tornando acessível bens de consumo duráveis e não duráveis até então restritos a poucos²⁰³, trouxe, igualmente, a noção de aquisição da propriedade e a noção de uso ou consumo desta mesma propriedade, invertendo relações que eram estáveis e duradouras em relações instáveis e efêmeras.

O caso da propriedade é singular e bem exemplifica o aumento da complexidade na sociedade. Se antes existia a noção de que a riqueza era dada pela aquisição de grande porção de terras, grandes latifúndios para plantação de produtos agrícolas, a Revolução Industrial trouxe a noção, complexificando a sociedade, de que a riqueza seria medida pela apropriação de bens de consumo – mercadorias - por um certo período para, posteriormente, construir-se a noção de que a riqueza será medida pura e simplesmente pelo consumo²⁰⁴.

²⁰¹LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 26-37.

²⁰²LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁰³A fase I ilustra já essa dinâmica, tendo um conjunto de produtos duráveis e não duráveis se tornado acessível a um maior número de pessoas. (LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 28).

²⁰⁴Autores como Lipovetsky afirmam que atualmente a era é de hiperconsumo, ou seja, não há tempo de se estabilizar qualquer tipo de relação, pois o consumo se não é instantâneo, é muito rápido, não permitindo

A nova distribuição de bens duráveis e não duráveis, por meio do consumo ou hiperconsumo, segundo Lipovetsky, são situações novas que fizeram com que a evolução²⁰⁵ da sociedade indicasse novas realidades, novos valores e novas complexidades e por consequência, novas contingências. Problemas até então inexistentes como duração da jornada de trabalho, remuneração do trabalho, questões previdenciárias, aumento da expectativa de vida, urbanização, saúde pública passaram a ser vistas, observadas com o aumento da complexidade e definitivo ingresso na sociedade de consumo.

A resposta seria a tomada de decisões coletivamente vinculantes que ultrapassassem a barreira da exclusão que grande parte da população é submetida quando se analisa a evolução do sistema da política²⁰⁶. Competiria ao sistema da política impor decisões coletivamente vinculantes no tocante à positivação dos direitos de segunda e terceira gerações²⁰⁷, mormente, os direitos de prestação positiva de segunda geração, como o direito à saúde.

Ao dispor, como na Constituição brasileira, em seu artigo 6º, a respeito do direito à saúde a todos, como um direito do cidadão, cria-se, automaticamente, uma gama de cidadãos que de um dia para outro possuem esse direito e estão recebendo a prestação prometida e cidadãos que mesmo tendo direito estão à margem de seu consumo, de sua fruição. Este é o paradoxo da sociedade moderna: ter e não ter o direito, inclusão e exclusão, um direito que agora torna-se contingente.

sequer agregar valores estáveis e permanentes as relações sociais e institucionais. Nesse sentido: “Por toda a parte, as operações e os intercâmbios se aceleram; o tempo é escasso e se torna um problema, o qual se impõe no centro de novos conflitos sociais. Horário flexível, tempo livre, tempo dos jovens, tempo da terceira idade: a hipermodernidade multiplicou as temporalidades divergentes. às desregulações do neocapitalismo corresponde uma imensa desregulação e individualização do tempo. O culto ao presente se manifesta com força aumentada, mas quais são seus contornos exatos e que vínculos ele mantém com os outros eixos temporais? De que maneira se articula nesse contexto a relação com o futuro e com o passado? Convém reabrir a questão do tempo social, pois este merece mais do que nunca uma inquirição. Superar a temática pós-moderna, reconceitualizar a organização temporal que se apresenta – eis o propósito deste texto.” (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 58). Ver também as seguintes obras do mesmo autor: **A sociedade da decepção**. Barueri: Manole, 2007; **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁰⁵Sob o ponto de vista da teoria sistêmica. Este conceito será abordado em outra parte deste trabalho. Não obstante, remete-se o leitor a obra de: NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 1-18.

²⁰⁶Segundo Luhmann, a evolução do sistema da política atualmente é a evolução do Estado Constitucional para o Estado do Bem-estar cujo metacódigo acaba sendo inclusão/exclusão. O Estado do Bem-estar trabalha com a possibilidade de inclusão de todos na política, inclusão de todos na possibilidade de gozar saúde ou direito à saúde. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 420).

²⁰⁷Sempre lembrando que para Luhmann trata-se apenas de positivação do direito.

A compreensão deste paradoxo passa pelo entendimento de que a Constituição é o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política²⁰⁸, fazendo com que o sistema do direito opere com valores e o sistema da política tenha que tomar decisões coletivamente vinculantes²⁰⁹ com base em direitos positivados.

Num país como o Brasil, de dimensões continentais, de grande variedade na distribuição de renda, o que seria fornecer, alcançar, cumprir, operacionalizar saúde a gama da população. Sem dúvida, esta é primeiramente, uma questão política, que envolve a necessidade de se decidir estratégias, de se decidir políticas públicas. É preciso, todavia, entender os limites dessa decisão para que se possa compreender a decisão como uma decisão política²¹⁰ e portanto dentro do sistema da política para que não haja eventual violação de códigos²¹¹.

É justamente esta tomada de decisão (política) ou ausência desta é que gera a frustração no cumprimento das expectativas normativas numa sociedade moderna. Numa sociedade como a brasileira, com grande concentração de renda, com enorme injustiça social e tributária, tomar a decisão, ou melhor, não tomar a decisão de fornecer saúde a quem dela precisa, não fornecer recursos para pagar, custear tratamento ou comprar medicamentos é gerar uma frustração no cumprimento do texto constitucional. É sabido que as conjunturas econômicas e a necessidade de cumprimento das promessas de campanha geram necessidade de se construir uma decisão por meio de coalização de partidos²¹², uma espécie de consenso

²⁰⁸LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 389-391.

²⁰⁹Esta seria a função do sistema político, conforme discorrido por LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 154. (“Si se queiren evitar definiciones plurifuncionales, entonces no queda más que definir la función de la política como mantener la capacidad de tomar decisiones que vinculen colectivamente.”)

²¹⁰“Sólo así se genera la reproducción autopoiética, la acción por la acción. La absorción de la incertidumbre se da mediante la estabilización de las expectativas, no a través de la estabilización de la misma conducta, lo cual presupone, ciertamente, que la conducta no se escoge sin ser orientada por las expectativas.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 119).

²¹¹LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 157-173.

²¹²Segundo Luhmann, inicialmente, o código do sistema da política foi cargo/pessoa, todavia a crescente evolução da sociedade exigiu que as novas relações de poder fossem reconstruídas com base noutro código: governo/oposição. Numa sociedade massificada, de consumo e extremamente complexa, o código governo/oposição é responsável por dar legitimidade às decisões políticas, algo que o código cargo/pessoa já não mais conseguia cumprir desde o século XIX, sendo exemplo a evolução dos Estados monárquicos para as monarquias constitucionais e daqueles para estados republicanos. (“Lo que resalta en este desarrollo se deja describir como recodificación del código del poder político. Para el vértice del sistema surge um nuevo código: gobierno/oposición. [...]”)

[...]

partidário sobre uma determinada decisão coletivamente vinculante. Esta é a frustração: o sistema político não consegue diminuir a complexidade do entorno decidindo, tomando decisões coletivamente vinculantes, pois não é possível criar, nas organizações políticas brasileiras, um consenso sobre a questão dos gastos públicos em saúde, ou, mesmo criado um consenso, o gasto é inferior ao que deveria ocorrer.

A frustração das expectativas normativas em relação ao direito à saúde, no caso brasileiro, mostra-se dramática na medida que o código governo/oposição, nos momentos históricos pós Constituição de 1988 não tem ficado claro nos diversos processos eleitorais que ocorrem. Conquanto haja uma gama considerável de partidos, as diversas coalizões e a constante aderência do maior partido nacional, o PMDB²¹³, atrapalham uma correta noção de governo/oposição, vez que este partido político – PMDB - participa dos Governos eleitos para Presidência da República, desde ao menos o ano de 1994²¹⁴, o que tem dificultado a criação de uma oposição enérgica em relação aos Presidentes da República eleitos nos últimos quinze anos²¹⁵, aproximadamente.

É interessante perceber que complexidade, no tocante à operacionalização do direito à saúde, não é reduzida, na medida que o sistema da política, mesmo irritado, não decide de maneira suficiente em relação as mais variadas situações existentes. Não reduzindo a complexidade por meio de decisões coletivamente vinculantes, está torna-se problemática para outros sistemas que são irritados e compelidos a decidir, como o sistema do direito²¹⁶. As respostas às demandas exigidas modernamente, como acesso ao direito à saúde, tornam-se,

Este código llena todas las características de un código de preferencia: es preferible ser parte del gobierno que ser parte de la oposición. Sólo el gobierno ocupa los cargos en los que se decide la vinculación. La oposición puede tan sólo lamentarse, criticar, articular exigencias y así, en general, reflejar la contingencia de todas las decisiones políticas. El valor positivo “gobierno” es el valor de designación del sistema; el valor negativo “oposición” es el valor de reflexión del sistema.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 170-171).

²¹³Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Em relação ao número de votos recebidos nas últimas eleições proporcionais para deputados federais. Informação consultada em: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2015.

²¹⁴Ver neste sentido o sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 30 out. 2015.

²¹⁵Está-se no ano de 2015.

²¹⁶O direito dará uma resposta jurídica, uma vez que o código do sistema jurídico é que garante seu fechamento operativo e conseqüente diminuição da complexidade do entorno por meio de decisões.

atualmente, respostas políticas ou jurídicas, sendo o fenômeno da judicialização da política²¹⁷ um exemplo das respostas dadas pelo sistema do direito.

2.1.3.2 A Importância da Observação do Sentido em Relação às Respostas Políticas e Jurídicas Dadas por Meio da Constituição de 1988

Inegável que a Constituição, enquanto tentativa de positivação de expectativas normativas, cumpre importante papel na redução da complexidade e de contingenciamento de condutas futuras.

Conquanto a lei seja elaborada pelo sistema da política, por meio de um procedimento legislativo específico²¹⁸, é o sistema do direito quem vai interpretá-la como expectativa jurídica e vai estabilizá-la por meio de decisão judicial²¹⁹. A lei é tanto uma produção do sistema da política (decisão coletivamente vinculante) como um elemento de decisão do sistema jurídico e a Constituição é o acoplamento estrutural entre ambos os sistemas.

Por isso a importância de se analisar ambos os sistemas por meio de seus códigos, por meio de auto-observação e observação de segunda ordem, pois somente observando o sistema do direito decidindo e o sistema da política decidindo é que se poderá compreender a diferença entre as decisões judiciais e as decisões políticas. Aliás, Luhmann já havia advertido a respeito da necessidade de se observar ambos (ou auto-observar), pois somente a visualização dos códigos utilizados por cada sistema é que se poderá notar a clausura operativa do sistema da política e a clausura operativa do sistema do direito, evitando-se a confusão de códigos e funções²²⁰.

Por este motivo a Constituição fornece respostas políticas e jurídicas no tocante à concretização dos direitos de segunda e terceira gerações, dentre estes o direito à saúde, e por

²¹⁷Sob o enfoque da teoria sistêmica, seria impossível ocorrer a judicialização da política ou a politicização do direito, vez que implicaria na corrupção de códigos, algo possível de acontecer, todavia a autopoiese dos sistemas estaria prejudicada.

²¹⁸LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980. p. 144-162.

²¹⁹Sempre lembrando que a decisão judicial é uma decisão contingente, portanto, uma possibilidade que poderá ser outra, mas não é.

²²⁰“La dependência mutua de los sistemas es evidente. Eso dificulta el reconocimiento de la diferenciación funcional. Para su aplicación el derecho depende de la política y sin la perspectiva de esta imposición no existe ninguna estabilidad normativa convincente que sea atribuible a todos. La política, a su vez, utiliza el derecho para diversificar el acceso al poder concentrado políticamente. Pero precisamente la actuación conjunta presupone la diferenciación de los sistemas.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 207-208).

isto a importância que os sistemas do direito e da política, que estão ligados pela Constituição²²¹, decidam, para que se possa visualizar a diferença entre as decisões de natureza do sistema da política e decisões de natureza do sistema do direito.

O que se percebe é que a Constituição fornece respostas a ambos os sistemas, participa tanto do sistema da política como do sistema do direito, pois permite que o sistema da política, com base no direito positivado no texto constitucional, tome decisões coletivamente vinculantes e permite que o sistema do direito tome decisões jurídicas com base em valores ou princípios²²².

Por esta motivo, a importância de se analisar o teor das decisões judiciais para que se possa observar quando as comunicações jurídicas estão utilizando o código direito/não-direito (ou legal/ilegal ou lícito/ilícito) e portanto o sistema do direito está operando sem corrupção e quando, eventualmente, há utilização de outros códigos como ou referência a valores ou princípios e o sistema poderá estar operacionalizando de maneira corrompida.

Percebe-se, portanto, que analisar as decisões judiciais é preocupar-se com o sentido construído no seio do sistema do direito que possibilita uma interpretação do que seria o direito à saúde, do que significa o cumprimento deste direito e como ele será efetivado (como a expectativa jurídica será estabilizada) pelo sistema do direito. A fronteira do sentido é a que permitirá afirmar quando o sistema opera no sub-sistema da política e quando o sistema opera no sub-sistema do direito, noção que será abordada na próxima parte deste trabalho.

2.2 O SENTIDO COMO FRONTEIRA ENTRE OS SISTEMAS SOCIAIS E A AUTO-OBSERVAÇÃO PRATICADA PELO SISTEMA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE VISUALIZAR O GANHO AQUISITIVO DA MODERNIDADE: CONSTITUIÇÃO

Trabalhar com sentido é trabalhar com as múltiplas possibilidades existentes para delimitação dos sistemas ou sub-sistemas sociais. No âmbito da teoria sistêmica, visualizar o sentido será visualizar o sistema social a partir de que as observações são feitas ou será a

²²¹A Constituição é o acoplamento estrutural entre estes sistemas. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 389-391).

²²²Na segunda parte deste trabalho a Constituição como acoplamento estrutural e evolução dos sistemas do direito e da política será trabalhada de maneira detalhada.

possibilidade de um sistema social se auto-observar e por consequência, reproduzir suas próprias operações.

Desde que o sistema da política e o sistema do direito separaram-se, houve a distinção a respeito do que seria um ato decisório, vinculado ao sistema da política e um ato decisório vinculado ao sistema do direito e dessa maneira houve necessidade de distinção entre uma decisão política e uma decisão judicial.

A Constituição, sendo um instrumento que opera tanto no sistema da política como no sistema do direito – acoplamento estrutural -, gera necessidade de se observar que sentido é possível extrair de seu texto, pois haverá necessidade de delimitar quando uma decisão, tomada com base na Constituição é política e quando a decisão é judicial, sendo necessário, portanto, observar o sentido das decisões tomadas pelos administradores e pelos juízes.

2.2.1 Comunicação como Seleção sob Ponto de Vista da Teoria Sistêmica

Para Luhmann a sociedade é uma imensa teia de comunicações²²³. Se possível imaginar que uma pessoa, enquanto sistema psíquico, estivesse visualizando a totalidade desta sociedade, estaria vendo e ouvindo comunicações sendo realizadas pelos mais diversos sistemas sociais ou sistemas parciais da sociedade. Essa comunicação, essas comunicações são, para Luhmann, um processo de diferenciação²²⁴ que compõe a sociedade.

As comunicações ocorrem no âmbito dos mais variados sistemas sociais, tais como direito, economia, política, para exemplificar alguns e, como toda comunicação, precisa ter sentido, transmitir informação, ser percebida como comunicação dentro de determinado sistema social. Para que seja possível diferenciar, para que seja possível comunicar tem-se de pensar em sentido no ato de comunicar e, por este motivo, ao se trabalhar com o conceito de sentido não há como escapar de imaginar a comunicação como uma ação seletiva²²⁵. Quando

²²³LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 37-66; **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 93-179; e **Organización y decisión**. Mexico: Herder, 2010. p. 61-106.

²²⁴LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 145. (“La comunicación aparece por lo tanto, necesariamente como proceso de diferenciación, y la simple comprensión de la complejidad del entorno se convierte en un problema de comunicación que ocupa mucho tiempo.”)

²²⁵LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 142.

se comunica, faz-se uma seleção entre um antes e um depois, entre uma escolha e outra; quando se comunica, selecionam-se comportamentos possíveis²²⁶.

Para que a comunicação aconteça é necessário sentido e para que este seja percebido é necessário distinguir os sentidos e esta distinção é feita mediante códigos, mediante codificação. Convém, antes de prosseguir, fazer a distinção, segundo Luhmann, entre informação e ato de comunicar, uma vez que ambas trabalham com a noção de sentido. A informação exige autocompreensão do mundo e a valoração entre verdadeira ou falsa (informação) enquanto que a comunicação é válida ou não, pode ser entendida ou não.

A comunicação existirá quando ocorrer três acontecimentos, segundo Luhmann: representação, expressão e apelação. Representação designa a própria seletividade da informação; expressão a seleção do conteúdo e a apelação a expectativa de êxito, ou, a expectativa de que a seleção será aceita²²⁷.

O que torna interessante esta equação é que comunicação, portanto, é um acontecimento que constitui a sociedade e, por este motivo, não pode ser uma única comunicação, ou seja, não pode ter um sentido apenas, é necessário emprestar às comunicações sentidos diversos, caso contrário, não seria possível visualizar a diferença da unidade, não seria possível entender a sociedade como formada por sistemas sociais parciais. Assim como não é possível ouvir tudo, há, obviamente, espaços entre palavras, há sentidos e significados diferentes nas palavras e frases, por exemplo, assim como não é possível visualizar tudo, porque visualizar a totalidade é visualizar o nada, igualmente, no tocante à comunicação: a sociedade é composta por comunicações, ou seja, é necessário enxergar comunicação dentro da comunicação, é necessário ver a diferença na unidade.

Esta diferenciação é dada pela reunião de informação, ato de comunicar e expectativa de êxito de um ato de atenção que exige codificação. A codificação é que o permite dar sentido à comunicação, é o que permite que um sistema tenha compreensão de suas operações por meio de um código próprio (e binário). A codificação permite que um sistema parcial

²²⁶“Por ello, la comunicación no se debe entender como proceso selectivo de dos, sino de tres selecciones. No sólo se trata de emisión y recepción con una atención selectiva en cada caso; la selectividad misma de al información es un momento del proceso comunicacional, porque únicamente en relación con ella puede activarse la atención selectiva”. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 142).

²²⁷LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 143.

realize suas comunicações de maneira satisfatória e considere o restante como ruído, como exterior, como entorno. Os códigos permitem que se faça a diferença entre sistema e ambiente por meio de comunicação²²⁸.

Para Luhmann, somente acontecerá comunicação quando houver compreensão e a compreensão é o ato de síntese de três seleções: unidade da informação, ato de comunicar e ato de entender²²⁹. O que se percebe é que ao ocorrer comunicação, está ocorrendo seleção, está ocorrendo diferenciação entre um antes e um depois, entre um sentido e outro, uma escolha entre uma alternativa ou outra, retomando-se conceitos já trabalhados como da contingência ou dupla contingência. Este aumento da seleção por meio de comunicação é que faz Luhmann profetizar que a comunicação num mundo com sentido é possível, porém cada vez mais improvável²³⁰.

2.2.1.1 A Linguagem como Fator de Intensificação da Comunicação e os Meios Simbolicamente Generalizados

A linguagem é, para Luhmann, um meio de intensificação da comunicação, pois através dela é possível comunicar e falar a respeito da comunicação. A linguagem permite o controle da conduta linguística diferenciando os processos comunicacionais nos seus mais diversos contextos perceptíveis. É possível, por meio da linguagem, intensificar a

²²⁸“La reunión de información, acto de comunicar y expectativa de éxito en un acto de atención presupone <<codificación>>. El acto de comunicar debe duplicar la información, es decir, debe dejarla afuera, por un lado, y, por el otro, utilizarla para la participación comunicativa y darle para eso una forma secundaria, por ejemplo, una forma de lenguaje (quizás fonética, de escritura, etcétera). No analizaremos los detalles de los problemas técnicos de tal codificación. Es importante, desde el punto de vista sociológico, subrayar que también esto provoca un proceso de diferenciación de los procesos comunicativos. Los acontecimientos se diferencian, ahora, en codificados y no codificados. Los acontecimientos codificados actúan en lo proceso comunicativo como información; los no codificados, como interrupción (ruido, noise)”.(LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 144).

²²⁹“Si se entiende la comunicación como síntesis de tres selecciones como unidad de información, acto de comunicar y acto de entender, entonces la comunicación se realiza cuando y hasta donde se genera la comprensión” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 148).

²³⁰Sem dúvida, neste ponto, Luhmann está mostrando que a diferenciação funcional das sociedades modernas, a complexificação das relações, o aumento da contingência e dos riscos provocam a improbabilidade da compreensão no tocante à comunicação, pois haveria uma infinidade de possibilidades e sentidos disponíveis que seria impossível um mundo com sentido. Todavia, no decorrer deste trabalho perceber-se-á que os sistemas têm mecanismos eficientes para reduzir a complexidade do entorno e manter a comunicação com sentido, transmitindo informações sem que a autopoiese seja destruída. (“Así se forma, en una evolución epigenética, un mundo con sentido que a sua vez hace posible una comunicación cada vez más improbable.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 149).

comunicação ao se selecionar, num determinado contexto ou grupo, uma língua (português, francês, inglês etc) ou selecionar um determinado assunto. Os sistemas sociais formam suas diferenças por meio da diferenciação de sentido que a linguagem provoca²³¹. Este é um ponto interessante da teoria sistêmica, pois os sistemas sociais, enquanto uma malha de comunicações²³², tem sentido quando é possível, dentro de determinadas comunicações, fazer a diferença da unidade, perceber, por meio da linguagem, sentidos que fazem sentidos devido a um código (binário) utilizado. Assim, o sistema do direito, por exemplo, trabalha com o código legal/ilegal e todas as comunicações que utilizarem este código serão comunicações do sistema do direito.

Os sistemas, enquanto teias de comunicação, segundo Luhmann, servem-se de temas para facilitar o processo de comunicação. Os temas são sistemas concreto-temporal-sociais do processo de comunicação que servem como generalizações que permitem que relações de sentido sejam atualizadas desimportando quando, quem e de que maneira. Para Luhmann, a comunicação é um processo dirigido por temas, não necessariamente, mas geralmente²³³. O sistema do direito conhece temas²³⁴ como expressões que auxiliam na simplificação, generalizações e reduções da complexidade tais como as expressões ‘bom pai de família’, ‘mulher honesta’ e outros.

²³¹Neste sentido, as seguintes passagens de Luhmann: “La comunicación por medio del lenguaje requiere, entonces, respecto de la comunicación social, de un centro reforzado; sólo puede controlar su conducta lingüística aquel que también sabe callar.”. E esta outra passagem é igualmente relevante: “Esto se puede resumir en la tesis de que el lenguaje posibilita el proceso de diferenciación de los procesos comunicacionales de un contexto perceptible (si bien exigente, complejo). Sólo por medio del proceso de diferenciación de los procesos comunicacionales, se puede edar el proceso de diferenciación de los sistemas sociales”. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 151-152).

²³²“De esta manera, la comunicación pone em marcha la formación de sistemas.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 170).

²³³“Los temas sirven, pues, como sistemas concreto-temporal-sociales del proceso comunicacional, y fungen en él como generalizaciones en la medida en que no determinan cuáles aportaciones serán otorgadas, ni cuándo, en qué orden y por quién. En el nivel de los temas es posible actualizar relaciones de los sentidos que difícilmente podrían obviarse mediante la comunicación individual. Por ello, finalmente, la comunicación es un proceso dirigido, en general, pero no necesariamente, por temas.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 156).

²³⁴Não há como escapar da correlação com os ‘topoi’ aristotélicos, conforme observado por Viehweg: “Aristóteles parte, portanto, da afirmação de que a tópica tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável. [...] [...]”

Topoi são para Aristóteles, então, pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade.” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 25-26).

Deve-se imaginar, igualmente, que em toda comunicação haverá perda significativa de compreensão bem como uma razoável produção de desperdício, uma vez que toda comunicação produzida nem sempre será compreendida e até nem deve, pois se tudo for compreendido, não existirá jamais espaço para o erro, para o subentendido, para o equívoco que é o que provoca, igualmente, mudança de sentido. O paradoxo, o que torna quase incompreensível é como pode ocorrer comunicação (seletividade coordenada) com tamanho desperdício, com tantas possibilidades comunicativas à disposição. Luhmann questiona como é possível comunicação como processamento de informação, remetendo novamente à questão da improbabilidade da comunicação, conquanto possível.

Como transformar o improvável em provável? Segundo Luhmann, através de ‘meios’²³⁵. A linguagem com signos acústicos e visuais é um meio que intensifica a compreensão remetendo a um sentido já pre-estabelecido ou já precompreendido. Com base na linguagem²³⁶ é possível desenvolver meios de comunicação tais como escrita, imprensa, telecomunicações, exemplificativamente. A estes meios, modernamente, pode-se vincular a relação entre seleção e motivação, representando uma unidade. Exemplos de meios simbolicamente generalizados são verdade, amor, propriedade, dinheiro, poder, direito e até certo ponto também fé religiosa e arte²³⁷.

A comunicação como unidade dos sistemas sociais é a condição de possibilidade para que os sistemas consigam realizar a diferença da unidade²³⁸, observando-se e conservando sua

²³⁵“Denominamos medios a los logros evolutivos que arrancan en estos puntos de ruptura de la comunicación y sirven funcionalmente para transformar lo improbable en probable.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 158).

²³⁶“La comunicación por medio del lenguaje, entonces, respecto de la comunicación social, de un centro reforzado; sólo puede controlar su conducta lingüística aquel que también sabe callar. [...] Esto se puede resumir en la tesis de que el lenguaje posibilita el proceso de diferenciación de los procesos comunicacionales de un contexto perceptible (si bien exigente, complejo). Sólo por medio del proceso de diferenciación de los procesos comunicacionales, se puede dar el proceso de diferenciación de los sistemas sociales.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos. 1998, P. 151-152)

²³⁷LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 159.

²³⁸“Não são já, pois, os indivíduos, enquanto tal, que são considerados os sujeitos de comunicação, mas os próprios sistemas sociais; emergindo a sociedade, também considerada enquanto sistema (o sistema de todos os sub-sistemas sociais constituídos ou a formar), como o universo de todas as comunicações possíveis. A relação sistema-comunicação pode ser sintetizada em duas teses:
1.a comunicação é o dispositivo fundamental da dinâmica evolutiva dos sistemas sociais;
2.em fundação da própria evolução do dispositivo comunicacional (com a formação dos <<media simbolicamente generalizados>>), o seu referente são as agregações colectivas de carácter funcional que dão pelo nome de sistemas (e já não o homem considerado individualmente – o indivíduo, o sujeito).

organização de maneira autopoietica com a ajuda da linguagem, dos meios de difusão e dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, por isso o sentido tem relevância para Luhmann, pois o sentido é responsável pela diferença entre os sistemas. Embora o sistema do direito e da política sejam compostos por comunicações, é o sentido destas comunicações que faz a diferença entre direito e política²³⁹.

2.2.1.2 Contribuições da Linguística Moderna em Relação à Teoria Sistêmica: preocupação com o sentido

O caráter transdisciplinar fornecido pela Teoria Sistêmica permite que se faça, neste momento, uma ligação com a linguística moderna para se compreender como o sentido é trabalhado neste ramo do saber.

A compreensão do sentido, ou melhor, a compreensão da variação do sentido permitirá visualizar que mesmo havendo, sob o enfoque linguístico, mudança, esta mudança poderá ser interpretada como paráfrase ou polissemia, podendo-se interpretar que eventuais variações de sentido permanecem no mesmo campo semântico ou se está criando um sentido novo para uma nova situação. Em termos sistêmicos, a eventual variação do sentido será interpretada como observação por meio de outro sub-sistema social quando houver alteração do código com que a informação será captada, ou seja, é possível haver variação de sentido porém este sentido ainda será compreendido dentro do mesmo sub-sistema social.

A comunicação destina-se a produzir a eficácia simbólica generalizante que torna possível a regularização da vida social sob a forma de uma organização sistêmica e, ao mesmo tempo, cria condições de estabilidade favoráveis a este tipo de organização social e ao seu desenvolvimento” (LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Passagens, 2006. p. 22-23).

²³⁹“El lenguaje, los medios de difusión y los medios de comunicación simbólicamente generalizados son, por lo tanto, logros evolutivos que, en mutua dependencia, fundamentan y aumentan los rendimientos del procesamiento informativo que puede aportar la comunicación social. De esta manera, la sociedad se produce y se reproduce como sistema social. Una vez iniciada y sostenida la comunicación, es inevitable la formación de un sistema social que la delmite; por otra parte, del desarrollo de los sistemas sociales surgen aquellas condiciones fundamentales que hacen posible formar expectativas respecto de lo en sí improbable, y transformar de esta manera lo improbable en suficientemente probable. En el nivel de los sistemas sociales, este es un proceso estrictamente autopoietico que produce por sí mismo aquello que lo hace posible.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 160).

A título de exemplo da contribuição transdisciplinar que a linguística poderá dar neste trabalho, calha analisar Tema 365²⁴⁰ no tocante ao sentido que se poderá extrair das expressões tratamento desumano e degradante. Compreender o que seria um tratamento desumando e degradante poderá fazer com que se observe a questão da indenização por dano moral por meio do sistema do direito, por meio do sistema da política ou por meio de um sistema psíquico, uma vez que existem muitas possibilidades de se interpretar, de conotar sentidos, para o que seria um tratamento desumano e degradante dentro de uma prisão brasileira. Como manter o sentido dentro de um campo semântico (linguística) e como manter o sentido dentro de um sistema social (comunicação) e como verificar a passagem do sentido de um campo do saber para outro são pontos que serão visualizados nesta parte do trabalho de maneira transdisciplinar.

É dentro deste contexto que se desnuda a importância de visualizar a questão de como a língua/linguagem pode ser abordada e de como é importante visualizar outras áreas do saber para melhor compreender a teoria sistêmica e porque a mudança de sentido é relevante não só para compreender os sistemas sociais parciais como também o funcionamento da sociedade.

2.2.1.3 A Linguística Estruturalista de Saussure: um único sentido e a restrição em relação à auto-observação do sistema do direito

Ferdinand de Saussure é considerado o pai da linguística moderna e, embora não tenha publicado obra alguma em vida, foi homenageado postumamente por seus alunos com a publicação de suas aulas, ou melhor, com a compilação de suas aulas e ideias por meio do livro *Curso de Linguística Geral*²⁴¹. Os fundamentos do que seria moderno na época em relação à língua foram expostos por Saussure de maneira magistral.

Para Saussure, a língua era um fato social, uma abstração que poderia ser estudada conforme se analisa ou se dissecam um animal e por meio de uma análise rigorosa poder-se-ia descobrir as regras da língua que seriam imutáveis, igual em qualquer situação. Por isso, a

²⁴⁰ **Tema 365:** RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito administrativo e outras matérias de direito público**).

²⁴¹ SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2000.

teoria saussureana é estruturalista, porque busca estudar e compreender a estrutura da língua num contexto social, as regras da língua são idênticas para todos.

Primeira distinção que se deve fazer é que a língua não pode ser confundida com a linguagem²⁴². A língua são as regras, a linguagem é a exteriorização da língua, a linguagem é a língua sendo vista e produzida, ou seja, a linguagem é uma parte, uma parcela da língua, justamente a parcela visível. Saussure faz alusão ao jogo de xadrez para explicar a diferença entre língua e linguagem e também fala.

A língua seria as regras relativas ao ordenamento das peças no xadrez. O peão, a rainha, o rei, a torre tem posições iniciais fixas no tabuleiro e, se movimentados, não poderão terão movimentos livres, à exceção da rainha. A língua seria as regras²⁴³ que fazem com que as peças brancas tenham preferência na saída do jogo, a língua são as regras relativas ao cheque-mate e à movimentação das pedras no tabuleiro enquanto que a linguagem são as peças, o tabuleiro, ou seja, a linguagem exterioriza a língua, assim como dois jogadores exteriorizam as regras do jogo de xadrez, jogando-o. A língua, portanto, é passível de estudo, pois suas regras são imutáveis. E o estudo da língua é feito num contexto social, uma vez que a língua é um meio de comunicação das ideias, segundo Saussure.

Na visão de Saussure, para que se possa estudar a língua nos fatos da linguagem, é necessário no mínimo duas pessoas. Imagine-se uma primeira pessoa pronunciando a palavra ‘saúde’, esta palavra produz no cérebro um conceito, um valor psíquico que automaticamente é transmitido ao aparelho fonador do emissor para posteriormente atravessar o meio (atmosfera) e ingressar no aparelho auditivo do receptor e, novamente, ser percebida a palavra ‘saúde’ pelo sistema nervoso e assim dar-se a compreensão do que foi dito. Importante observar que há, nesta interação, um valor psíquico que Saussure denomina conceito e

²⁴²“Mas o que é a língua? Para nós, ela não se confunde com a linguagem; é somente uma parte determinada, essencial dela, indubitavelmente.” (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 17).

²⁴³“Uma nova comparação com o jogo de xadrez no-lo fará compreender. Tomemos um cavalo; será por si só um elemento do jogo? Certamente que não, pois na sua materialidade pura, fora de sua asa e das outras condições do jogo, não representa nada para o jogador e não se torna elemento real e concreto senão quando revestido de seu valor e fazendo corpo com ele. Suponhamos que, no decorrer de uma partida, essa peça venha a ser destruída ou extraviada: pode-se substituí-la por outra equivalente? Decerto: não somente um cavalo, mas uma figura desprovida de qualquer aparência com ele será declarada idêntica. contanto que se lhe atribua o mesmo valor. Vê-se, pois, que nos sistemas semiológicos, como a língua, nos quais os elementos se mantêm reciprocamente em equilíbrio de acordo com regras determinadas, a noção de identidade se confunde com a de valor, e reciprocamente.” (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 128).

imagem acústica (significado da palavra e a referência provocada no cérebro, a ideia, o significante), um conceito fisiológico de transmissão, pelo cérebro até o aparelho fonador e do aparelho auditivo para o cérebro e por fim um conceito puramente físico ligado à propagação da onda num determinado ambiente²⁴⁴. A comunicação para Saussure somente acontecerá se estes três elementos ocorrerem.

Por isso, para Saussure, somente é possível estudar a língua enquanto manifestação psíquica, uma vez que a linguagem (exteriorização da língua) permitirá ao linguista perceber as regras gerais e universais. Para Saussure, a fala, é uma ato individual, impossível de controle, pois cada pessoa pode falar o que quiser, é um ato individual impossível de se sistematizar, na medida que apenas exterioriza o comportamento de um indivíduo na sociedade.

Outra grande contribuição do estruturalismo saussureano foi a ideia de signo linguístico como unidade da língua. A língua, na sua materialização de regras, é possível de estudo por meio dos signos linguísticos que ocorrem com a interação mínima de duas pessoas.

Primeiro ponto relevante da teoria é a total indiferença ao que se denomina meio social como fator de influência na língua. O meio social, seja formado por no mínimo duas pessoas ou por uma coletividade tem importância apenas no tocante à possibilidade de comunicação, ou seja, precisa-se de no mínimo duas pessoas para haver comunicação, todavia não são as pessoas o objeto de estudo da linguística saussuerana, é a língua enquanto materialização por meio da linguagem. Esta materialização é feita por meio de signos linguísticos.

O signo linguístico é composto de duas faces distintas, porém inseparáveis, como uma moeda. O signo linguístico é composto por significado e significante²⁴⁵. Ao se ouvir a palavra árvore ou cavalo, o significado é o conceito que no cérebro se forma a respeito de árvore ou cavalo: o receptor imagina uma árvore frondosa, ou uma árvore de que tem conhecimento na frente de sua residência, por exemplo e o cavalo imagina o cavalo existente no patio do vizinho. O significado é o conceito formado no cérebro, as ondas psíquicas que permite que o falante e o ouvinte formulem um significado igual. O significante é a materialização deste conceito psíquico, no caso, árvore ou cavalo será a imagen acústica o som da palavra árvore e

²⁴⁴SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 19.

²⁴⁵SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 79-81.

o som da palavra cavalo. Percebe-se que falantes distintos terão que formular o mesmo signo linguístico no tocante a seu significado (conceito) e significante (imagem acústica) para que seja possível haver comunicação.

Não pode, portanto, um falante dizer lâmpada, enquanto significante imagem acústica e o ouvinte formular o conceito (psíquico) de cadeira, pois há nítido descompasso entre o significante e o significado, entre a imagem acústica e o conceito.

Para Saussure, o signo linguístico possui, como unidade de estudo da língua, regras que lhe permitem o estudo. O signo linguístico é arbitrário, ou seja, inexistente relação causal ou qualquer outro tipo de relação entre significado e significante. A palavra ‘mar’ enquanto imagem acústica produz o significado psíquico de mar para um ouvinte e um falante. Não existe uma relação natural entre cadeira e o objeto designado como cadeira, esta relação é arbitrariamente dada num determinado grupo linguístico e impossível de ser mudada aleatoriamente por um dos indivíduos do grupo²⁴⁶.

Outra característica do signo linguístico é seu caráter linear. No momento da fala, no momento o signo é pronunciado num ambiente externo e neste ambiente as ondas sonoras se propagam de maneira linear, ou seja, é impossível um mesmo signo ocupar o espaço de outro. A linearidade é que permite que os signos sejam compreendidos pelos falantes de um determinado grupo ou comunidade²⁴⁷.

Conquanto haja aparente contradição, para o estruturalismo saussureano, o signo linguístico é imutável e mutável. Dentro de uma determinada sociedade, para Saussure, o signo é imutável porque não haveria comunicação se cada falante pudesse, a seu livre talante, modificar a relação arbitrária entre significado e significante. Seria impossível acontecer comunicação se, por exemplo, ao se falar a palavra mesa cada ouvinte tivesse um significado diferente para o significante mesa: um imaginaria um urso, outro uma abelha (conceito, formulação psíquica) o que tornaria impossível a comunicação diante da quebra da arbitrariedade do signo linguístico numa determinada comunidade²⁴⁸.

²⁴⁶SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 81-83.

²⁴⁷SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 84.

²⁴⁸Embora a matriz teórica seja a teoria sistêmica de Luhmann com os aportes do pensamento de Maturana e Varela, precipuamente, deve o leitor estranhar que, nestes pontos, ao abordar questões de linguísticas, tem-se de lançar mão de conceitos que possuem significados diversos. Tornar-se-ia longo e seguramente fugiria do objetivo deste trabalho explicar as diferenças em relação aos paradigmas adotados na teoria sistêmica e na linguística, motivo porque remete-se o leitor as obras indicadas nas notas e ressalte-se a utilização de conceitos

Todavia, ao mesmo tempo que o signo é arbitrário e imutável é, segundo Saussure, mutável. Para Saussure, o tempo, como continuidade linear do signo, ao mesmo tempo que permite visualizar arbitrariedade e imutabilidade do signo, permite, paradoxalmente, que este signo seja alterado, seja alterada a relação entre significante e significado ou entre significado e significante. Como exemplo cita a evolução da palavra “necare” (matar) do latim que redundou em francês em “noyer” (afogar)²⁴⁹. A mutabilidade do signo linguístico é possível se todos, numa determinada comunidade, emprestarem um significado diferente à imagem acústica (significante de um signo) é como se todos, arbitrariamente, num átimo, modificassem o sentido da palavra cachorro que doravante será cadeira²⁵⁰.

Outro paradigma que Saussure constrói diz respeito aos conceitos de linguística sincrônica²⁵¹ e diacrônica²⁵². A sincrônica, no pensamento de Saussure, é o que permite o estudo da língua, suas relações, regras e princípios, uma vez que se faz um corte num determinado momento e, por meio deste corte analítico, é possível estudar e entender as regras. O tempo é um fator diacrônico, que não permite que se visualizem as regras ou permite apenas que se façam correlações entre o antes e o depois sem haver necessariamente a construção de um sistema. É como se pudesse fazer uma analogia com a fotografia. Uma

como grupo, comunidade e sociedade numa perspectiva estritamente linguística, sem qualquer vinculação com a teoria dos sistemas, vez que esta não trabalha com “sociedades”, apenas com “sociedade”.

²⁴⁹“Eis alguns exemplos: o latim ‘necare’, ‘matar’, deu em francês ‘noyer’, ‘afogar’. Tanto a imagem acústica como o conceito mudaram; é inútil, porém distinguir as duas partes do fenômeno; basta verificar *in globo* que o vínculo entre ideia e signo se afrouxou e que houve um deslocamento em sua relação.” (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 89).

²⁵⁰A título de exemplo, convém mencionar a evolução, segundo Tocqueville, a respeito da mudança de sentido da palavra “gentil-homem” na Inglaterra ao longo dos séculos e o sentido da palavra plebeu, hoje inexistente. Convém transcrever literalmente: “Esta revolução perde-se na noite dos tempos, mas dela sobre um testemunho: o idioma. A palavra *gentil-homem* mudou por completo de sentido na Inglaterra há alguns séculos e a palavra plebeu lá não existe mais. Já teria sido impossível traduzir literalmente em inglês o seguinte verso do Tartufo quando Molière o escreveu em 1664: “É tal como o vê, ele é bom gentil-homem.”

Querem aplicar outra vez a ciência das línguas à ciência da história? Sigam através do tempo e do espaço o destino da palavra gentleman, cujo pai foi o nosso termo gentil-homem. Verão seu significado expandir-se na Inglaterra à medida que as classes aproximam-se. Em cada século que passa vai sendo aplicada a homens colocados um pouco mais abaixo na escala social. Finalmente, passa para a América, com os ingleses. Lá está sendo empregada para designar indistintamente todos os cidadãos. Sua história é a própria história da democracia.” (TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a revolução**. Brasília: Editora da Unb, 1979. p. 103).

²⁵¹“A Linguística sincrônica se ocupará das relações lógicas e psicológicas que unem os termos coexistentes e que formam sistema, tais como são percebidos pela consciência coletiva”. (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 116).

²⁵²“A Linguística diacrônica estudará, ao contrário, as relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si.” (SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 116).

fotografia permite a compreensão de um determinado acontecimento, permite se estudar o comportamento de uma determinada época, permite análise descompassada do tempo, do espaço, isto é sincronia, um corte, uma seção para estudo, como se fosse possível paralisar a fala/linguagem num átimo de tempo e estudar suas regras. A diacronia, ao contrário, subentende-se o estudo da linguagem/fala num determinado espaço e tempo, ao que Saussure diz ser quase impossível a sistematização de regras com muitas variações.

A consequência que se pode extrair da linguística saussureana diz respeito com a impossibilidade de se realizar observação de segunda ordem ou auto-observação por meio do sistema do direito. Na medida que o sentido é único, na medida que não existe variação do sentido, vez que a estrutura garante a uniformidade, não há sentido em imaginar a possibilidade de qualquer outro tipo de observação a respeito do mesmo fenômeno. A linguística saussuerana exclui a divergência, exclui a dúvida, exclui a insegurança e a opacidade²⁵³ da língua/linguagem, petrificando o sentido. Esta visão em relação ao sentido das palavras ou do texto teve papel importante para fixação da dogmática jurídica positivista no período imediatamente posterior à Revolução Francesa cujo princípio da segurança jurídica foi tido como essencial à consolidação do novo regime.

Resta fazer, antes de se adentrar perfunctoriamente nos fundamentos da sócio-linguística, um contra-ponto à teoria de Saussure no que diz respeito ao sentido do signo linguístico: se existe certa estabilidade na atribuição entre conceito (significado) e imagem acústica (significante) de signos concretos, a problematização dar-se-á quando se tratar de significantes cujo significado não puder ser materializado psicicamente por meio de uma imagem do mundo real, ou seja, quando se fala cadeira, mesa, árvore, cavalo ou até mesmo unicórnio, há, no mundo fenomênico, exterior ao homem (enquanto indivíduo), uma representação material palpável, seja com a existência material ou seja com a existência gráfica, como o unicórnio, ser imaginário constante nas mais diversas histórias.

²⁵³No campo linguístico: “[...] No âmbito discursivo, a língua é reconhecida por sua opacidade e pela forma como nela intervém a sistematicidade e o imaginário, aparecendo o equívoco como elemento da mesma.” (FERREIRA, Maria Cristina Leandro (org.). **Glossário de termos do discurso**. Porto Alegre: UFRGS, 2001. p. 20); e no campo do sistema do direito: “Existe, pois, uma opacidade do jurídico. O direito, que atua como uma lógica da vida social, como um livreto, como uma partitura, paradoxalmente não é conhecido, ou não é compreendido, pelos atores em cena. Estes realizam certos rituais, imitam condutas, reproduzem certos gestos, com pouca ou nenhuma percepção de seus significados e alcances.” (CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998. p. 14).

Não obstante, qual o significado das palavras saúde, educação, trabalho? É certo que a imagem acústica é formada, mas o conceito (significado) poderá variar de receptor para receptor ou todos os indivíduos de um grupo terão o mesmo significado para a palavra saúde? Ao se trabalhar com a necessidade de se construir um “conceito” um significado o sentido pode, eventualmente, ser desestabilizado o que arruinaria os princípios basilares do estruturalismo saussureano: arbitrariedade, imutabilidade, mutabilidade e sincronia em relação ao estudo do signo linguístico.

2.2.1.4 Aportes da Sociolinguística: importância do texto e do contexto para construção do sentido e a possibilidade de observação de segunda ordem pelo sistema do direito

Na sociolinguística, diferentemente da teoria estruturalista de Saussure, a língua é estudada na sua materialidade social, ou seja, não mais há preocupação com as regras do jogo, mas com os contextos de produção da fala e seus consequentes sentidos.

Para a sociolinguística, a língua somente possui sentido se estudada na materialidade de seu meio, no seio da sociedade, o que leva à inclusão do indivíduo, ou dos indivíduos, da própria sociedade na formulação do sentido do texto. Aqui, convém ressaltar que a unidade de sentido é o texto e não mais o signo linguístico, ou seja, o que faz sentido, o que torna possível uma comunicação é o texto: uma cadeia fonética dotada de sentido²⁵⁴. O Estudo da linguagem, na sociolinguística é feito mediante o resgate de textos, a significação dada aos textos que podem ser escritos ou até mesmo na forma de enunciados²⁵⁵ segundo a concepção foucaultiana.

Para sociolinguística há duas grandes formas de análise do texto: a partir de elementos internos, textuais e elementos externos, contextuais²⁵⁶. A busca do sentido de um texto deve ser feita tomando-se em conta apenas os elementos textuais, elementos internos portanto. A

²⁵⁴Até mesmo uma interjeição, uma exclamação, um “oi” pode ser considerado um texto. (KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1996. p. 24-27).

²⁵⁵Foucault faz uma rígida separação entre enunciação e enunciado, sendo este último objeto de análise do discurso. A enunciação é o discurso produzido, é o ato e suas circunstâncias é o momento que se deu as relações de poder e a enunciação é o resgate, pela escrita ou pela fala, geralmente, da enunciação. É impossível, portanto, estudar a enunciação, pois ela é única, ocorre e desaparece no meio social, enquanto é possível apenas o estudo da enunciação por meio dos enunciados. Os discursos, portanto, na visão de Foucault são enunciados que nos remetem à enunciações. O enunciado é a unidade mínima do discurso. (FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 89-93).

²⁵⁶KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1996. p. 31-34.

esta busca de sentido, analisam-se as frases do texto de modo que tenham sentido, ou seja, as palavras devem, necessariamente, ter seguido uma ordem. Toda língua possui uma ordem, uma gramática. Assim, a compreensão, o sentido de um texto irá depender de arranjos internos, arranjos textuais, como por exemplo, a fidelidade à ordem canônica em termos de escrita da língua portuguesa no plano sintagmático: sujeito, verbo e complementos. Ao formular um texto em português (frases com sentido), seja escrito ou oral todo ouvinte (brasileiro) irá identificar semelhança no tocante à gramática interna: os sons serão do português, a ordem será da língua portuguesa e portanto o texto fará sentido porque possui coesão textual, seguiu uma gramática.

Outro ponto para que ocorra sentido diz respeito à coerência textual. O texto, as palavras escolhidas para formular um texto, devem guardar, entre elas, relações de significado, ou seja, deverá haver coordenação ou subordinação entre elas para que seja possível ao ouvinte compreender a mensagem que está sendo dita. É impossível, pois não existiria coesão textual, numa cadeia frasal, utilizar apenas verbos, ou apenas substantivos, deve-se usar um número determinado de verbos, substantivos e adjetivos de maneira concatenada, de maneira lógica, de acordo com regras para que haja, no texto uma coerência²⁵⁷ que possibilite a compreensão da mensagem que o enunciador tenta exprimir. O sentido de um texto, no âmbito de seus componentes internos, é sempre o estudo da coesão e da coerência, ou seja, o uso correto das regras gramaticais de uma determinada língua e a relação de sentido entre as palavras no texto.

Não obstante, o acréscimo provocado pelo prefixo “sócio” é que tornou este ramo da linguística muito fértil no tocante à busca de sentido de um texto, vez que trabalha, igualmente, com o plano externo ao texto. O exterior ao texto, elementos extratextuais são significativos para que seja elaborado o sentido do texto. Assim, a sociolinguística estuda, além de elementos de coesão e coerência, os fatores de produção textual ligados ao emissor e ao receptor. Para sociolinguística é importante saber quem é o emissor do texto, uma pessoa com posse, uma pessoa de cor negra, uma pessoa que exerce um cargo público, uma criança, um adulto, um professor, um aluno e assim por diante. Para a sociolinguística o sentido poderá sofrer variações dependendo do emissor e do receptor, ou seja, fatores sociais são considerados quando da elaboração de um sentido do texto.

²⁵⁷KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1996. p. 32-33.

Percebe-se que já não se está mais diante de um sentido único, de uma regra imutável em relação ao signo linguístico, seja porque a unidade, para a sociolinguística não é mais o signo, seja porque o sentido de um texto poderá sofrer variações dependendo do local de onde é enunciado. Existe muita diferença de, por exemplo, para sociolinguística, proferir palavras de baixo calão numa missa, numa cerimônia de casamento ou durante uma partida de futebol como um torcedor. Para sociolinguística, o sentido do palavrão, se proferido durante uma missa ou cerimônia de casamento poderá ser uma ofensa aos noivos, num estádio de futebol, incentivo a um dos times que está jogando. A sociolinguística trabalha com as categorias de posto, pressuposto e subentendido, sendo as duas primeiras, conforme já exposto, categorias textuais e a última uma categoria extratextual ou contextual, ou seja, o sentido é uma mescla de elementos objetivos e elementos subjetivos no que diz respeito ao indivíduo²⁵⁸.

A contribuição transdisciplinar dada pela sociolinguística, no caso do Tema 365²⁵⁹, diz respeito com a interpretação, com a construção do sentido teria que ser feita apenas com os elementos fornecidos pelo texto, por meio dos elementos textuais fornecidos pelo julgador ao escrever a decisão. Todo sentido do que seria condição desumana ou degradante teria que ser extraída por meio de uma análise textual relativa à coesão e à coerência, ignorando-se a textura externa. O contexto serviria apenas para desestabilizar o “sentido do texto”, para dar uma outra interpretação ao mesmo texto por meio de outro ponto de vista.

Percebe-se, portanto, que a sociolinguística permite uma conexão com a teoria sistêmica por meio do conceito de observação de segunda ordem. O sentido do texto, num paralelo com o sistema do direito, seria único e eventual variação seria provocada pela interpretação baseada em “outro local”, o que na teoria sistêmica poderia se traduzir como observação de segunda ordem por meio de outro sistema ou sub-sistema social. Conquanto permitindo a variação de sentido, fica claro que a vedação da sociolinguística à divergência de sentido no nível textual impede traçar um paralelo com a auto-observação em termos de teoria sistêmica.

²⁵⁸O elemento humano, o indivíduo, faz parte do sentido de um texto e, portanto, deve ser interpretado o sentido como a soma de todos estes fatores.

²⁵⁹**Tema 365:** RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

Estes aportes da sociolinguística podem ser conectados com a epistemologia relativa à fase do pluralismo jurídico, momento que se discutiu e se tentou redefinir o direito com base em elementos externos no tocante à eventual fixação do sentido²⁶⁰.

2.2.1.5 Análise do Discurso (AD): preocupação com efeito de sentido e a possibilidade de auto-observação e observação de segunda ordem pelo sistema do direito

Por meio do pensamento de Pêcheux²⁶¹, é moldado este ramo do estudo da linguística cujo discurso se traduz na unidade de objeto de estudo linguístico.

Ao contrário do estruturalismo cujo sentido era dado pela relação interna constante no signo (significado e significante), ao contrário da sociolinguística cujo sentido era dado pela relação entre fatores textuais e extratextuais (ou contextuais), na análise do discurso²⁶², rompe-se, definitivamente, com a barreira existente entre linguagem (língua), indivíduo (homem) e o mundo circundante (contexto)²⁶³, uma vez que o sentido é, para Análise do Discurso, construído contextualmente a cada momento discursivo.

Convém inicialmente, para que se possa compreender minimamente este ramo do saber, ter a noção de suas características, de seus paradigmas e pressupostos.

Para Análise do Discurso a língua não é um conjunto de regras imanentes, a língua é um fato social que não produz certezas, produz incertezas, conflitos, contradições e somente existe se contextualizada²⁶⁴, se produzida num determinado contexto histórico, portanto, a

²⁶⁰ Remete-se o leitor à obra de Cárcova, em seu capítulo 3. (CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998. p.45-124).

²⁶¹ Dentre as inúmeras obras de Pêcheux, remete-se o leitor para leitura de Semântica e Discurso, obra que contém grande parte do pensamento de Pêcheux no tocante a uma nova maneira de se estudar a linguagem. (PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Campinas: Editora da Unicamp, 1997).

²⁶² De matriz francesa, baseada no pensamento de Pêcheux, precipuamente.

²⁶³ Escaparia dos limites desta tese a explicitação exaustiva dos princípios vetores da Análise do Discurso de matriz francesa, por isso, remete-se o leitor a algumas obras que servem como suporte para se compreender, na sua totalidade, este novo ramo do conhecimento. (ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: princípios & procedimentos. Campinas: Pontes Editores, 1999; ORLANDI, Eni Puccinelli. **Discurso e texto**: formulação e circulação dos sentidos. Campinas: Pontes Editores, 2001; ORLANDI, Eni Puccinelli. **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. Petrópolis: Vozes, 1996; BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002 e; BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992).

²⁶⁴ BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. p. 9-12 bem como: ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: princípios & procedimentos. Campinas: Pontes Editores, 1999. p. 19-20.

noção estruturalista de Saussure é insuficiente ao visualizar a língua apenas como um meio de comunicação, sem qualquer tipo de opacidade²⁶⁵. Outro ponto de estudo relevante para Análise do Discurso é a noção de sujeito. Se para Saussure o sujeito resumia-se ao emissor e receptor e para a sociolinguística o sujeito era visto como um terceiro que agregava sentido, ou não, ao texto, para análise do discurso o sujeito é o responsável pelo sentido, o sujeito é interpelado pela ideologia²⁶⁶ é responsável pelo sentido. O sujeito da Análise do Discurso é o sujeito descentrado²⁶⁷, é o sujeito que encontra-se interpelado diariamente por outros sujeitos, por outros discursos, pelo contexto. Portanto, nem de longe representa o sujeito da certeza cartesiana, o sujeito cartesiano produtor de verdades.

A noção de discurso do pensamento de Foucault²⁶⁸ também é utilizado pela Análise do Discurso, aliás, constitui o objeto de estudo e unidade deste ramo da linguística. Para Foucault existe, exterior ao sujeito, unidades discursivas cujas marcações são perceptíveis quando um sujeito é interpelado ideologicamente. O sujeito ao se relacionar no mundo por meio da língua não escapa da, para se comunicar, utilização de cadeias discursivas o que o torna refém de um determinado ponto de vista. Para falar a respeito de futebol, o sujeito irá se utilizar de cadeias discursivas a respeito de futebol, tais como regras do jogo, eventos futebolísticos recentes entre outros o que permitirá a qualquer outra pessoa identificar que aquele sujeito é um

²⁶⁵Para Bakhtin a língua não poderia ser analisada sem o contexto de sua produção, pois o sentido dependeria sempre do contexto em que as palavras foram pronunciadas. Aliás, para Bakhtin, toda palavra está carregada de ideologia, o que afasta toda e qualquer menção à possível neutralidade da língua (linguagem), fazendo com que toda comunicação existente entre os homens seja uma comunicação (linguagem) marcada por ideologia, toda língua (fala) é ideológica. Portanto, não há como haver certezas, não há como conciliar os significados da língua. (“O sentido da palavra é totalmente determinado por seu contexto. De fato, há tantas significações possíveis quanto contextos possíveis. No entanto, nem por isso a palavra deixa de ser uma. Ela não se desagrega em tantas palavras quanto forem os contextos nos quais ela pode se inserir. (BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992. p. 106)

²⁶⁶O noção e o conceito de ideologia são de Althusser. (ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**. São Paulo: Graal, 2003).

²⁶⁷“Veremos agora algumas abordagens que, situando-se numa outra perspectiva, concebem diferentemente a noção de sujeito. Para essas abordagens, a noção de história é fundamental, pois, porque marcado espacial e temporalmente, o sujeito é essencialmente histórico. E porque sua fala é produzida a partir de um determinado lugar e de um determinado tempo, à concepção de um sujeito histórico articula-se outra noção fundamental: de um sujeito ideológico. Sua fala é um recorte das representações de um tempo histórico e de um espaço social. Dessa forma, como ser projetado num espaço e num tempo e orientado socialmente, o sujeito situa o seu discurso em relação aos discursos do outro. O outro que se envolve não só o seu destinatário para quem planeja, ajusta a sua fala (nível interdiscurso), mas que também envolve outros discursos historicamente já constituídos e que emergem na sua fala (nível interdiscursivo). Nesse sentido, questiona-se aquela concepção do sujeito enquanto ser único, central, origem e fonte do sentido, formulado inicialmente por Benveniste, porqu na sua fala outras vozes também falam.” (BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. p. 49).

²⁶⁸FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

apaixonado por futebol, é um árbitro, é um jogador, é um comentarista, enfim, a utilização de discursos ligados ao futebol permitiu que o sujeito fosse desvelado ideologicamente por meio da língua²⁶⁹. A língua interpela o sujeito revelando-o ideologicamente por meio da escolha de uma ou algumas cadeias discursivas. A essa regularidade de informações Foucault denomina discurso.

Pode-se, assim, resumir este ramo da linguística:

- a. a língua tem sua ordem própria mas só é relativamente autônoma (distinguindo-se da Linguística, ela reintroduz a noção de sujeito e de situação na análise da linguagem);
- b. a história tem seu real afetado pelo simbólico (os fatos reclamam sentidos);
- c. o sujeito de linguagem é descentrado pois é afetado pelo real da língua e também pelo real da história, não tendo o controle sobre o modo como elas o afetam. Isso redundaria em dizer que o sujeito discursivo funciona pelo inconsciente e pela ideologia.

As palavras simples do nosso cotidiano já chegam até nós carregadas de sentidos que não abemos como se constituíram e que no entanto significam em nós e para nós.

Desse modo, se a Análise do Discurso é herdeira das três regiões de conhecimento – Psicanálise, Linguística, Marxismo – não o é de modo sevil e trabalha com a noção – a de discurso – que não se reduz ao objeto da Linguística, nem se deixa absorver pela Teoria Marxista e tampouco corresponde ao que teoriza a Psicanálise. Interroga a Linguística pela historicidade que ela deixa de lado, questiona o Materialismo perguntando pelo simbólico e se demarca da Psicanálise pelo modo como, considerando a historicidade, trabalha a ideologia como materialmente relacionada ao inconsciente sem ser absorvida por ele.²⁷⁰

Para Análise do Discurso o sentido é invariavelmente construído no momento de enunciação, ou seja, o sentido é contextualmente produzido a cada instante de fala, a cada momento de interação dos sujeitos. O sentido é uma soma de fatores tais como sujeitos, língua, contexto, discurso, porém o mais importante, para Análise do Discurso não é o sentido em sí, como se fosse possível existir um sentido para as palavras, para os discursos, o importante é o efeito de sentido o que é estudado pela Análise do Discurso é o efeito de sentido que um determinado sujeito quis produzir ou produziu.

²⁶⁹FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 23-45.

²⁷⁰ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso: princípios & procedimentos**. Campinas: Pontes Editores, 1999. p. 19-20.

O deslocamento entre sentido e efeito de sentido permite que a Análise do Discurso possa visualizar, para um mesmo discurso, diversos sentidos, prevalecendo um ou outro discurso dependendo de fatores nem sempre linguísticos, de fatores como poder, como posição social do sujeito²⁷¹ entre outros.

O sentido além de ser produzido contextualmente e no momento da enunciação²⁷² pouco importa para Análise do Discurso, o que importa é o efeito de sentido que o sujeito emprestou ao discurso, que efeitos o sujeito quis dar.

A Análise do Discurso consegue, portanto, explicar, como é possível um sujeito proferir um discurso falando sobre a necessidade de democracia, respeito às garantias e liberdades individuais, voto secreto, por exemplo, sendo o prolator deste discurso um General do Exército explicando os motivos do Golpe de 1964 ou os motivos para implantação do AI-5. Ao mesmo tempo que se imagina, na cadeia discursiva, que democracia faça referência ao sufrágio universal, o sentido da palavra democracia, num determinado contexto, foi retrabalhado para significar coisa diversa. Há um sentido e um efeito de sentido, há um discurso e uma utilização deste discurso, uma desestabilização do sentido do discurso, um duplo sentido ou um outro sentido é como se, parafraseando a teoria dos sistemas, houvesse uma contingência de sentido em cada discurso, o que evidencia a complexidade atual da sociedade.

Tornando ao Tema 365²⁷³, objeto de estudo neste trabalho, é possível concluir que os aportes linguísticos permite que se trabalhe com o sentido que é construído no momento histórico da leitura do texto. O sentido de tratamento desumano e degradante dado aos presos vai depender de elementos tais como: em que Estado-membro da Federação, que estabelecimento prisional, em que data é feita a análise do texto, qual a ideologia do juiz ou tribunal que está julgado o caso, que momento histórico encontra-se a sociedade brasileira,

²⁷¹PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Campinas: Editora da Unicamp, 1997. p. 159-198.

²⁷²Enunciação é o momento de produção do sentido, podendo ser resgatada por meio de enunciados (FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 90).

²⁷³**Tema 365**: RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

enfim, o sentido sempre será construído para aquele momento histórico (historicidade)²⁷⁴ e uma vez resgatado por meio de leitura ou releitura poderá sofrer mudança, poderá o sentido ser reconstruído de maneira parafrástica ou de maneira polissêmica, enfim o paralelo que se pode fazer com a teoria dos sistemas é que o sentido poderá ser observado, auto-observado pelo próprio sistema do direito ou poderá ser passível de observação de segunda, terceira, quarta ordem e assim sucessivamente tanto por meio do sistema do direito como por meio de outro sistema social.

2.2.1.6 Sentido: fronteira entre os sistemas sociais e os aportes linguísticos

Os sistemas sociais operam na dimensão do sentido²⁷⁵, portanto, é importante trabalhar com uma teoria da linguagem para se poder perceber os mais variados sistemas sociais. Se toda comunicação é dotada de sentido na medida que opera com um código (binário), a alteração do sentido faz com que se possa perceber a mudança entre um sistema e outro. É justamente neste ponto que se pode fazer uma ligação entre a linguística e a teoria dos sistemas de Luhmann.

Tome-se como exemplo o Tema 365²⁷⁶ do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral e se imagine o que seria o sentido (ou como se faria a construção do sentido) de tratamento desumano e degradante do apenado para fins de fixação de indenização por dano moral. Se a intenção é se manter dentro do sistema do direito enquanto sistema parcial da sociedade, forçoso concluir que as comunicações para solução desta resposta

²⁷⁴“Modo como a história se inscreve no discurso, sendo a historicidade entendida como a relação constitutiva entre linguagem e história. Para o analista do discurso, não interessa o rastreamento de dados históricos em um texto, mas a compreensão de como os sentidos são produzidos. A esse trabalho dos sentidos no texto e à inscrição da história na linguagem é que se dá o nome de historicidade. (FERREIRA, Maria Cristina Leandro (Org.). **Glossário de termos do discurso**. Porto Alegre: UFRGS, 2001. p. 17).

²⁷⁵“Los sistemas sociales operan en la dimensión del sentido. La pregunta de que és el sentido es inabordable ya que la respuesta tiene que hacer uso del sentido para contestarla. El sentido se impone como mundo. Precede a todo lo que se pueda preguntar o saber sobre él. [...].

El individuo experimenta el mundo del sentido como algo ya constituido. Experimenta este mundo como lo social. Fuera de lo social ninguna realidad es operante. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 14-15).

²⁷⁶**Tema 365**: RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2015).

devem se ater ao código legal/ilegal. Todavia, para o direito o que é tratamento desumano e degradante.

Se se fizesse um paralelo com a linguística, o sentido de tratamento desumano e degradante, no estruturalismo, seria uma relação entre significado e significante, um sentido único, portanto, sem possibilidade de variações, pois o conceito de desumano e de degradante seria dado sem qualquer margem de dúvida. Numa visão sociolinguística, o sentido seria dado por meio do sujeito também, além de fatores textuais e numa concepção da Análise do Discurso o sentido seria construído no momento da enunciação, no momento do julgamento do processo. Em que pese a linguística considerar o homem (ou sujeito) como entidade objeto de estudo e a teoria sistêmica ao considerar como entorno, a importância que ambos os campos do conhecimento dão ao sentido é que importa para marcar os limites na sociedade atual.

Não é equivocado ligar o estruturalismo, no âmbito da linguística, à noção de direito como um conjunto de normas cujo sentido igualmente é invariável, onde conceitos e paradigmas como o da “mens legis”, “vontade do legislador” são os marcos teóricos e de interpretação. Não é equivocado ligar a sociolinguística aos ramos da hermenêutica filosófica, na interpretação dada por Streck²⁷⁷ no que diz respeito ao controle das decisões judiciais: há necessidade de se controlar o sentido das decisões por meio da resposta única e, por fim, não é equivocado ligar a Análise do Discurso com a teoria dos sistemas no tocante à pluralidade de sentidos e a questão da pluralidade de sistemas.

Por isto a importância de se trabalhar para que o sistema, por meio de suas próprias relações, consiga responder, emprestar sentido (jurídico) ao que seria tratamento desumano e degradante constante no Tema 365²⁷⁸ o que força o sistema a se auto-observar e a se autorreferir. É o sistema do direito que deverá construir o sentido de tratamento desumano e degradante, não podendo eventual sentido destas expressões ser importado de outros sistemas, sob pena de ocorrer violação de códigos.

²⁷⁷STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁷⁸**Tema 365**: RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

2.2.2 Constituição de 1988: positivação do direito à saúde e auto-observação pelo sistema do direito

O paradoxo causado pela Constituição promulgada em 1988 no tocante ao surgimento de novas estruturas no seio do Poder Judiciário (sistema do direito) e do Poder Executivo (sistema da política), no ponto que interessa neste trabalho, está na distribuição do novo papel dado ao STF e na questão ligada ao direito de saúde.

Em relação à saúde, o texto constitucional anterior, Constituição de 1967, quase nada dispunha a respeito, tratando apenas de remeter à competência da União legislar sobre matérias ligadas à defesa e à proteção da saúde²⁷⁹. A Constituição de 1988 foi além ao determinar ser a saúde um direito social de todos e dever do Estado, sendo garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O acesso é universal e igualitário a todo cidadão²⁸⁰.

Num primeiro momento, pode parecer que a mudança não foi significativa, todavia análise mais acurada demonstra que a constitucionalização de um direito de segunda geração é um passo importante para consolidação do Estado brasileiro e para consolidação da democracia brasileira. Essa é uma característica do constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial: incorporação dos direitos humanos ao texto constitucional, numa clara tentativa de ampliar tanto a participação da sociedade nas decisões estatais, quanto de ampliar a extensão das decisões judiciais a um maior número de envolvidos nos processos decisórios²⁸¹. A introdução de direitos sociais na Constituição e dentre estes o direito à saúde tem o condão de forçar o Estado brasileiro, por meio de seus entes federados, a executar políticas e ações na área da saúde, na área médica, na área sanitária para poder cumprir o que determina a

²⁷⁹Art. 8º - Compete à União:

[...]

XVII – legislar sobre:

[...]

c) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;” (BRASIL. **Constituições**. Brasília: Senado Federal. 1986. p. 354). No tocante à competência legislativa da União, a emenda constitucional 1/69 em praticamente nada alterou a disposição do art. 8º, XVII, alínea “c” da Constituição, no tocante à saúde.

²⁸⁰Art. 196 da atual Constituição promulgada em 1988. Nos demais artigos da Constituição até o de número 200 há diversas regras e princípios que devem pautar a atuação dos entes federados em relação à implementação do direito à saúde. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 186-188).

²⁸¹É a fórmula da contingência do sistema do direito – justiça – que será trabalhada adiante (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 289).

Constituição, vez que a omissão é entendida como fator negativo, como negação ao acesso ao direito constitucionalizado.²⁸²

Outra mudança que deve ser observada quando da constitucionalização de direitos, diz respeito à nova competência dada ao Supremo Tribunal Federal. Sob a égide da Constituição de 1967/1969, competia ao Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, além do julgamento de matéria legal, matéria criminal envolvendo autoridades com foro privilegiado e o controle de constitucionalidade por via abstrata ou concreta²⁸³.

Em que pese as discussões travadas durante o processo de redemocratização do Brasil, quando da elaboração da Constituição de 1988, no sentido de tornar o Supremo Tribunal Federal uma corte exclusivamente constitucional²⁸⁴, não vingou a tese de tornar a Suprema Corte brasileira um tribunal exclusivamente constitucional. As razões talvez sejam porque esta nunca fora a tradição da sociedade brasileira e muito talvez o fato de nunca ter existido, como ocorreu na Europa, processos históricos de lutas religiosas entre outros fatores que

²⁸²AITH, Fernando. A saúde como direito de todos e dever do estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. *In*: AITH, Fernando; et al. **Direito sanitário: saúde e direito, um diálogo possível**. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado do Minas Gerais, 2010. p. 74-75. (“Ao fixar a saúde como direito de todos e dever do Estado, a Constituição induz a sociedade brasileira em geral, e o Estado em particular, a pesquisar e ampliar seus conhecimentos sobre as melhores formas de organização e gestão do Estado para a efetiva garantia do direito à saúde.

[...]

A gestão dos serviços públicos de saúde pode ser organizada de diferentes formas, conforme o ente federativo e as necessidades concretas de saúde da população. Conforme se pode verificar, atualmente o Estado brasileiro, por meio de seus diferentes entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e municípios), organiza a gestão dos serviços públicos de saúde por meio da adoção de modelos jurídicos, conforme as características e necessidades de cada serviço.”)

²⁸³BRASIL. **Constituições**. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 380-381; 456-457. Artigos 113 a 115 da Constituição de 1967 e os artigos 118 a 120 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

²⁸⁴Segundo Gilberto Bercovici, a criação de Cortes Constitucionais ou de Cortes com competência para o controle da constitucionalidade das leis e da interpretação das normas constitucionais tem o condão de favorecer o aumento de poder dado ao Poder Judiciário via controle abstrato e concreto e interferências na elaboração de políticas públicas pelo Poder Executivo. A esse respeito, a seguinte passagem: “A consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à “normatização” da Constituição favoreceram, ainda, uma “mudança de paradigmas” na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitucionais. Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição.

[...]

A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania” (“der Zipfel der Souveränität”), da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Dessa forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.” (BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 112-123).

indicassem a necessidade efetiva de um tribunal para controlar os direitos dos cidadãos no período pós revoluções burgueasas.

Inegável, todavia, que a positivação na Constituição, de direitos relativos à saúde, ponto que nos interessa neste trabalho, teve o condão de primeiro, reconhecer que a partir do dia cinco de outubro de 1988, a imensa gama das pessoas residentes no Brasil tinham novos direitos, tinham direito à saúde e à sua concretização, direito até então inexistente em termos de estrutura normativa. O segundo ponto que se deve observar diz respeito a interpretação deste direito. O Poder Judiciário é composto por organizações²⁸⁵ e, portanto, há necessidade de haver limites entre as comunicações que estas organizações irão decidir. Não obstante, é possível, ao menos neste momento, indicar duas grandes contingências que a positivação constitucional trouxe: decisão do juiz e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim como associa-se o cumprimento da lei a uma decisão proferida por um juiz [singular], o grande debate, pós Constituição de 1988, devido à extensão do texto Constitucional com a consequente inclusão dos direitos humanos, é associar a decisão do Supremo Tribunal Federal ao cumprimento da Constituição. O motivo desta inclusão é a nova redação dada pelo texto constitucional de 1988 às competências do Supremo Tribunal Federal.

A primeira grande mudança foi no tocante à questão de defensor da Constituição. Não havia, anteriormente, esta função modo específico ao Supremo Tribunal Federal, de maneira que era impossível trabalhar com esta complexidade no tocante ao cumprimento do texto constitucional, no tocante à efetivação dos direitos do homem, enfim, no tocante a quem, na novel democracia brasileira, seria responsável por efetivar os valores contidos na Constituição de 1988. Igualmente, houve abertura no tocante aos intérpretes²⁸⁶ da Constituição no concernente ao controle concentrado de constitucionalidade das leis.

²⁸⁵Oportunamente, em item próprio, será aborado o conceitos de organização para teoria sistêmica, por ora, remete-se o leitor à obra de Luhmann que trata especificamente a este respeito. (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68).

²⁸⁶HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997. p.29. (“A questão da legitimação coloca-se para todos que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional.”)

Anteriormente, apenas o Procurador-Geral da República tinha competência para propor ação declaratória de inconstitucionalidade, no texto constitucional atual, houve significativa abertura a outras organizações questionarem, no Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de lei ou ato normativo. É a tentativa, novamente, de diminuir a complexidade do entorno por meio de decisões judiciais e paradoxalmente aumentando a complexidade ao forçar o Supremo Tribunal Federal a tomar decisões a respeito da constitucionalidade de leis ou atos normativos em abstrato. Antes da promulgação da Constituição de 1988 havia atuação dos juízes no tocante à aplicação da lei em concreto (controle concentrado de constitucionalidade) e a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar as decisões por meio da extensa cadeia recursal, no período pós Constituição de 1988, tem-se a possibilidade de o juiz, no âmbito dos direitos humanos, não somente analisar a questão da legalidade, a questão da interpretação da lei, agora poderá interpretar a Constituição no tocante aos novos direitos de segunda e terceira geração, cabendo igualmente ao Supremo Tribunal Federal, por ser o guardião, igual controle. Uma situação nova até então inexistente, uma tentativa de diminuição de complexidade por meio da positivação do direito pelo sistema da política e um aumento desta mesma complexidade ao criar novas possibilidades, ao aumentar a contingência. Igualmente, para o sistema do direito no tocante à estabilização das expectativas normativas: antes inexistiam decisões a respeito do direito à saúde, após a Constituição de 1988, há necessidade, acionado o Poder Judiciário, de haver decisões a respeito do que é o direito à saúde previsto na Constituição. Novamente, é o sistema do direito tentando diminuir a complexidade, porém aumentando-a, tentando diminuir conflitos sociais, porém aumentando-os²⁸⁷.

A positivação do direito à saúde obrigou, após a promulgação da Constituição de 1988, que o sistema do direito se observasse para que pudesse definir o que se entenderia por direito à saúde no tocante ao reajuste da tabela de serviços do SUS, no tocante à competência do Ministério Público em obrigar o Poder Executivo à fornecer determinado medicamento ou

²⁸⁷“En este sentido, el derecho no es sólo um medio de resolución de conflictos sociales, sino, en primera instancia, un medio de creación de conflictos sociales.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: liementos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 301).

no tocante à possibilidade de bloqueio de contas públicas nas questões vinculadas aos temas 234, 262 e 289²⁸⁸.

Como o direito moderno não suporta explicações advindas fora do sistema do direito, a consequência é que o sentido deverá ser construído pelo próprio sistema e o próprio sistema do direito, para dizer o que significa direito à saúde e eventual extensão no tocante à aquisição de um determinado fármaco terá que se observar e auto-observar, procurar verificar como, em casos semelhantes, decidiu casos semelhantes e que sentido deu, naquele momento, ao direito à saúde. A decisão judicial, a comunicação será baseada no próprio sistema²⁸⁹, as estruturas serão criadas ou modificadas dentro do próprio sistema do direito (fechamento operativo) para que seja possível decidir e abrir-se cognitivamente para outros sistemas sociais.

Para se poder compreender as relações das novas estruturas normativas, a maneira como ocorrem as decisões pelo sistema do direito é necessário compreender outros conceitos da teoria sistêmica, tais como fechamento operacional, abertura cognitiva e evolução para que se possa com tranquilidade avançar neste trabalho.

2.2.2.1 Necessidade de Observação e Auto-observação das Decisões Judiciais para se Compreender os Limites Construídos em Relação ao Sentido de Direito à Saúde

Nas seguintes obras escritas por Luhmann: *Sistemas Sociais, Organização e Decisão, O Direito da Sociedade, A Política como Sistema e Sociedade da Sociedade*²⁹⁰, sempre há um capítulo dispondo a respeito da explicação do que seria para teoria sistêmica o fechamento

²⁸⁸**Tema 234:** RE-602324: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, caput, XXXVI, LV, § 2º; 37, caput; 195, § 10º; 197; e 199, § 1º, da Constituição Federal, o direito, ou não, ao reajuste das tabelas dos serviços hospitalares e ambulatoriais prestados ao Sistema Único de Saúde – SUS, em virtude das diferenças decorrentes da conversão monetária operada quando da implantação do Plano Real. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

Tema 262: RE-605533: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz artigos 2º; 127; 129, II e III; 196; e 197, da Constituição Federal, a legitimidade, ou não, do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que visa compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia. (**Direito Processual e do Trabalho**).

Tema 289: RE-607582: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos." (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

²⁸⁹TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.1.

²⁹⁰Tradução livre do espanhol para o português dos títulos das obras de Luhmann, todas indicadas na referência bibliográfica.

operacional e abertura cognitiva de um sistema, vez que a compreensão do que sejam estes conceitos são essências para se compreender a teoria formulada por Luhmann.

O conceito de sociedade para Luhmann exclui o ser humano e inclui a noção de comunicações²⁹¹, fazendo com que se considere o homem, enquanto sistema psíquico²⁹², parte do entorno e sempre mais complexo.

Esta delimitação no conceito de sociedade permite, num primeiro momento, abandonar clássicas visões adotadas pela sociologia até então de que a sociedade seria composta por seres humanos e, portanto, estudar a ação humana, estudar as classes sociais; estudar o fato social era dever do sociólogo, eis que estes conceitos eram parte da então sociologia²⁹³.

Sendo a sociedade uma grande teia de comunicações, o conceito de fechamento operacional ou clausura operativa é necessário para que se possa fazer distinções, para que se possa visualizar a unidade do todo, o sistema do ambiente. Para Luhmann, é necessário, para se entender como um sistema funciona, compreender que este sempre se comportará de maneira fechada no tocante as suas operações, ou seja, o sistema jurídico é um sistema jurídico porque o sistema diz que ele é um sistema jurídico. Esta tautologia, este círculo, tem origem no pensamento de Maturana e Varela²⁹⁴, quando expõe que há necessidade de se

²⁹¹LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998.

²⁹²Fica clara esta distinção quando Luhmann aborda o acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema psíquico: “Ningún sistema puede disponer a placer de su acoplamiento estructural. Los acoplamientos estructurales no son visibles para el sistema porque son operaciones que el sistema no gobierna. [...]”

La condición obligada para que em política se llegar a la selección persona es que se distinga entre cargo y persona. El hecho de que esta separación – que hacemos con el pensamiento – sea tan manifiesta hace difícil que uno se imagine cómo es que se podrían observar a los dirigentes políticos si estas condiciones no estuvieran dadas. Al estar relacionados con los cargos, los políticos tienen que tomar decisiones. El misterio de qué sean las “decisiones” y cómo es que se lleven a efectos, se resuelve en la atribución que se hace a la persona – que en su interior es intransparente -. Dicho con más precisión, en la atribución que se hace a la persona, la decisión se transforma en un misterio más translúcido, más manejable para la prensa, más adecuado para la televisión.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. México: Universidad Iberoamericana, 2009).

²⁹³Veja-se neste sentido o pensamento de Durkheim (DURKHEIM, Émile. **Las reglas del método sociológico**. Buenos Aires: Puento de Encuentro, 2009; e **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999); de Marx (MARX, Karl. **Do capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção os Pensadores)); de Weber (WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 2009. 2 v.); e o pensamento de Parsons (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974).

²⁹⁴Conceito trabalhado por Maturana e Varela e adotado por Luhmann cujo pressuposto diz respeito com a organização do ser vivo (no âmbito biológico) e do sistema (no âmbito social). O que delimita um ser vivo, o que faz com que se catalogue um ser vivo (ou um sistema) é o fato dele realizar autopoiese para se manter vivo. A manutenção da organização, por meio da diferenciação sistema/entorno e consequente fechamento operacional, são importantíssimos para que um ser vivo (ou sistema) possa se distinguir e ser distinguido. (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da

classificar o ser vivo por meio de sua organização. Uma célula ou um ser vivo é diferente do seu entorno porque este possui uma unidade em relação à sua organização e porque esta organização constantemente está organizando-se para diferenciar-se do meio. No caso do sistema do direito ou sistema jurídico, o fechamento dá-se por meio do próprio sistema, ou seja, as operações, as estruturas são realizadas pelo sistema do direito, sem qualquer tipo de interferência externa ou sem qualquer outro tipo de contato exterior.

Para que seja possível entender o significado de tratamento desumando ou degradante (Tema 365)²⁹⁵ ou se o Poder Judiciário pode compelir o Poder Executivo a realizar determinadas políticas públicas urgentes e interferir na peça orçamentária (Tema 698)²⁹⁶ será necessário analisar os fundamentos da decisão judicial, observar de que maneira as comunicações foram formadas no interior das decisões e observar se o código legal/ilegal foi utilizado para fundamentar a decisão judicial. É por isso que o direito moderno torna-se um direito refém da decisão judicial, pois é na decisão judicial que se poderá observar se o sistema do direito está realizando comunicações com o código legal/ilegal, portanto, comunicações com sentido jurídico, portanto, mantendo sua autopoiese²⁹⁷. O que se observa no caso de decisões judiciais relativas aos temas em saúde nos casos de repercussão geral são as operações que ocorrem no sistema para que seja possível manter a autopoiese.

compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011; igualmente, também em: MATURANA, Humberto; VARELA. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 116-121; MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001. p. 53-66 e LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Barcelona: Anthropolos, 1998).

²⁹⁵**Tema 365**: RE-580252: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que submetido em estabelecimento prisional com excessiva população carcerária, levando em consideração os limites orçamentários estaduais (teoria da reserva do possível). (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público.**) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 julh. 2015).

²⁹⁶**Tema 698**: RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público.**) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 julh. 2015).

²⁹⁷“Los sistemas autorreferenciales son sistemas cerrados en el sentido de que producen sus propios elementos y, por lo tanto, también sus propios cambios estructurales.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**. Barcelona: Anthropolos, 1998. p. 318).

2.2.2.2 Positivização dos Direitos Sociais e o Problema da Operacionalização do Direito à Saúde

Modernamente, o que se questiona não é mais a respeito da positivização dos direitos sociais (direitos de segunda e terceira gerações), de direitos humanos e direitos ligados à dignidade da pessoa humana, questiona-se como esses direitos serão implantados, cumpridos²⁹⁸. Esse parece ser o desafio da modernidade: operacionalizar os direitos.

O constitucionalismo moderno²⁹⁹ em países de política simbólica³⁰⁰ como o Brasil, importa num determinado exagero ou numa aposta de que mudanças sociais, mudanças comportamentais serão possíveis mediante alteração legislativa. A fé de que a mudança na lei trará consequências no comportamento de uma determinada sociedade é um dos motes da inclusão de diversos direitos catalogados como de segunda e de terceira gerações nas constituições. Não foi por outro motivo que no Brasil, por meio da Constituição promulgada em 1988, a saúde foi considerada um direito social, portanto, passível de cobrança por meio de políticas públicas e passível de cobrança no seio do Poder Judiciário, quando violado o direito à saúde.

Contudo, a operacionalização dos direitos remete a questões de como poder-se-á fornecer saúde à população? Não obstante, primeira indagação que se faz é o que seria direito à saúde?

Segundo paradigma da teoria sistêmica, direito à saúde, para o sistema do direito, é o que o sistema do direito disser o que é direito à saúde³⁰¹, ou seja, as estruturas para que o sistema do direito consiga operacionalizar o que seria direito à saúde serão criadas pelo próprio sistema do direito, sem interferência externa. Ocorre que o fechamento operativo do

²⁹⁸“[...] que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 25).

²⁹⁹Elaboração de textos constitucionais por meio de assembleias constituintes como processo histórico-civilizacional. (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998).

³⁰⁰LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 549.

³⁰¹Referências tautológicas são uma marca da teoria dos sistemas, vez que é o próprio sistema que se auto-organiza por meio de estruturas, sendo inerte ao meio. O meio, ou entorno, funcionada como ambiente, o lado de fora, o ruído, o que permite ao sistema visualizar a diferença. Igual tautologia existe quando Luhmann preocupa-se em definir o que seja organização: “[...] una organización es un sistema que se produce a sí mismo como organización.” (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Herder, 2010. p. 68).

sistema não permite que se possa definir ou conceituar o que seja direito à saúde por meio de operações externas, códigos externos ou com interferência do entorno.

O próprio direito, enquanto sistema social, irá produzir as estruturas necessárias para operacionalizar o que é direito à saúde. Como o sistema do direito é composto por comunicações “jurídicas” que utilizam o código legal/ilegal, emprestando sentido que possa definir a diferença do sistema do direito e do sistema da política, por exemplo, é de extrema importância conseguir fixar marcos teóricos e práticos em relação ao que seja direito à saúde, para que seja possível visualizar como ocorre a efetivação deste direito.

O direito dirá o que é o direito à saúde por meio de decisões judiciais cujo conteúdo digam respeito ao cumprimento da Constituição³⁰² ou da lei. Neste ponto, convém detalhar o que significa cumprir a Constituição no que diz respeito ao direito à saúde e o que significa cumprir a lei em relação ao mesmo direito à saúde.

Cumprir a Constituição, em seu art. 6º e 196, precipuamente, é trabalhar com um conceito aberto ou indeterminado³⁰³ é entender que um direito, mesmo que plasmado na Constituição não se resolve com a mera declaração, como os direitos de primeira geração. Se exige-se além de uma declaração, além de saber a respeito da validade ou não do direito, com certeza os limites entre o sistema do direito e o sistema da política estão sendo tensionados. Cumprir a Constituição é um ato jurídico ou um ato político? Fornecer saúde é efetivar um direito ou uma política pública?

A resposta seria ambos, pois depende do ponto de vista de que sistema esta resposta é dada, vez que a Constituição é a dobradiça, é o meio que o sistema do direito e da política acomplam-se³⁰⁴. A Constituição enquanto formadora o Estado de Direito é meio que permite

³⁰²Coma ressalva de Bercovicci em relação às esperanças que se depositou nas Constituições modernas dos países emergentes no tocante à instrumentalidade da mesma: “Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais”. (BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.119).

³⁰³Neste trabalho haverá discussão específica a este respeito.

³⁰⁴“El resultado de todo ello es que, en última instancia, el “Estado” aparece como el portador del acomplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico – por supuesto, con la condición especial de que el Estado adquiera una Constitución que permita que el derecho positivo se convierta en un medio de conformación política, así como que el derecho constitucional devenga un instrumento jurídico para la implantación de una disciplina política. Esta forma del acomplamiento a través del Estado constitucional hace posible en ambos lados, (en el sistema político y en el sistema jurídico), la realización de grados de libertad

que decisões jurídicas tornem-se jurídicas com base na autorreferência à própria Constituição e permite que decisões políticas tornem-se políticas com base na mesma autorreferencialidade.

Os temas ligados à saúde, enquanto direito à saúde, tratados por meio do instituto da repercussão geral previstos na Constituição, têm o condão de gerar expectativas normativas em relação ao cumprimento do texto constitucional. É o Supremo Tribunal Federal, enquanto uma organização do sistema do direito, simplificando a complexidade exterior ao decidir a respeito da utilização da licença gestante para mulheres grávidas nomeadas em cargo de comissão³⁰⁵. A decisão tomada por meio deste instituto servirá como fator de generalização para que seja utilizado como parâmetros a outras decisões semelhantes, ou seja, o direito à saúde em relação à gestante, de incerto, passará a ser um direito agora certo, contingenciado pela anterior decisão de um órgão do sistema do direito. O direito fará remissão ao próprio direito já anteriormente decidido.

Já a operacionalização da lei, no tocante ao direito à saúde, merece uma resposta mais simples: bastará cumprir a lei. A Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), nos moldes do Tema 381³⁰⁶, aguarda por decisão do Supremo Tribunal Federal que dirá de que maneira aplicar a lei, como aplicá-la, tornando fixa a interpretação da lei. Esse é um ponto interessante a respeito do direito positivo moderno.

Hobbes já anunciava a necessidade de o Direito ter como pressuposto apenas o direito quando falava a respeito da necessidade de o soberano e os súditos cumprirem o pacto contratual para evitar a violência de todos contra todos (Estado de Natureza). Já naquela época, havia plena noção, com o esfacelamento do feudalismo enquanto modelo político e econômico da outrora sociedade medieval, de que o direito já não comportava de maneira tão dócil uma explicação fora do direito. As justificativas para o poder e para o direito

superiores, así como una notable aceleración de la dinámica propia de cada uno de esos sistemas.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 539-540).

³⁰⁵**Tema 542:** RE-842844: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do artigo 2º; do inciso XXX do art. 7º; do caput e dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, bem como da letra “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o direito, ou não, de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

³⁰⁶**Tema 381:** RE-630852: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, a aplicabilidade, ou não, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência, relativamente à cláusula que autoriza a majoração do valor da mensalidade em função da idade do beneficiário contratante. (**Direito do Consumidor**).

começavam na obra de Hobbes a ser expostas como justificativas necessárias dentro do sistema da política e dentro do sistema do direito. O Poder não advinha mais da vontade divina e o Direito já não era um direito divino, era um direito posto pelo soberano³⁰⁷.

O que garante que o direito à saúde seja considerado um direito é o fato de o sistema jurídico, ao decidir casos envolvendo a concretização de expectativas normativas relacionadas com a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), estabeleça comunicações com o código legal/ilegal a respeito da referida lei. Apenas a vinculação das decisões à decisões anteriores será capaz de garantir a autorreferencialidade e auto-observação do sistema do direito que irá tornar-se cíclico, tautológico, porém jurídico. A organização será mantida por meio de decisões judiciais com base em decisões judiciais anteriores o que permite operacionalizar os direitos, mantendo a integridade do sistema ao praticar autopoiese.

2.2.3 Evolução do Sistema Político em Relação aos Direitos Constitucionalizados: limites operativos e política simbólica(?)

Dado que a Constituição é onde ocorre o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política³⁰⁸, não se torna incorreto dizer que o direito à saúde, previsto no

³⁰⁷“Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou numa assembléa, como numa democracia, ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos de leis, portanto o Estado é o único legislador. [...]”

[...] O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta”. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 208; 210). Na mesma linha argumentativa: “Jur. [jurista] Como o senhor definiria uma lei? Fil. [filósofo] Do seguinte modo: uma lei é a ordem daquele ou daqueles que têm o poder soberano, dada àqueles que são seus súditos, declarando publicamente e de modo claro o que todos podem fazer e o que devem se abster de fazer”. (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2004. p. 60)

³⁰⁸“Por otra parte, el Estado no está investido para llenar esta función de acoplamiento estructural bajo cualquier forma. Se necesita una solución altamente artificial que permita observar el derecho desde el punto de vista de la política, y la política desde el punto de vista del derecho. Este arreglo artificial lo conocemos nosotros con el nombre de “Constitución”. Se con este concepto se ha de designar lo que desde la segunda mitad del siglo XVIII surgió como algo innovador, entonces lo novedoso está en que llena la exigencia del acoplamiento estructural. La prestación que logra es que por una parte aumenta los grados de libertad tanto del sistema político como del sistema jurídico, de tal suerte que en ambos es posible la autopoiesis y la autoorganización y, por otra, que canaliza la irritación, mutua de estos sistemas [...]. De esta manera, después de un tiempo considerable los sistemas político y jurídico se encontrarán en una situación en la que recordarán haber tenido una historia que únicamente puede explicarse por los acoplamientos estructurales.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 390-391).

artigo 196, da Constituição³⁰⁹, exemplificativamente, é um direito, se observado pelo sistema da política ou uma política pública, se observado pelo sistema do direito ou se auto-observado por cada sistema.

Para o sistema da política, portanto, cumprir o artigo 196 da Constituição não é cumprir um direito é implementar uma política pública³¹⁰, uma decisão coletivamente vinculante. Não obstante, para que seja possível, pelo sistema da política, implementar uma decisão coletivamente vinculante, no que diz respeito à saúde, é necessário desencadear outra série de decisões, outra série de ações, outra série de irritações noutros sistemas para que seja possível cumprir as determinações constitucionais como determinações vinculadas aos sistema da política.

Para que isto seja possível, o sistema da política deve estar acoplado a outros sistemas sociais, tais como o sistema da economia e o sistema da saúde. O acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema da economia dá-se por meio de tributos. É por meio de orçamento público, gasto público com saúde, previsto aliás na Constituição, que se dá o acoplamento estrutural entre os sistemas, pois para se trabalhar ações vinculadas à área da saúde, necessário que se tenha disponibilidade de gasto público, de despesa orçamentária, coberta por tributos.

O sistema da saúde ativa-se por meio do código doença/não doença, sendo o código negativo mais importante, pois o sistema da saúde preocupa-se em erradicar a doença, eliminá-la ou contê-la a níveis tidos como suportáveis pela Organização Mundial da Saúde e estas ações ocorrem por meio de diversas ações concatenadas como, no Brasil, a vacinação de crianças para mais variadas doenças, o fornecimento de medicamentos à população de modo gratuito entre outras ações realizadas por meio de organizações³¹¹, tais como hospitais, postos de saúde, ONG entre outras.

³⁰⁹Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL. **Constituições**. Brasília: Senado Federal, 1986).

³¹⁰Embora não vinculado à teoria sistêmica, Ovídio A. Baptista da Silva criticou o uso da expressão política pública em oposição à política privada. Ovídio já indicava que uma das funções do direito seria servir à política o que, sob a ótica sistêmica, traduz-se como corrupção de códigos. Eis as palavras do saudoso professor Ovídio: “O Brasil importou a expressão “políticas públicas”, negando nossa tradição clássica, perante a qual não existem “políticas privadas”. Toda a política haverá de ser, necessariamente, pública. Mas não deixa de ser sintomática essa “importação”, para confirmar a privatização do Estado”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 10).

³¹¹No sentido dado por Luhmann (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68).

Para que seja possível diminuir a complexidade do entorno e para que seja possível que o sistema da política se diferencie do sistema do direito, a fórmula da contingência é essencial para que se possa atribuir sentido ao ato decisório e desta decisão saber quando é uma decisão política, portanto, sistema da política e quando é uma decisão jurídica, portanto, sistema do direito. Esta equação, segundo Luhmann, é repondida de duas maneiras: procedimentos decisórios da administração³¹² e fórmula da contingência³¹³.

Quando, portanto, a decisão de se cumprir o art. 196, da Constituição, na direção de se ampliar o tratamento para soropositivos, seja mediante aumento orçamentário, seja mediante a construção de hospitais ou postos de referência, quando se decide ampliar as políticas públicas de vacinação ou quando se decide ampliar os gastos com saneamento, sabe-se que é uma decisão política porque há marcações específicas que permite que se construa o sentido dentro do sistema da política: organizações políticas tais como ministérios ou secretarias, comunicando-se de maneira que o sentido de uma determinada ação seja a busca do bem comum. Ocorre que a busca pelo bem comum que era algo totalmente possível ao fim da Idade Média e início da Idade Moderna, torna-se uma fórmula que ao reflexionar-se no âmbito do sistema da política direciona para a noção de que seria possível uma distinção entre interesse público e interesse particular.

Ao perseguir a fórmula do bem comum, torna cada vez mais clara a distinção Estado/sociedade e com esta distinção torna-se cada vez mais opaca as supostas diferenças entre o interesse público e o interesse particular, não se podendo fazer uma distinção compatível com a complexidade atual entre o que é público e o que é privado ao se tentar diminuir a complexidade do entorno por meio do sistema político, utilizando-se a fórmula de contingência “bem comum”. Isto porque cria-se o paradoxo de se misturar, ao falar em bem

³¹²LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da Unb, 1980. p. 169-171. (“Assim, por exemplo, a distribuição das tarefas governativas é programada condicionalmente: sempre que existam fatos descritos de forma aproximativa, sejam apresentadas propostas ou comprovadas decisões prévias, tem de ser conferida uma possibilidade correspondente de decisão. [...].

Com isso se condensa a suposição de que num sistema política que diferencia e especifica os seus sistemas parciais de acordo com as funções, não se devem pedir à sua administração simultaneamente funções legitimadoras funções que consistem em alcançar o consenso e dominar a desilusão, porque isso sobrecarregaria os seus processos de decisão com funções secundárias e dificultaria a sua racionalização. Finalmente esta opinião deve ser corroborada mediante exame daquelas disposições jurídico-administrativas às quais se pode, quanto antes, atribuir uma função legitimadora, designadamente do debate oral das leis, do direito de audiência e da lei de fundamentação de decisões administrativas.”

³¹³“La fórmula de contingencia del sistema político se puede describir como bien común en el sentido de la antigua tradición de bonum commune.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 181).

comum, o interesse privado na compra de medicamentos para erradicação do sarampo, varíola ou outras doenças e o interesse público na erradicação destas doenças, ou seja, a mesma fórmula é capaz de extravazar o sentido de se auxiliar o interesse privado de uma determinada empresa e o interesse público de um determinado governo em erradicar a doença³¹⁴.

Para fugir deste paradoxo, o constitucionalismo moderno trouxe a noção de valor, a Constituição como um valor e portanto esta noção de valor entre no sistema do direito e no sistema da política, reflexiona ambos os sistemas, diminui a complexidade do entorno e permite que a política possa utilizar o conceito de legitimidade como fórmula de contingência e assim legitimar suas decisões por meio de um novo código: governo/oposição.

A legitimidade é construída com base na referência aos valores constitucionais positivados³¹⁵ e por meio de uma decisão administrativo-política do governo, que se legitima pelo procedimento³¹⁶. Assim, no Brasil, a edição de uma lei, de uma medida provisória, de uma decisão do Ministro da Saúde no sentido de iniciar ações visando erradicação de uma determinada doença, por exemplo, serão decisões políticas porque foram construídas dentro do sistema da política, com o código governo/oposição e por meio da fórmula de contingência³¹⁷ denominada legitimidade que tem por escopo o cumprimento de valores contidos na Constituição.

Todavia, o que torna interessante a observação do sistema político, seja por meio de auto-observação pelo próprio sistema ou por meio de observação feita a partir do sistema do direito é que muitos dos valores contidos na Constituição não são operacionalizados pelo sistema da política. Forma-se o silêncio a respeito das regras constitucionais, a que Neves denomina de constitucionalização simbólica³¹⁸.

³¹⁴“En la medida en que el bien común se vuelve reflexivo, explota la fórmula: el sentido aceptado en la Edad Media de bien común se convierte en problema desde el momento en que todo beneficio particular haya que sacrificarlo en aras del bien común.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 182).

³¹⁵“La fundamentación de la legitimidad en referencia a los valores corresponde exactamente a la toma – abierta y democrática – de decisiones políticas y, en este sentido, veremos todavía que la legitimidad es un concepto correlativo a la democracia.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 182).

³¹⁶“La legitimidad se produce en referencia a los valores.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 183).

³¹⁷“La legitimidad (como fórmula de contingencia) concuerda en su estructura con la autopoiesis del sistema político y con su contingencia estructural. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 183).

³¹⁸NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 123-125.

A evolução do sistema da política em países periféricos como o Brasil dá-se por meio de um código, ou metacódigo, do silêncio. Embora positivado como direito à saúde e portanto, se auto-observado pelo sistema do direito é um direito, o sistema da política ao auto-observar-se entende o mesmo direito como um valor e, portanto, como fator de legitimidade para fórmula de contingência. Todavia, esta evolução ocorre por meio do silêncio, ou seja, os valores contidos na Constituição não são cumpridos ou não são cumpridos na sua totalidade e não interessa o partido que seja governo e o partido que seja oposição, sempre haverá um silêncio que agirá como um metacódigo capaz de manter viva a Constituição enquanto texto, porém, não operacionalizada enquanto valor auto-observado pelo sistema da política³¹⁹.

Por meio das regras de silêncio opera-se o metacódigo capaz de mediatizar todos os demais: inclusão/exclusão³²⁰. É por força deste código que Luhmann vai afirmar que em países periféricos (em desenvolvimento) que a Constituição serve como um instrumento para a política simbólica³²¹, porque ainda não se conseguiu fechar operativamente o sistema jurídico tornando-o imune às influências do sistema da política e outras forças sociais. O que se percebe é que a política utiliza-se de códigos que extrapolam o código governo/oposição ao

³¹⁹Neves chama isto de constitucionalização simbólica, o fato de existir na Constituição do Brasil, existir enquanto direito, existir enquanto valor, todavia ser incapaz de operacionalizar seja no âmbito do sistema do direito seja no âmbito do sistema da política, ou a operacionalização é feita de maneira tênue, de maneira alopoiética, de forma que o sistema da política interfere no sistema do direito e o sistema do direito interfere no sistema da política, cada um emprestando seus códigos e limitando-se mutuamente de maneira alopoiética. (“Paradoxalmente, portanto, embora a constitucionalização simbólica, presente basicamente nos Estados periféricos (ver infra Cap. III, 6.), tenha a função ideológica de promover a confiança no Estado ou no governo (em sentido amplo), servindo-lhes como fórmula de representação retórica e álibi, ela pode converter-se, nos casos extremos de discrepância entre texto e realidade constitucionais, em um fator de promoção de desconfiança na própria figura do Estado.”). (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 123-124).

³²⁰Luhmann já alerta, no último capítulo de sua obra *O Direito da Sociedade*, a respeito da existência de um código capaz de ser uma barreira aos códigos dos sistemas: inclusão/exclusão. A complexidade atingida pela sociedade fez com que a exclusão do sistema psíquico (homem) de um sistema seja capaz de excluir-lhe de diversos outros sistemas. Por exemplo, no Brasil, a exclusão do sistema da política, por exemplo, por falta de registro de nascimento, tem o condão de afastar do sistema da educação, na medida que não poderia frequentar escolas públicas e tem o condão de afastar do próprio sistema do direito, na medida que não há um nome formal para se iniciar uma ação processual no âmbito de uma organização do sistema do direito, como o Poder Judiciário. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 660-661).

³²¹“Es, asimismo, concebible que en muchos países en vías de desarrollo se observe que las Constituciones sirven, de manera casi exclusiva, como un instrumento de la política simbólica porque aún no se ha logrado clausurar operativamente el sistema jurídico y hacerlo impermeable a la influencia de la política y otras fuerzas sociales. [...] El uso exclusivamente simbólico de las Constituciones sirve a la política para proceder como si el derecho la limitara e irritara y para abandonar las verdaderas relaciones de poder a la comunicación de los entendidos. Sin embargo, en un sentido pleno, la ‘Constitución’, como logro evolutivo, cumple su función únicamente bajo el supuesto de la diferenciación funcional y la clausura operativa de los sistemas político y jurídico. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 549).

se render às forças sociais das elites econômicas e políticas ou ao suportar a interferência do código do direito (direito/não direito, legal/ilegal ou lícito/ilícito) quando da tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Se existe, no Brasil, uma Constituição simbólica é porque existe uma política simbólica e provavelmente existirá um Direito simbólico com a conseqüente aposta no Poder Judiciário para efetivar os direitos positivados na Constituição de 1988.

2.2.4 Efetivação da Constituição no Tocante ao Direito à Saúde por Meio do Poder Judiciário: autopoiese e alopoiese no direito

A ideia de efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário implica em aceitar uma certa dose de corrupção dos códigos entre o sistema do direito e o sistema da política, uma vez que a simbolização tanto do sistema da política como do sistema do direito dá-se por meio da Constituição. A Constituição, como um alcance da modernidade, ao mesmo tempo que permite abertura entre os sistemas, permite, igualmente, que os sistemas do direito e da política novamente possam fechar-se operativamente.

Outros juristas, tais como Canotilho³²², visualizaram esta aposta no Poder Judiciário no tocante à efetivação da Constituição como se fosse possível que as disposições contidas na Constituição, por meio de normas programáticas, fossem vincular o legislador quando da elaboração das leis e fossem vincular os políticos quando da elaboração de políticas públicas.

Na mesma linha argumentativa, Streck³²³ igualmente defende a possibilidade de se colmatar a “vontade do legislador” e a “vontade do administrador” aos preceitos constitucionais, uma vez que a norma constitucional não deve ser encarada com uma mera projeção para o futuro, uma mera expectativa de comportamento, deve ser cumprida no presente e deve direcionar as decisões futuras.

Ambos juristas observam a Constituição como um conjunto de regras positivadas, portanto, direito e por força da positivação do direito, mesmo que na Constituição, deve ser

³²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

³²³STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Bem como, do mesmo autor, **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

cumprido, ou melhor, deve o sistema do direito encarregar-se de cumprir as expectativas normativas. Não obstante este ponto de inflexão, a aposta no cumprimento da Constituição é feita por meio do Poder Judiciário enquanto possibilidade de efetivação de valores³²⁴, enquanto aplicador de políticas públicas, enquanto garantidor da cidadania.

Este aspecto seria permitir a total violação de códigos, uma violação seguramente maior que a própria Constituição possibilita ao responder de maneira paradoxal o acomplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito. A idéia defendida por Streck e Canotilho comprometeria a autopoiese dos sistemas do direito e a da política ao incentivar que o juiz possa decidir com base em outros códigos que não o do sistema do direito (direito/não-direito)³²⁵.

Aliás, esta confusão de códigos somente é possível porque tanto Streck como Canotilho visualizam as operações do sistema do direito por meio de outros paradigmas, aceitando que o direito possui uma finalidade, no caso uma finalidade de auxiliar a política (ou sistema da política), ou implementar a política no tocante à tomada de decisões coletivamente vinculantes sem, contudo, submeter-se ao código governo/oposição, como se fosse possível retirar a complexidade do entorno, por meio do sistema do direito, trabalhando-se com o código direito/não-direito e com a fórmula de contingência do sistema da política: bem comum e legitimidade.

³²⁴“Desse modo, o problema eficaz do texto constitucional passa, fundamentalmente, pelo tipo de justiça constitucional praticado em cada país e pelo redimensionamento do papel dos operadores do Direito. Para tanto, deve ficar claro que a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-Abstencionista. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social. A Constituição brasileira, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais. Além da carga elevada de valores e do caráter compromissário do texto da Constituição brasileira, este traz em seu bojo os mecanismos para implantação das políticas do Welfare State, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 32).

³²⁵“Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 32).

Convém salientar que para Maturana e Varela³²⁶, os seres vivos, enquanto máquinas autopoéticas, não possuem finalidade, não agem para um determinado fim que não seja manter a autopoiese³²⁷, igual raciocínio pode ser aplicado à teoria sistêmica. Qualquer visualização de uma história, das variações, da finalidade trata-se, na verdade, da observação feita pelo observador, o observador é capaz de registrar as variações estruturais que as máquinas autopoéticas realizam para manter se manterem estáveis, portanto, para manter a autopoiese. Assim, a visão externada por Streck e Canotilho, na verdade, são observações feitas a partir de outro sistema que não o sistema do direito e, provavelmente, também não são observações realizadas através do sistema da política.

O paradoxo é que este tipo de simbolização da constituição tem o condão de ser o fechamento operativo do sistema do direito e do sistema da política que realizar-se-á por intermédio da mesma Constituição. Em países em desenvolvimento³²⁸, ou de menor complexidade³²⁹, em que é possível e até mesmo tolerado pelo sistema do direito que a referência seja feita de maneira alopoiética³³⁰, ou seja, remetendo-se a valores para justificar a aplicação do direito e remetendo-se ao direito para justificar o cumprimento de valores previstos na Constituição, restando ainda uma aposta nos juízes como fiéis executores da Constituição, o que acaba por prejudicar a noção que deveria existir entre cargo/pessoa, essencial no tocante ao acoplamento estrutural entre organizações e os sistemas sociais.

³²⁶MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

³²⁷“A eliminação da noção de teleonomia como aspecto definitório dos sistemas vivos muda por completo o caráter do problema e nos obriga a considerar a organização da unidade como questão central para compreender a organização dos seres vivos. [...]”

A noção de desenvolvimento, como também a de finalidade, surge no contexto da observação, de maneira que pertence a um domínio que não é o da organização autopoética do sistema vivo. Analogamente, o comportamento que um observador pode presenciar numa máquina autopoética, é o reflexo da sucessão de trocas que ela experimenta enquanto mantém constante as variáveis afetadas por perturbações e enquanto estabelece os valores em cuja vizinhança se mantêm em todo momento essas variáveis. Como essa máquina autopoética não possui entrada e nem saída, toda correlação que o observador pretende revelar entre fatos externos que a perturbam periodicamente e a transição de um estado a outro resultante dessas perturbações pertence à história da máquina no contexto da observação, e não ao funcionamento de sua organização autopoética.” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 79-80).

³²⁸Convém lembrar que para teoria sistêmica a sociedade é única, uma grande sociedade mundial, porém quando se faz alusão a países deve-se lembrar que está-se adotando a epistemologia clássica em relação ao Direito Constitucional. Para teoria sistêmica, países representam os sub-sistema da política na forma de organização político-estatal.

³²⁹Novamente, a referência a Luhmann: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 549.

³³⁰Novamente, o que Marcelo Neves trabalha como constitucionalização simbólica (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013).

2.2.5 Os Juízes como Porta-voz do Direito Constitucionalizado e a Operacionalização Aloiética do Sistema

No Brasil, país catalogado como em desenvolvimento, cujo o idealismo das Constituições possui conotação significativa³³¹, a constitucionalização de direitos para o sistema do direito e a constitucionalização de valores para o sistema da política teve o condão de forçar o cumprimento das expectativas criadas no tocante às promessas da modernidade. A promulgação da Constituição de 1988, trouxe, no âmbito do sistema do direito a necessidade de cumprimento das expectativas jurídicas nela inserida e no âmbito do sistema da política o cumprimento dos valores inseridos na mesma Constituição. Ao sistema do direito compete operacionalizar a Constituição por meio da fórmula de contingência – justiça – e ao sistema da política compete operacionalizar a Constituição por meio de sua fórmula de contingência – bem comum ou modernamente legitimidade. A mesma Constituição servirá de abertura e de fechamento dos sistemas do direito e da política, sendo importante observar o teor da decisão judicial proferida pelos juízes e o sentido construído por meio da linguagem, lembrando que o sentido é a barreira que separa os sistemas sociais.

Convém lembrar que legitimidade é uma palavra que tem um significado específico no campo do sistema da política: valor. Este é um ponto que merece ser melhor explicitado no tocante à aposta feita nas decisões judiciais tomadas pelos juízes de direito ou eventualmente por juízes federais no cumprimento do direito à saúde previsto no artigo 6º³³² e 196³³³, da Constituição.

³³¹É o descompasso histórico entre o texto constitucional e a realidade do país. Exemplo marcante, para Oliveira Viana, é a outorga da Constituição de 1891, adotando princípios republicanos completamente estranhos à tradição monárquica até então. Igualmente, Oliveira Viana critica as Constituições de 1934 e 1937 por terem sido elaboradas sem que se verificassem as reais condições do Brasil, tendo como consequência a inserção de diversos direitos impossíveis de ser cumpridos por meio do Estado brasileiro (sistema da política). (VIANA, Oliveira. **O idealismo da constituição**. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927. p. 25 e, do mesmo autor: **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 49).

³³²“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³³³“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Embora vinculado ideologicamente a outro campo do saber, convém mostrar, sob a ótica da teoria dos sistemas, que aquilo que é dito Streck³³⁴ como desvio, erro ou “ativismo judicial”, para teoria sistêmica trata-se de operacionalização alopoiética do direito legitimada pela Constituição que produz a abertura cognitiva necessária para inclusão de valores no sistema do direito e ao mesmo tempo permite o fechamento operacional do sistema, para que a autopoiese mantenha-se hígida. Tome-se como exemplo os temas 312³³⁵ e 698³³⁶ relativos ao instituto da repercussão geral.

No primeiro tema, tem-se o caso de permitir, ou não, sob o ponto de vista do sistema do direito, que juízes possam excluir, quando do cálculo do benefício assistencial previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)³³⁷, da fórmula do cálculo algum outro benefício já concedido pela previdência social ou assistência social no âmbito da renda familiar, ou seja, se o juiz, com base em valores contidos na norma constitucional (artigo 203, V)³³⁸ poderá decidir a respeito da aplicação da própria norma constitucional no caso de concessão de um benefício assistencial. No segundo tema indicado, discute-se a possibilidade de o Poder Judiciário, por meio de decisões dos juízes, proferir decisões com base no direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196, da Constituição para determinar a implementação de políticas públicas urgentes sem qua haja, inclusive, necessidade de prévia inclusão orçamentária.

O que está discutindo-se, neste momento, é justamente os limites entre os sistemas do direito e da política e estes limites são traçados pela Constituição e pelas decisões dos juízes

³³⁴STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20-32.

³³⁵**Tema 312:** RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).

³³⁶**Tema 698:** RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

³³⁷Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993.

³³⁸“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

de primeiro grau, pois o sistema do direito, nos casos elencados supra, os juízes fazem referências alopoiéticas com base na Constituição e o sistema do direito funciona de maneira simbólica³³⁹ e não autopoietica. Num primeiro momento, Streck mostra-se desfavorável à referência a valores contidos na Constituição como meio de operacionalizar as decisões judiciais, pois seria uma “abertura”³⁴⁰ do sistema, ou a liberdade que o sistema produziu contra o legalismo extremado dos regimes totalitários³⁴¹, todavia, avançando na leitura da obra, conquanto trabalhe a noção de necessidade de se decidir com base em princípios constitucionais³⁴², deseja que a estes princípios ou valores seja proferida uma única decisão correta com base numa leitura correta (ou adequada) da Constituição³⁴³.

Não se imiscuindo em questões de valores positivo ou negativo, como faz Streck, o que se pode observar é a perplexidade que o instiga quando aborda questão da decisão judicial se lastrear em valores ou princípios, ora visualizando as decisões como negativas (ativismo judicial, discricionário, solipsista etc), ora visualizando-as como positivas desde que a decisão seja num determinado sentido ou significado que se possa extraí-la como correta ou de acordo

³³⁹NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³⁴⁰O aspeamento está no texto original: “A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista.” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21).

³⁴¹Não é objeto do presente trabalho, todavia para melhor compreensão do que seja um Estado Totalitário, remete-se à obra de Hannah Arendt, principalmente, à parte terceira. (ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 355-531).

³⁴²Novamente, faz referência ao uso dos princípios ou faz críticas à maneira como os princípios são utilizados para fundamentar as decisões judiciais: “Por sua vez, no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em “álbis persuasivos”, fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de “constitucionalismo da efetividade”, pelo qual o mesmo “princípio” é utilizado para sustentação de teses antitéticas.” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47).

³⁴³“A tese que venho propondo em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise e Verdade e Consenso*, obras que servem de substrato para as presentes reflexões, é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma (no sentido hermenêutico) do que significa “Constituição mesma sobre a qual venho me debruçando de há muito.

Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artificios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina). (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97).

com a Constituição³⁴⁴. Esta atitude, esta perplexidade ou esta explanação apenas reforça, sob o prisma da teoria sistêmica, o paradoxo que a própria Constituição cria e resolve, ao permitir que eventual referência se faça de maneira alopoiética, se faça referência à valores e princípios e não ao direito positivado.

Luhmann aborda por meio de artigo ainda não publicado em língua portuguesa, embora traduza para uso acadêmico³⁴⁵, que a Constituição é uma aquisição evolutiva, pois permite que o sistema torne-se assimétrico e simétrico, permite que os sistemas do direito e da política possam ser totalmente separados e unificados ao mesmo tempo, pois haverá referência a valores para o sistema do direito e haverá referência à lei (enquanto expectativa normativa) para o sistema da política e, no entanto, ambos os sistemas conseguirão fechar-se operativamente, conquanto abertos cognitivamente, sem, contudo, deixar de praticar autopoiese. Não obstante, mesmo que se pense ser possível – e é, segundo Luhmann – reportar-se a valores ou princípios³⁴⁶, ou seja, no âmbito do sistema do direito haver uma alusão a um elemento externo (alopoiético), a mesma Constituição permite que este valor reingresse no sistema de modo a não prejudicar a evolução do direito e consequente autopoiese.

Por isto, talvez a perplexidade sob a lente dos paradigmas da hermêutica filosófica defendida por Lenio Streck e a ausência de contradição sob a lente da teoria sistêmica. Nessa

³⁴⁴“XL. Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (repostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do direito, cindindo o que é incindível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modelo positivista-metafísico do direito. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 388).

³⁴⁵LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990. p. 176-220. Essa tradução foi cotejada com a tradução italiana publicada em: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione.** Torino: Einaudi, 1996.

³⁴⁶“Mas tudo isso acontece em um texto político. A própria Constituição deve interromper o círculo da auto-referencialidade, deve traduzir a simetria na assimetria. E alcançar esse resultado ao regular a produção do direito, inclusive a revisão da própria Constituição. Com o que ela constitui uma hierarquia de fontes jurídicas (tornadas possíveis no interior do sistema jurídico). Distingue, por exemplo, o direito constitucional (a si própria) do outro direito. Disciplina e delimita as possibilidades de delegação. No mesmo ato (embora com outras disposições) ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece, no mínimo, os pontos de apoio. A Constituição indica, por exemplo, os valores em relação aos quais o direito é funcional. Essa indicação é também traduzida de uma forma assimétrica logicamente infundável. Em primeiro lugar vale o valor, assim pelo menos parece, e depois os instrumentos de sua realização.” (LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990. p. 176-220).

linha, apostar, como fizeram Streck³⁴⁷, Souza Santos³⁴⁸, Dworkin³⁴⁹ entre outros no controle das decisões judiciais (decisão correta a respeito de valores ou princípios contidos na Constituição), leia-se: resolução de problemas políticos por meio do sistema jurídico é uma aposta fadada, sob a ótica sistêmica, a reforçar a alopoiese entre os sistemas da política e do direito.

Ao se permitir que existam decisões, no âmbito do sistema do direito, fazendo referência a valores como da dignidade da pessoa humana, efetivação do direito à saúde para justificar o cumprimento da Constituição está-se permitindo que os juízes possam trabalhar com o código do sistema da política, com a sua fórmula de contingência e todos os problemas advindos da heterorreferencialidade³⁵⁰, tornando tênue a diferença entre uma decisão jurídica ou uma decisão política. Não é por outro motivo que surgem resistências, no âmbito do sistema do direito, em se trabalhar com valores ou princípios, vez que a heterorreferencialidade é uma possibilidade que poderá prejudicar a autopoiese do sistema do direito. Se o acoplamento estrutural fica velado com a Constituição, o mesmo não se pode dizer em relação à operacionalização, vez que o sistema (do direito) não fica imune à heterorreferencialidade, praticando alopoiese e conseqüentemente perdendo a racionalidade.

2.2.6 Organizações do Poder Judiciário: as múltiplas “vozes”³⁵¹

O Poder Judiciário possui diversas organizações³⁵² no seu seio, exemplificando-se com os juízes lotados nos foros, tribunais de justiça dos estados, os tribunais regionais

³⁴⁷STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 e **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁴⁸SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

³⁴⁹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁵⁰“Nesse plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a auto-referencialidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política.” (LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, **Rechtshistorisches Journal**, v. IX, 1990. p. 176-220).

³⁵¹Ideia extraída da obra de Bakhtin, cuja transdisciplinariedade é incentivada pela Teoria Sistêmica. (BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1998).

³⁵²O conceito encontra-se em: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68.

federais, os tribunais do trabalho, dentre outros. Estas organizações são compostas por cargos cuja função é fazer a distinção e o acoplamento estrutural com o sistema psíquico. Assim, as organizações podem decidir sem haver confusão com o sistema psíquico³⁵³. Aliás, as organizações devem decidir para manter sua autopoiese que ocorre de maneira particular e diferente dos sistemas sociais³⁵⁴.

A organização dos juízes, por meio da irritação da organização dos advogados é obrigada a decidir uma causa utilizando-se como pressuposto o direito positivado, a Constituição ou ambos, ou seja, decide por meio de premissas de decisão que fixam premissas de decisão para uma infinidade de outras decisões³⁵⁵. São pressupostos que auxiliam na decisão, reduzindo a complexidade do entorno e que não são postos à prova, não são contestados. O sentido dado nas decisões jurídicas por meio do código direito/não-direito (ou legal/ilegal ou lícito/ilícito) e por meio das organizações é que permitirá fazer a distinção entre sentença e acórdãos, por exemplo, pensando-se nas decisões proferidas pelos juízes de direito ou juízes federais (juízes de primeiro grau) e desembargadores (juízes de segundo grau). Ambas são decisões produzidas por organizações, porém o cargo de uma e de outra são diversos, a qualificação ou a maneira de acesso se dá de maneira totalmente diversa entre juízes e desembargadores. Igual distinção pode ser feita com relação aos desembargadores e ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A importância do sentido é fundamental, pois é por meio do sentido dado a uma decisão judicial que poder-se-á estabelecer a diferença entre uma sentença (decisão do juiz),

³⁵³Relembrando, para Luhmann, os sistemas psíquicos são os seres humanos. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 236-237).

³⁵⁴“Hallaremos la respuesta si recordamos que los sistemas de organización realizan la autopoiesis en forma enteramente diversa a la de la sociedad y a la de los sistemas funcionales. Las organizaciones se forma y se reproducen a sí mismas mediante decisiones que se identifican en el entramado de sus propias decisiones. Nada puede fijarse desde fuera de la decisión y, a pesar de eso, la organización aunque experimente una permanente irritación del entorno sigue un rumbo estructural (structural drift) que en la urdimbre de su propia operación reconoce como delimitación autoelegida.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 395).

³⁵⁵“Naturalmente, esto no puede ocurrir “de cualquier manera”, sino únicamente en una forma muy específica, evolutivamente existosa. Las organizaciones hacen posible su producción de complejidad interna, que todavía requiere determinación, a través de la decisión sobre premisas de decisión para otras decisiones. Con “premisa” se quiere decir que se trata de presupuestos que ya no son puestos a prueba para aplicarlos o, acaso mejor: que si bien la relevancia de las premisas tiene un rol para el siguiente problema, no lo tiene la verdad de ellas. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la relación de las premisas con la decisión no es de tipo lógico ni causal. La decisión no puede ser deducida de sus premisas, ni son las premisas las causas de la decisión, como lo serían si fijando las premisas se pudiese clausurar causalmente al sistema.” (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 262).

um acórdão como decisão de um tribunal de justiça e um acórdão como decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo. É neste momento que a noção de vozes contida nas obras de Bakhtin³⁵⁶ se mostram úteis para complementar a teoria sistêmica.

Para Mikhail Bakhtin, quando da formulação de sua teoria do romance, há vozes que podem ser analisadas, estudadas e descritas, mostrando que numa obra literária – romance – há polifonia. Cada voz contida no romance, por meio dos personagens, detinha a qualidade de mostrar ao leitor um mundo particular, um recorte ideológico do mundo por meio de uma voz (linguagem) cujo sentido era dado pelo personagem. Esta voz, obviamente, era capaz de delimitar seu sentido, provocar no leitor a construção de sentido a respeito de uma determinada situação, fazendo com que não houvesse confusão entre narrador, autor e personagens.

As diversas vozes contidas no romance (plurilinguismo)³⁵⁷, segundo Bakhtin, não estão isoladas, não são passíveis de análise de maneira compartimentalizada, pelo contrário, devem ser estudadas as vozes uma correlacionando-se com a outra, aliás, as vozes somente teriam sentido se houvesse, entre elas, diálogo³⁵⁸. A isto chama-se dialogismo em oposição ao monologismo. Cada voz do romance tem o condão de se comunicar, trocar sentido, dar sentido à outra e construir um sentido coletivo da obra, considerando-se questões de tempo, espaço, local, condição social-econômica, condições ideológicas entre outros. Como exemplo, pode-se citar ser impossível retirar, da obra de Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas*³⁵⁹, noções a respeito de ironia do personagem principal, conflitos existenciais senão pela observação das vozes dos diversos personagens que trespassam o romance machadiano.

³⁵⁶BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética: a teoria do romance**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 107-133.

³⁵⁷“Essa atitude do autor em relação à linguagem enquanto opinião corrente não é imóvel, está sempre sujeita à condição de algum movimento vivo, de uma oscilação às vezes rítmica: ora mais, ora menos, o autor deforma parodicamente alguns momentos da “linguagem comum”, ou revela de maneira abrupta a sua inadequação ao objeto. às vezes, ao contrário, como que se solidaria com ela, apenas mantendo uma distância mínima, e, de vez em quando, fazendo ressoar diretamente nela a sua própria “verdade”, isto é, confundindo inteiramente a sua voz com a dela.” (BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética: a teoria do romance**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 108).

³⁵⁸“Dessa forma, aqui é introduzida a fala de outrem no discurso do autor (narração) sob uma forma dissimulada, isto é, sem qualquer indicação formal da sua pertença a outrem, seja direta ou indireta.” (BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética: a teoria do romance**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 109).

³⁵⁹ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. In: **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 1. p. 511-639.

O paralelo que se pode e se deve fazer com a teoria dos sistemas é que estas vozes (polifonia ou plurilinguismo) constante nos romances estão todas em “acoplamento estrutural” para usar conceitos da teoria sistêmica, todavia não há confusão entre as vozes (sentido) do narrador, do autor (quando existentes) e dos personagens³⁶⁰, ou seja, é possível visualizar a unidade da diferença nas diversas vozes, observar sentidos diversos e construir sentidos por meio da relação dialógica que ocorre entre as múltiplas vozes contidas no romance. Esta idéia se transposta, com adaptação, às organizações do Poder Judiciário permite analisar as diversas decisões proferidas pelas organizações como múltiplas vozes buscando a construção de sentido próprio, vez que cada uma necessita delimitar seu sentido para poder se diferenciar das outras vozes e do entorno ao romance.

2.2.7 As Decisões Judiciais como “Vozes” das Organizações do Poder Judiciário

Continuando com as noções de polifonia de Bakhtin e considerando-se as organizações do Poder Judiciário como “vozes”, torna-se interessante analisar as decisões judiciais produzidas pelos juízes, na área da saúde cujo conteúdo serviram de pressuposto para o conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dos Temas 312³⁶¹ e 698³⁶², podendo-se discutir algumas premissas interessantes sob a ótica sistêmica e linguística.

³⁶⁰Fugiria à intenção deste trabalho caminhar pelas searas da linguística com os aportes de Mikhail Bakhtin no sentido de distinguir, numa obra literária (romance) as figuras do autor, narrador e personagens. Se em relação aos personagens inexistem maiores dúvidas, o grande mérito de Bakhtin foi realizar a distinção nos romances, como manifestação literária da burguesia, a figura do autor e do narrador. Poderá haver momentos que, no romance, será possível identificar a voz do autor e a voz do narrador. Machado de Assis, brilhantemente, realiza esta distinção em seu romance Memórias póstumas de Brás Cubas (ASSIS, Machado de. Memórias póstumas de Brás Cubas. In: **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 1), ao advertir, em diversos momentos da obra, o leitor a respeito da fala de algum personagem. A este respeito: BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 201-220.

³⁶¹**Tema 312**: RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).

³⁶²**Tema 698**: RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

Ao se abordar a questão das decisões como “vozes”, abre-se discussão a respeito de se trabalhar a decisão judicial enquanto polifonia e dialogismo cuja construção do sentido dá-se de maneira “autopoiética” e as “irritações do entorno” são caracterizadas como outras vozes.

Torna-se importante trabalhar, neste contexto, com o conceito de exotopia³⁶³. Para Bakhtin não é possível que um indivíduo construa sua identidade por meio de auto-observação “pura ou descontextualizada”. A identidade do indivíduo é construída por meio da observação que o indivíduo faz ao se observar na voz dos observadores, ou seja, a identidade é construída na observação que o indivíduo faz de si por meio da observação de terceiros³⁶⁴. Dito ainda de outra maneira: a identidade é construída pela observação que todos os outros indivíduos façam dele. Esta noção de exotopia em muito se aproxima com a noção da teoria sistêmica de observação de segunda ordem, observação de terceira ordem e assim sucessivamente. A auto-observação, a exotopia no conceito de Bakhtin, somente é possível quando realizada por meio de observação de segunda ordem, ou superior. O conceito de exotopia não deixa de ser mais exigente que o conceito de auto-observação da teoria sistêmica, uma vez que permite que a auto-observação seja feita no mesmo nível.

Outra discussão que se torna visível quando se abordam as organizações (juízes e tribunais) do Poder Judiciário como vozes é a noção de dialogismo entre as vozes. Se observadas as decisões judiciais do sistema do direito, a referência ou autorreferência é uma necessidade do direito moderno para que seja possível ao sistema manter sua autopoiese. Assim, observa-se o juiz fazendo referência às decisões do tribunal imediatamente superior e os tribunais de justiça fazendo referência às suas próprias decisões e algumas vezes às decisões dos tribunais a eles superiores e os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) fazendo referências às suas próprias decisões³⁶⁵, dificilmente,

³⁶³No sentido dialógico dado por: BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1997; e **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1998, quando analisa a existência de “vozes” no romance, bem como a possibilidade de alguém examinar sua própria conduta por meio do outro, da visão que o outro forma a respeito de uma determinada situação. A isto Bakhtin chama de exotopia. (BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes. p. 34-35).

³⁶⁴Sob a ótica da teoria sistêmica, seria uma observação de segunda ordem.

³⁶⁵Merryman, ao final de sua obra, já falava em aproximação entre os sistemas da “civil law” e da “common law” e na conseqüente noção que modernamente estava-se criando de que a decisão judicial, nos sistemas de direito codificado (“civil law”), estava tornando-se fonte do direito, abandonando-se a referência ao direito positivado. Eis a passagem: “[...] la otra, mucho más importante, es la imposición de una carga mayor sobre la interpretación judicial como un elemento progresista del proceso legal. Entre mayor sea la brecha existente entre lo que necesita la sociedad y lo que dice el código, mayor es la tendencia de los tribunales a desarrollar nuevas interpretaciones de las disposiciones del código antiguo para satisfacer la necesidad. Las decisiones

fazendo referência às decisões de tribunais tidos por inferiores³⁶⁶ quando se trabalha com a noção ou conceito de hierarquia³⁶⁷.

A evidência desta informação é a observação de que o juiz de primeiro grau necessariamente dialoga com outras vozes ao incorporar na sentença alusões às decisões judiciais do tribunal a que se vincula hierarquicamente e a outros tribunais que não se vincula hierarquicamente. É possível, portanto, observar na decisão judicial o diálogo existente entre as vozes dos juízes (auto-observação) e as vozes dos demais tribunais (observações de segunda e terceira ordem e sucessivamente) o que remete à operacionalização do sistema e seu consequente fechamento operativo, conquanto esteja aberto cognitivamente. O que torna possível distinguir uma sentença de um acórdão e, portanto, saber que está numa organização e não em outra, é justamente o sentido dado à sentença, o sentido dado ao acórdão por meio dos cargos. Assim como na teoria sistêmica, não é possível trabalhar com a fusão de vozes, pois imaginar que as vozes se fundiram seria imaginar que os limites de sentido se desestruturaram (ou desestruturariam) e seria admitir que o ambiente (outro sistema, outra voz) pudesse modificar a organização e por conseguinte a autopoiese do sistema, ou, dito de outra forma, é como se pudesse admitir que duas vozes estão coupando o mesmo espaço ou que uma voz foi capaz de desorganizar a outra.

Respeitando-se a polifonia e o dialogismo, respeita-se que cada voz é diferente, cada voz tem o seu sentido, porém uma voz é capaz de irritar a outra sem contudo afetar sua organização a ponto de destruir a “autopoiese da voz”. Trazendo-se os conceitos da teoria sistêmica, é como se admitisse que cada voz mantém-se fechada operativamente e aberta cognitivamente. Este aporte da teoria sistêmica consegue explicar como a utilização na sentença de referências a outras decisões judiciais emanadas por outros tribunais é recebida com o “código da sentença”, permitindo-se que o sentido dado na sentença seja diferente do sentido dado pelo acórdão e ambos sejam decisões de organizações diversas. Há diálogo entre as vozes (decisões) sem que ocorra a corrupção de vozes (ou fusão). Imaginar as vozes

judiciales se vuelven de hecho, si no es que en teoría, una fuente del derecho.” (MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 267).

³⁶⁶ “[...] los tribunales superiores juzgan desde su propio derecho, ya sea porque tengan competencias especiales o porque como instancia judicial juzgue un asunto que viene encomendado de abajo.” (LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 386).

³⁶⁷ Marinoni igualmente aborda a aproximação entre os sistemas da “civil law” e da “common law” no tocante ao precedente (decisões judiciais anteriores) como fontes para novas decisões judiciais. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 104-141).

dialogando entre si (diálogo entre as organizações por meio de suas decisões) leva ao questionamento se existe uma voz mais importante ou uma voz que se sobreponha as outras. Debate destinado ao próximo item.

2.2.8 A “Voz” Dominante na Estrutura do Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal

Conquanto para teoria sistêmica inexista noção de que um sistema é mais importante que outro, ou até mesmo superior, pois todos os sistemas estão acoplados estruturalmente e mantendo sua autopoiese por meio da abertura cognitiva e do fechamento operativo, não há como negar que a hierarquia³⁶⁸ é um modelo de organização que ocorre nos sistemas e é responsável pela diminuição da complexidade, conquanto não seja uma condição prévia ou natural para que haja ordem.

Se não é possível imaginar um sistema desprovido de recursos, pois a complexidade da atual sociedade não permitiria que apenas fosse possível finalizar o procedimento judicial por meio de uma única organização³⁶⁹, não há como negar que a voz dominante, que organização que se sobrepõe às demais é a que ocupa o topo da pirâmide hierárquica³⁷⁰, atualmente, responde por Supremo Tribunal Federal. O comportamento como voz dominante é possível porque o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula³⁷¹ tem poder maior que todas as demais organizações do Poder Judiciário no tocante à última decisão e portanto

³⁶⁸“Asi, desmentimos la idea de que la <jerarquía> es una condición previa <natural> para el orden en cuanto tal.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthopos, 1998. p. 195).

³⁶⁹BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239. (“O sentido burocrático, inerente à idéia de recurso, revela-se muito claro quando considerarmos que, no direito romano clássico, não havia recursos. Embora este fenômeno tenha muito pouco a ver com a cultura moderna, a comparação é útil para dar-nos uma idéia do grau de legitimidade de que gozam os juizes dos escalões inferiores, medida pela extensão do sistema recursal.”)

³⁷⁰Igualmente, convém transcrever a seguinte passagem de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239. (“1. Antes que sejamos acusados de defender um anárquico sistema processual, que prescindiria dos recursos, impõe-se um esclarecimento. Nosso empenho limita-se a mostrar o que, em nosso sistema, pode ser identificado como expressão de uma ideologia centralizadora e autoritária. O princípio que nos irá guiar nesta investigação sustenta-se na idéia de que o recurso constitui necessariamente a expressão de uma desconfiança no julgador. Desconfiança no magistrado que decidira, porém confiança nos estratos mais elevados da burocracia judicial. Os recursos são, ao mesmo tempo, expressão de desconfiança no magistrado de grau inferior, e esperança depositada nos escalões superiores da hierarquia judicial, até que se atinja seu grau mais elevado, contra cujas sentenças não mais caiba recurso.”)

³⁷¹Artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil (“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”)

definitiva. A dominância da “voz do Supremo Tribunal Federal” é visível na estruturação de Poder a ele concedido, vez que é a organização que pratica autopoiese com base na autorreferência de suas decisões. O Supremo Tribunal Federal ao decidir reporta-se às suas decisões anteriores para justificar os julgamentos e tem o poder de modificar as decisões dos tribunais inferiores.

O poder do Supremo Tribunal Federal advém do fato que esta organização, enquanto voz dominante, pode decidir com maiores opções. Enquanto o juiz de primeiro grau apenas poderá prolatar uma decisão por meio de sentença, o tribunal de justiça por meio de um acórdão, o Supremo Tribunal Federal poderá decidir, por meio de um acórdão (ou decisão monocrática), com maior possibilidade de opções: manter a sentença, modificá-la, modificar o acórdão, reinterpretar uma lei, enfim, há uma possibilidade maior de decisões por parte do Supremo Tribunal Federal o que lhe confere maior poder³⁷².

Por ser a “voz” dominante hierarquicamente, o Supremo Tribunal Federal goza de autoridade, reputação e liderança³⁷³. A autoridade garante ao Supremo Tribunal Federal que os juízes lhe devam obediência por meio da tradição, sem necessariamente, recorrer a esta tradição. A reputação lastreia-se na possibilidade de se questionar uma possibilidade, no entanto, não é uma possibilidade não utilizada. Por fim, a liderança se fundamenta na possibilidade de impor imitação incondicional do comportamento a terceiros.

2.2.9 As Decisões dos Juízes e a Racionalidade do Sistema do Direito

Conquanto seja o Supremo Tribunal Federal a “voz dominante” o fato é que muitos doutrinadores têm apostado no juiz, nas decisões dos juízes enquanto organização, para efetivação do direito à saúde, exemplificativamente. Trabalhar com as decisões dos juízes implica em conhecer, sob o ponto de vista sistêmico, o que se entende por autorreferência e por racionalidade.

³⁷²“O poder é mais bem simbolizado, por exemplo, pela “decisão” do que pela “vontade”. (LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora da UnB, 1992. p. 39).

³⁷³LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. p. 62-65.

Compete aos juízes, enquanto organização³⁷⁴, ser a porta de entrada de acesso ao Poder Judiciário e, compete-lhes, ao final do processo proferir uma sentença, decidir uma questão envolvendo ao menos duas partes com interesses contrários. Caberá aos juízes proferir uma decisão jurídica, uma decisão dentro do sistema do direito, praticar uma comunicação, por meio da linguagem, com o código direito/não-direito (legal/ilegal ou lícito/ilícito). Não há como negar, nos casos envolvendo questões de saúde, ligadas às decisões proferidas pelos juízes e tribunais, cujo conteúdo ensejaram os temas elencados no início deste trabalho, que é necessário haver racionalidade das e nas decisões do sistema do direito, caso contrário, a própria autopoiese ficará comprometida.

Conforme já discorrido em item próprio, Temas 312³⁷⁵ e 698³⁷⁶, o que sustenta a decisão judicial é o fato de o juiz poder decidir de acordo com a Constituição na parte cujas disposições prevêm um valor, portanto, uma heterorreferência, vez que valores são ligados ao sistema da política e não ao sistema do direito.

Todo o sistema social – e o direito não poderia ser diferente – precisa operar de maneira autorreferencial. Aliás, para teoria sistêmica, cujos fundamentos foram sacados do pensamento de Maturana e Varela³⁷⁷, a autorreferência é tão importante quanto o conceito de autopoiese. Se para Maturana e Varela os seres vivos são seres autopoieticos³⁷⁸, para Luhmann, tão importante quanto a autopoiese é o fato de os sistemas sociais serem autorreferenciais³⁷⁹, uma vez que a autorreferência é um dos elementos que estruturam a

³⁷⁴Por meio de decisões internas diferencia-se do entorno. O próprio sentido é totalmente construído dentro da organização, sem qualquer possibilidade de haver interferência do meio ou entorno (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68).

³⁷⁵**Tema 312**: RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).

³⁷⁶**Tema 698**: RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

³⁷⁷MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011.

³⁷⁸MATURANA, Humberto; VARELA. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002.

³⁷⁹LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lianamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos. 1998. p. 390-423.

autopoiese dos sistemas sociais. A autorreferencialidade, no caso do sistema do direito, será possível após ocorrer uma decisão dos juízes (como organização). Ocorrendo uma decisão (sentença), será possível visualizar a escolha feita pelo magistrado e, portanto, será possível realizar um corte no que existia antes da decisão e no que existe depois da decisão (diferença) e esta diferença³⁸⁰ deve ser possível de observação por meio de outro sistema e por meio do próprio sistema (auto-observação). A capacidade de auto-observação³⁸¹ é que vai permitir que o sistema se autorreferencie e possa continuar decidindo. Os juízes, ao decidirem, devem se utilizar de códigos, programas de decisão que tornem possível visualizar as decisões como jurídicas³⁸² e, por meio da autorreferência, seja possível reintroduzir as decisões no sistema como meio de fundamentar as próximas decisões. Ao decidir, ao escolher, ao diminuir a complexidade do entorno, o juiz petrifica o passado por meio da decisão, tornando possível o presente, e indica uma provável nova decisão para o futuro, tornando-o incerto, porém provável, vez que a decisão poderá não ser utilizada novamente por que no futuro novas e mais decisões serão tomadas pelo sistema³⁸³.

A autorreferência do sistema do direito, patrocinada pelos juízes enquanto organização, poderá ser de natureza basal³⁸⁴, ou seja, a decisão faz uma diferença entre elemento e relação, podendo ser auto-observada enquanto comunicação jurídica, portanto, um

³⁸⁰“Por eso, sospechamos que el sistema de derecho sólo entra en un proceso de diferenciación una vez que internamente ya se ha diferenciado.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 359).

³⁸¹“Los conceptos de referencia y observación, así como autorreferencia y autoobservación se introducen en relación con el manejo operativo de una diferenciación.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lienamentos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos. 1998. p. 392).

³⁸²O processo judicial transforma decisões em decisões jurídicas, é capaz de fazer a distinção entre processo legislativo (lei) e jurisprudência (decisão judicial) ou direito legislado (codificado) e direito jurisprudencial, tornando possível, novamente, que se possa realizar a referência (autorreferência) ao sistema do direito por meio de decisão judicial anterior. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 361).

³⁸³Luhmann, ao falar do porquê os tribunais se preocupam com as consequências de suas decisões para o futuro, mostra a preocupação com as decisões “consequencialistas”. Os juízes, muitas vezes, não possuem esta preocupação quando decidem aplicar a Constituição com base na heterorreferência. (“... la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente. Por otro lado, la decisión tiene consecuencia para los presentes en el futuro. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da la voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones.”) (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 371).

³⁸⁴“Hablaemos de autorreferencia basal cuando la diferenciación entre elemento y relación constituya la base. La autorreferencia basal de un sí mismo que se refiere a sí mismo es, entonces, un elemento, por ejemplo, un acontecimiento; en el caso de los sistemas sociales, una comunicación.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lienamentos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos. 1998. p. 395).

sentido que lhe é dado pelo próprio sistema do direito. Seria a própria decisão e seus fundamentos que a tornam jurídica, seria o fato de o sistema do direito, por meio dos juízes enquanto organização, decidir que uma política pública deve ser executada com base no art. 196, da Constituição (tema 698)³⁸⁵.

A autorreferência poderá ser reflexiva ou processual quando se é possível observar e auto-observar uma diferença temporal entre um acontecimento antes e um acontecimento depois. O sistema do direito, ao determinar, por meio do juiz enquanto organização, que se inclua no orçamento do Poder Executivo (sistema da política) uma determinação de um gasto público com algum tipo de fármaco ou na construção de um nosocômio, por exemplo, permite que o sistema da política faça uma observação da referida decisão como entorno e deve ser possível ao sistema do direito realizar auto-observação do processo que permitiu que o juiz tomasse a decisão que originou o Tema 698 relativo ao instituto da repercussão geral. É possível que o sistema do direito possa fazer, novamente e no futuro, uma tomada de decisão idêntica ou semelhante à tomada de decisão anterior, esta auto-observação do processo permitirá que se tome uma nova decisão com base na autorreferencialidade reflexiva³⁸⁶, podendo-se reflexionar novamente a comunicação e a observação enquanto processos que marcam um antes e um depois. No caso, guardadas as mesmas condições, ou condições semelhantes, o sistema do direito deve ser capaz de tomar a mesma decisão ou decisão semelhante, reproduzindo os passos processuais anteriores que tornaram possível ao juiz determinar ao gestor o gasto público em saúde, com base no art. 196, da Constituição. O próprio processo decisório poderá ser repetido, porque foi possível observá-lo, auto-observá-lo³⁸⁷.

³⁸⁵**Tema 698:** RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

³⁸⁶“Hablares de reflexividad (autorreferencia procesal) cuando la diferenciación entre el antes y el después en los acontecimiento elementales constituya la base.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lienamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropol. 1998. p. 395).

³⁸⁷“Esto significa sobre todo que la operación autorreferencial, por su parte, debe cumplir las características de pertenencia al proceso, es decir, que ella misma debe ser comunicación, en el caso de un proceso comunicacional (comunicación acerca de la comunicación), observación, en el caso de un proceso de observación (observación de la observación), ejercicio del poder, en el caso de un proceso de uso de poder (uso del poder sobre aquel que detenta el poder). En este sentido, la reflexividad fortalece e intensifica las características específicas del proceso.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lienamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropol, 1998. p. 395).

A autorreferência poderá ser de reflexão³⁸⁸ quando envolver a distinção sistema/entorno. As decisões do sistema do direito, por meio dos juízes enquanto organização, permitirão que se possa fazer uma distinção entre o sistema do direito e o entorno que se constitui nos demais sistemas sociais. Será possível, por meio da autorreferência de reflexão, perceber o entorno como complexo e o meio como menos complexo depois da comunicação, depois da decisão com sentido jurídico. O entorno é fundamental, porém é amorfo e não se reflete no interior do sistema, servindo, contudo, para que o sistema operacionalize suas estruturas para o fim de manter sua organização (autopoiese). A autorreferência de reflexão envolve as outras duas maneiras de um sistema se comportar autorreflexivamente, sendo este o ponto de partida para a racionalidade do sistema.

Um sistema mostrar-se-á racional quando, por meio de auto-observação e de autorreferência conseguir repetir suas operações (cognitivamente fechado) para que a organização se mantenha ao longo do tempo. Ao sofrer irritações do meio (entorno) o sistema tem que ser capaz de absorvê-las (abertura cognitiva) sem se corromper, sem deixar que o meio penetre em seu interior e isto somente ocorre quando o sistema consegue manter sua racionalidade por meio da seleção de reflexão³⁸⁹. A racionalidade do sistema³⁹⁰ é dada pelo fato deste mesmo sistema, irritado pelo meio (ou entorno) conseguir manter sua autopoiese por meio de autorreferência basal, reflexiva e de reflexão, ou seja, o sistema irritado consegue estruturar-se e reestruturar-se de maneira que seus componentes internos continuem mantendo sua autopoiese, mostrando que o sistema é capaz de estruturar-se tanto internamente (autorreflexão de suas operações) quanto externamente (autorreflexão de suas operações), mantendo-se organizado autopoieticamente. Por isso, as organizações³⁹¹ desempenham papel

³⁸⁸“Hablares de reflexión cuando la diferenciación entre sistema y entorno constituya la base. Únicamente en la reflexión, la autorreferencia cumple con las características de la referencia sistémica; solo aquí se entrecruzan los campos de ambos términos.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lianamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 395).

³⁸⁹La reflexión requiere, en otras palabras, la introducción de la diferencia sistema/entorno en el sistema. Cuando esto suceda desde el punto de vista de la unidad de esa diferencia, hablaremos de racionalidad. La racionalidad, por lo tanto, sólo puede alcanzarse mediante la reflexión, pero no toda reflexión es racional. Retomaremos este punto en el apartado X.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lianamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 405).

³⁹⁰“No es posible a la racionalidad a partir de la autorreferencia. Esta es una condición para el aumento de la limitabilidad, para la construcción de un orden mediante la reducción de la complejidad” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lianamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos. 1998. p. 418).

³⁹¹“La forma en que la teoría de los sistemas autorreferenciales reacciona a este desafío, está señalada con el concepto de autopoiesis. Los sistemas autopoieticos y, por lo tanto, también los sistemas organizacionales, se distinguen a sí mismos del entorno, erigiendo y manteniendo una continuidad de reproducción recursiva.

fundamental, pois elas é que permitem que os sistemas decidam e são as organizações que permitem, por meio de sua estruturas internas, que elas mantenham sua autopoiese em relação a elas mesmas e ao mesmo tempo seja possível que as organizações façam a distinção sistema/ambiente, mantendo a autopoiese em relação ao entorno (sistema/meio ou sistema/ambiente). A racionalidade do sistema está no fato de se conseguir manter esta espécie de autorreferência interna (dos próprios elementos) e externa (sistema/entorno) de modo que a autopoiese continue ocorrendo, de modo que o sistema continue evoluindo.

Neste aspecto, a racionalidade do sistema do direito observada apenas as decisões dos juízes (de primeiro grau), enquanto organização, aproxima-se de uma racionalidade simbólica, nas palavras de Marcelo Neves³⁹² e nas palavras de Luhmann³⁹³. O sistema do direito, quando se confronta com as decisões judiciais que ensejaram os Temas 312³⁹⁴ e 698³⁹⁵ relativos ao instituto da repercussão geral proferidas pelos juízes de primeiro grau mostra que não é possível que o sistema mantenha sua autopoiese, portanto, seja racional, quando a alusão constante nos fundamentos da decisão (comunicação, informação e sentido) fazem referência à Constituição no tocante aos valores. A heterorreferência à valores, aos códigos do sistema da política, inclusive no que toca à fórmula de contingência (bem comum ou legitimidade)³⁹⁶ é algo que não possibilita que o sistema faça autopoiese de maneira que seja possível visualizar a distinção entre decisão do sistema jurídico e entre decisão do sistema da política o que torna de difícil aproveitamento em termos de autorreferencialidade as decisões judiciais proferidas pelos juízes de primeiro grau. Quando um juiz (enquanto organização) decide que se deve realizar uma política pública de fornecimento de medicamentos ou a inclusão no

Regulan por sí mismos la relación entre autorreferencia y heteroreferencia en el ámbito de observación de sus operaciones. Cada vez producen nuevas situaciones de limitaciones y ocasiones de certidumbres e incertidumbres.” (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 513).

³⁹²NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 127-189.

³⁹³LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 549.

³⁹⁴**Tema 312**: RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).

³⁹⁵**Tema 698**: RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

³⁹⁶LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 180-188.

orçamento público de verbas para construção de um hospital (Tema 698), esta decisão está trabalhando com códigos que são do sistema da política e, portanto, o sentido (jurídico) fica anuviado porque embora a decisão tenha sido tomada dentro de um processo judicial³⁹⁷, o código que permitiu que fosse a decisão operacionalizada não foi o código direito/não-direito, portanto, é uma comunicação jurídica com o código da política. Por outro lado, é uma decisão carente de reflexividade para o sistema do direito, vez que a diferença entre o antes e o depois torna a decisão de difícil aproveitamento para casos futuros. Por ser uma decisão “ad hoc”, ante à violação de códigos (utilização do bem comum ou legitimação ao invés de direito/não-direito), as premissas de decisão, os programas decisoriais são de difícil aplicação para um caso futuro, vez que a complexidade do entorno, embora reduzida num primeiro momento foi substancialmente aumentada com a possibilidade de outros juízes (enquanto organização) tomarem decisões com base no código do sistema da política, aumenta a possibilidade – dos juízes - de realizar outros tipos de políticas públicas com base nos artigos 6º e 196 da Constituição. A decisão dos juízes compromete a racionalidade do sistema na medida que apaga os limites da autorreferência de reflexão, na medida que a diferença entre sistema/entorno fica prejudicada pela eventual noção de que o sistema do direito está produzindo decisões pertinentes ao sistema da política.

O que se percebe, em termos de análise do sistema do direito no Brasil, é que a racionalidade do sistema jurídico, com a noção de constitucionalismo dirigente cunhada por Canotilho³⁹⁸ e seguida no Brasil por Streck³⁹⁹ e outros, tem o condão de exigir do juiz que trabalhe com outros códigos, sob a ótica da teoria sistêmica, que não o código do sistema do direito, o que estava até anos atrás comprometendo a racionalidade do sistema, uma vez que a Constituição⁴⁰⁰, enquanto acolhimento estrutural entre os sistemas do direito e da política, permitia (e ainda permite) a existência deste paradoxo.

³⁹⁷LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da Unb, 1980.

³⁹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

³⁹⁹STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴⁰⁰Merryman já havia notado esta mudança quando analisou as famílias de direito codificado ao assinalar que cada vez mais as leis e os códigos perdiam espaço para a Constituição enquanto fonte de todo o direito positivado, sendo possível, portanto, que decisões jurídicas fossem tomadas única e exclusivamente com base em princípios ou valores contidos na Constituição. Eis as palavras do autor: “Mientras que las legislaturas y los códigos han declinado por todo el mundo de derecho civil, ha crecido la práctica de tratar las constituciones como las fuentes supremas del derecho, al igual que el conjunto de las oportunidades para cuestionar la

A possibilidade de comprometimento da autopoiese do sistema do direito, por meio de juízes tomando decisões coletivamente vinculantes, portanto, operando com o código do sistema da política, fez com que, irritado, o sistema do direito evoluísse no sentido de manter sua autopoiese, garantindo-se a racionalidade do sistema, caso contrário, um sistema sem racionalidade é um sistema que irá perder sua autorreferencialidade, sua auto-observação e irá, fatalmente, morrer no sentido sistêmico ou irá funcionar de maneira corrompida, irá operacionalizar de maneira totalmente simbólica⁴⁰¹.

Para que seja possível compreender a mudança do sistema do direito e como a reorganização de sua estrutura interna manteve a autopoiese será necessário abordar, na segunda parte, as noções de risco e evolução na teoria sistêmica.

constitucionalidad de los actos legislativos y otros actos oficiales.” (MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 290).

⁴⁰¹Na acepção de Marcelo Neves. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 127-189).

3 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO E TENTATIVA DE DIMINUIÇÃO DO RISCO: LIMITES OPERATIVOS AUTOPOIÉTICOS E ALOPOIÉTICOS DOS SISTEMAS DO DIREITO, DA POLÍTICA E DA SAÚDE

“Er hat den archimedischen Punkt gefunden, hat ihn aber gegen sich ausgenutzt, offenbar hat er ihn nur unter dieser Bedingung finden dürfen.”

(Ele encontrou o ponto arquimediano, mas empregou-o contra si mesmo; ao que parece, esta era a condição para que ele o encontrasse.)

Franz Kafka⁴⁰²

Nesta segunda parte, serão trabalhados principalmente os conceitos de risco e evolução no âmbito da teoria dos sistemas. A complexidade⁴⁰³ da atual sociedade trouxe a necessidade de se diminuí-la por meio de sistemas, todavia a diminuição desta complexidade se dá por meio de decisões e a tomada de decisões implica sempre num risco. O risco, portanto, é inerente à sociedade moderna e deve ser encarado como um elemento capaz de provocar mudanças, de provocar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, evolução de seus sistemas parciais.

Paradoxalmente, o sistema do direito ao normatizar condutas por meio de expectativas jurídicas tenta diminuir o risco com a estabilização de comportamentos futuros. Não obstante, a tentativa de diminuição do risco não é alcançada, pois, para se exigir o comportamento futuro há necessidade de decisão e toda decisão envolve escolha e exclusão, envolve o risco de ter de excluir uma escolha válida e legítima para uma determinada situação, decidindo por outra escolha igualmente válida e legítima. Este é o risco que a sociedade constantemente submete-se: poderia ter decidido de outra maneira e correr outros riscos.

Em países como o Brasil, com baixa operacionalidade do sistema da política (política simbólica), os sistemas sociais muitas vezes funcionam de maneira alopoiética. Esse funcionamento faz com que os sistemas trabalhem com códigos de outros sistemas, indicando o que se denomina de corrupção de códigos. O risco de funcionamento alopoiético, por meio

⁴⁰²Citação extraída da obra: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 260).

⁴⁰³A complexidade é a base da teoria sistêmica. Não há como defini-la, a complexidade acontece, existe no seio da sociedade. Eis as palavras de Luhmann a este respeito: “Una segunda ventaja de tomar la complejidad como problema fundamental, es que su alto grado de abstracción y universalidad empañña la distinción categórica entre la personalidad y los sistemas sociales y por lo tanto la diferencia entre la teoría psicológica y la sociológica.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 9).

de heterorreferência, é que a autopoiese do sistema ficará prejudicada na medida que o meio está ingressando no sistema com uma informação capaz de afetar a integridade deste, ou seja, uma informação não reflexionada e, portanto e provavelmente, mais complexa. A judicialização da política ou a judicialização da saúde é uma das consequências deste fenômeno. Todavia, os sistemas sociais, incluindo o sistema do direito, é capaz de, por meio de auto-observação, evoluir no sentido de reordenar suas estruturas internas a ponto de renovar sua reprodução por meio da autopoiese. Esta reestruturação para manter a organização autopoietica é tida por Luhmann como evolução e esta evolução é que será estudada nesta segunda parte em relação ao sistema do direito e o instituto da repercussão geral.

Para compreender os motivos porque o sistema do direito é autorreferente, para se compreender porque há necessidade de fechamento operacional e abertura cognitiva, para se compreender o direito como um sistema capaz de se adaptar ao meio, será necessário percorrer o conceito de evolução sob a ótica da teoria sistêmica.

Para Luhmann ocorre evolução quando há variação de um elemento autopoietico no tocante à reprodução de um determinado padrão, quando há seleção desta estrutura responsável pela variação e possibilidade de reprodução desta nova variação e, por fim, quando ocorrer a estabilização do sistema, no sentido de manter dinamicamente estável a seleção⁴⁰⁴.

A proposta desta última parte será encarar o que é visto como desvio, como exceção à regra, como fator que dificulta a tomada de decisões no âmbito do direito como sendo evolução do sistema do direito. Neste contexto, os conceitos abertos e indeterminados, os princípios e os valores serão abordados dentro do mesmo espectro: limites entre os sistemas do direito, da política e da saúde.

⁴⁰⁴LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Mexico: Herder, 2005. p. 304.

3.1 DECISÕES JUDICIAIS E RISCO: NOVO PARADIGMA

Para o positivismo, paradigma aceito e estudo nas faculdades de direito, as decisões judiciais teriam o condão de pacificar a relação entre as partes, ou seja, uma das funções do Poder Judiciário seria a pacificação social por meio das decisões judiciais.

Todavia, o que se percebe na atualidade, é a noção de que a decisão judicial a tanto não se presta e a modernidade impõe, quando da tomada de decisões, a necessidade de suportar o risco. O risco como um elemento ou característica da teria sistêmica é o reflexo, ou é o resultado da complexificação das relações sociais e sempre que se tenta diminuir o risco por meio de decisões, inclusive judiciais, o risco, diminui para, num segundo momento, aumentar ante a nova contingência gerada pela decisão, ou seja, tentar eliminar um risco é impossível, tentar diminuí-lo, igualmente, pois toda tentativa de diminuição do risco necessariamente não o diminui e poderá até mesmo aumentá-lo.

Este, portanto, é o novo paradigma da modernidade: o constante risco na tomada de decisões judiciais.

3.1.1 Consequências da Modernização na Sociedade Atual: risco

Antes de abordar a questão ventilada neste tópico, faz-se necessário o resgate da história, em poucos parágrafos, no tocante à passagem da ordem medieval para ordem moderna e seus reflexos na atualidade.

Quando se pensa em sociedade atual, quando se analisa a história recente, a história vista a partir da Revolução Gloriosa⁴⁰⁵ ou a história vista a partir da Revolução Francesa⁴⁰⁶, ambas revoluções burguesas que impactaram o mundo denominado ocidental, claro fica que as promessas da modernidade cunhadas por meio do liberalismo econômico, no sentido de distribuição de renda, acesso aos bens de consumo, acesso e garantia aos diversos direitos positivados nos ordenamentos jurídicos, mostraram-se inacessíveis a uma grande parte da população mundial⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 72; 94.

⁴⁰⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Brasília: Editora da Unb, 1979.

⁴⁰⁷ Ao analisar teoricamente a estrutura do Estado do bem-estar social, Luhmann trabalha com o conceito de inclusão política. Há uma parcela da população excluída e a missão do Estado (Welfare) seria a inclusão de

A ordem medieval e portanto a sociedade no período medieval, era uma sociedade estratificada, de baixo risco, uma vez que inexisteriam disputas de classe, inexistia industrialização, inexistia mudança radical do papel social dos indivíduos, haja vista ser o nascimento, a classe social⁴⁰⁸ ou eventualmente a dedicação ao monastério⁴⁰⁹ características capazes de eliminar qualquer tipo de discussão a respeito da função que o indivíduo deveria exercer no seio social. Aquele que nascia nobre⁴¹⁰, morreria nobre, tinha deveres de nobre e aquele que nascia servo, dentro do regime de servidão, era obrigado a ceder seu trabalho ao senhor da terra e em contrapartida o senhor da terra era obrigado a acolher o servo em seus domínios⁴¹¹. A movimentação social era quase nula, sendo lícito imaginar que a sociedade medieval não conheceu ou não conviveu com o risco da mudança acelerada do mundo

toda população nas políticas públicas, ou seja: inclusão total. (LUHMANN, Niklas. **Teoria política en el estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 47-48). Na mesma linha, abordando a questão da exclusão de parcela significativa da população das benesses do Estado do bem-estar: HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 22.

⁴⁰⁸“A relação feudal hierárquica começou como “contratual”, na medida em que o vassalo admitia, através de seu juramento de fidelidade, servir seu senhor em troca de proteção e outras vantagens. Na verdade, entretanto, logo se tornou hereditária, de forma que só quando um vassalo não tinha um herdeiro legítimo o seu senhor poderia escolher livremente um “novo homem” para o suceder no feudo. Para os camponeses, o sistema feudal estabeleceu a sujeição hereditária através da instituição da servidão. No entanto, um critério de aristocracia era reconhecimento integral de hereditariedade legítima de status.” (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 52).

⁴⁰⁹“Sob alguns aspectos, a principal inovação de Gregório foi sua insistência quanto ao celibato de clero secular. Exatamente quando os elementos hereditários, distintos dos elementos mais “pessoais” do feudalismo, estavam rapidamente ganhando importância no sistema feudal, Gregório afastou radicalmente o clero, e principalmente os baixos, da esfera de consolidação hereditária. Qualquer que fosse a moralidade sexual dos padres seculares, não poderiam ter herdeiros legítimos, e seus cargos clericais não poderiam torna-se funções especificamente institucionalizados de status familiar, tal como estava ocorrendo com a monarquia e aristocracia.” (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 55).

⁴¹⁰“Em seu desenvolvimento completo, a aristocracia foi um fenômeno do fim da Idade Média.” (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 52)

⁴¹¹A liquidez da modernidade inicia-se, segundo Bauman com a libertação ou a liberdade do indivíduo, a emancipação deste em relação a ordem medieval e a aceitação de que agora o destino poderia ser construído, ou seja, o futuro que era certo na concepção medieval, torna-se incerto na concepção moderna. O futuro pode agora ser construído, modificado. Veja-se esta passagem: “A libertação é uma bênção ou uma maldição? Uma maldição disfarçada de bênção, ou uma bênção temida como maldição? Tais questões assombraram os pensadores durante a maior parte da era moderna, que punha a “libertação” no topo da agenda da reforma política e a “liberdade” no alto da lista de valores – quando ficou suficientemente claro que a liberdade custava a chegar e os que deveriam dela gozar relutavam em dar-lhe as boas-vindas. Houve dois tipos de resposta. A primeira lançava dúvidas sobre a prontidão do “povo comum” para a liberdade. Como o escritor norte-americano Herbert Sebastian Agar dizia (em *A Time for Greatness*, 1942), “a verdade que torna os homens livres é, na maior dos casos, a verdade que os homens preferem não ouvir”. A segunda inclinava-se a aceitar que os homens podem não estar inteiramente equivocados quando questionam os benefícios que as liberdades oferecidas podem lhes trazer.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 26).

atual⁴¹². A estabilidade, a ausência de risco era perceptível inclusive no tocante aos valores religiosos e às convicções científicas, ambos encarados como dogmas.

A ordem atual com o avanço da economia por meio da Revolução Industrial⁴¹³ trouxe a proliferação de bens de consumo, a possibilidade de aquisição destes, todavia trouxe, também, no âmbito social, a discussão a respeito da estabilidade dos papéis ou funções sociais dos indivíduos. A concepção moderna torna-se incompatível com a ordem anterior no sentido de existência de lugares sociais demarcados. Apenas o nascimento não garante o direito à fruição de determinados direitos ou o acesso às promessas da modernidade.

A modernidade ou a modernização foi capaz de destruir a estrutura agrária que se apoiava a sociedade até o século XIX, com base na industrialização⁴¹⁴, com base na produção de riqueza e com base no avanço da tecnologia para melhoria da qualidade de vida. Esta mesma modernidade ou esta mesma modernização⁴¹⁵ atualmente está destruindo com os pilares da sociedade industrial e ajudando a construir uma nova configuração social.

A industrialização⁴¹⁶ trouxe como consequência o aumento da riqueza entre as nações, todavia este aumento de riqueza não veio com uma distribuição equitativa entre as nações, ou seja, na medida que nações tidas por industrializadas, pertencentes ao que se denomina primeiro mundo, concentram riqueza, há outras nações, tidas por subdesenvolvidas ou em desenvolvimento cuja pobreza lhes é inerente⁴¹⁷. A riqueza gerou a pobreza, categorias até

⁴¹²Se Bauman chama de sociedade líquida, Lipovetsky denomina de sociedade de hiperconsumo (LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004. Bem como: **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008).

⁴¹³ PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 94.

⁴¹⁴“[...] assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 13).

⁴¹⁵Neste momento, na acepção de Beck. (Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony; LASH Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Unesp, 2012)

⁴¹⁶“Nosso interesse básico pela revolução industrial não se refere a seus aspectos tecnológicos e estritamente econômicos, mas a mudanças afins na estrutura social. No entanto, deve-se notar que as mudanças tecnológicas tiveram efeitos econômicos revolucionários. Permitiram grande economia nos custos, preços mais baixos, bem como o desenvolvimento de muitos produtos novos. Na Inglaterra, o processo começou na indústria de tecelagem de algodão e passou para as indústrias “mais pesadas”, enquanto que, no Continente e nos Estados Unidos, o desenvolvimento principal coincidiu, de modo geral, com a expansão das estradas de ferro.” (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 95).

⁴¹⁷Isto Luhmann denomina de “restos de problemas de exclusión” o fato de a exclusão de um sistema provocar a exclusão em outros tantos sistemas sociais e a eventual inclusão num sistema não ser capaz de provocar a “inclusão total” nos demais sistemas sociais. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009, p. 420)

então inexistentes em escala mundial. Outro fator advindo da modernidade diz respeito as novas tecnologias como a radiação. O conhecimento a respeito da fissão nuclear gerou riqueza às nações que dela se utilizam para produção de energia, por exemplo, porém causou ao mesmo tempo o risco de contaminação ambiental ou o risco de uma guerra entre as nações com utilização deste tipo de tecnologia (arma nuclear). A modernidade trouxe o uso, para melhorar a produção de alimentos, de agrotóxicos e fertilizantes que, se utilizados de maneira incorreta podem contaminar o solo, podem contaminar a plantação ou podem até mesmo não surtir os efeitos desejados.

Uma das consequências da modernidade é o excesso de produção de alimentos e, por consequência, a possibilidade de consumo em excesso e o paradoxo de, mesmo existindo um enorme excedente, haver áreas no globo com pobreza extrema ante à falta de alimentos e a riqueza extrema ante o excesso de alimentos à disposição. Tem-se, assim, regiões, países que enfrentam o problema da obesidade em crianças, adultos e idosos e países que enfrentam o problema da fome endêmica, o problema da escassez de alimentos⁴¹⁸.

A questão moderna ligada ao lixo, sua produção e seu respectivo descarte faz com que países ricos produzam bens de consumo produzam lixo, ambos em excesso, países ricos e industrializados produzem lixo tóxico e esse precisa ser descartado, não obstante o descarte, em muitos casos, não ocorre no país que o produziu, ocorre, porém, em países periféricos, em países cuja legislação branda a permite que este descarte do lixo (e do lixo tóxico) seja para lá remetido. Há, novamente, uma inversão no tocante à admissão do risco: a sociedade que produz riqueza e consequentemente produz o lixo não quer assumir o risco de contaminação do seu próprio meio ambiente, preferindo descartar os resíduos tóxicos em outra nação, não quer as consequências da riqueza, não quer ou não deseja suportar o risco.

A modernidade trouxe a ideia de democracia como um valor supostamente universal, como um modelo de racionalização do poder atrelado às nações desenvolvidas⁴¹⁹. Para o

⁴¹⁸O Brasil é um vivo exemplo destes paradoxos: A riqueza, fartura, obesidade em na cidade de São Paulo, capital do Estado-membro economicamente mais rico da federação e há bolsões de pobreza na mesma cidade. Há riqueza nas Regiões Sudeste e Sul do Brasil e pobreza extrema nas Regiões Nordeste, Centro-Oeste e Norte. Na Região Nordeste há riqueza, obesidade nas cidades litorâneas e há extrema pobreza nas áreas compreendidas como Zona da Mata e Caatinga. O sítio eletrônico do IBGE bem exemplifica os extremos da desigualdade ao acesso aos serviços públicos: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2015.

⁴¹⁹Dentro de uma visão etnocentrista, a democracia, o regime democrático e constitucional é visto como um marco civilizatório que se deve impor a todas as nações, independente do grau de evolução que tenham

mundo ocidental, a democracia constitucional é o modelo capaz de garantir uma estabilidade mundial nunca antes vista, a democracia é o instrumento capaz de selar a paz entre os países. Paradoxalmente, mesmo países que adotam regimes democráticos não lograram alcançar a paz e a guerra, a disputa territorial entre as nações tornou-se uma constante no século XX. Quanto mais democracia⁴²⁰ se tentou implantar nos diversos países, menos democracia se viu em determinados setores do mundo, podendo-se citar as questões ligadas aos conflitos deflagrados no seio dos Estados e entre os Estados localizados no Oriente Médio.

A ideia de democracia e a evolução da sociedade no sentido de aumento da diferenciação social carrega a noção de que há necessidade de permitir à população direito ao voto universal, ampliando o leque de eleitores, sem barreiras censitárias ou barreiras relativas ao sexo, portanto, com a abertura e possibilidade de acesso à política (sistema da política) a pessoas que antes eram excluídas há necessidade de doravante haver mecanismos para proteção destas pessoas e proteção dos direitos dos que antes eram excluídos. A democracia não se resume apenas em votar e ser votado, na democracia deve-se suportar a participação dos que estavam excluídos nas decisões políticas por meio de seus representantes, a democracia deverá assegurar a igualdade no tratamento de pessoas economicamente desiguais, de pessoas socialmente desiguais⁴²¹.

Outra revolução tida como essencial para modernização da sociedade e necessária para que os Estados consigam alcançar níveis de desenvolvimento social compatíveis com níveis de desenvolvimento econômico diz respeito à educação⁴²². As nações que se impuseram

adquirido. Esse pensamento, contestável sob diversos enfoques, é defendido por Huntington em sua obra. (HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010).

⁴²⁰“A democracia se transforma em uma improvável aquisição evolutiva, continuamente submetida aos riscos inerentes ao tratamento político da complexidade.” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 56).

⁴²¹“A partir do momento em que o voto foi estendido aos analfabetos tornou-se inevitável que estes pedissem ao Estado a instituição de escolas gratuitas; com isto, o Estado teve que arcar com um ônus desconhecido pelo Estado das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não-proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão-somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc. Assim aconteceu que o Estado de serviços, o Estado social, foi, agrade ou não, a resposta a uma demanda vinda de baixo, a uma demanda democrática no sentido pleno da palavra”. (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 47-48).

⁴²²“O foco da nova fase é a revolução educacional que, em certo sentido, sintetiza os temas da revolução industrial e da democrática: igualdade de oportunidade e igualdade na cidadania.” (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 119).

economicamente conseguiram, num determinado momento histórico, realizar uma Revolução Educacional⁴²³, conseguiram qualificar a população de modo que o analfabetismo se não foi erradicado foi reduzido ao mínimo, de modo que uma massa heterogênea da população recebeu o mesmo nível de instrução formal que os demais. Pode-se dizer que a Revolução Educacional imprime, no imagiário da população o sentimento de igualdade, uma vez que a distinção que porventura poderia existir em relação ao grau de instrução formal não subsiste. A modernidade, a modernização como igualdade de oportunidade é um dos pilares que sustentam os regimes democráticos, vez que as diferenças terão que ser visualizadas em relação ao trabalho, em relação à acumulação de riqueza, em relação à produção de riqueza, sendo incompatível algum tipo de discriminação por meio da instrução, como ocorrera durante a Idade Média e no período antes da Revolução Industrial, já na Idade Moderna.

A modernidade, a industrialização, trouxeram categorias novas, trouxeram a divisão da sociedade em classes, trouxeram a produção em larga escala, trouxeram o consumo, trouxeram a riqueza, trouxeram a pobreza⁴²⁴, trouxeram a democracia, trouxeram qualidade de vida e trouxeram o risco. A complexidade da sociedade atual trouxe a necessidade de se trabalhar e retrabalhar com antigas noções construídas para ser estáveis e que atualmente são instáveis, como o casamento, como as relações de trabalho (emprego/desemprego), como as relações econômicas (produção/consumo), fazendo com que cada vez mais haja necessidade de se trabalhar e retrabalhar conceitos, sendo o risco um conceito inerente à modernidade.

A complexidade da sociedade atual trouxe a necessidade de preocupação com o futuro, com os eventos futuros e a esta preocupação, Beck⁴²⁵ denomina risco⁴²⁶. Assim, o

⁴²³“Um aspecto básico da revolução educacional foi a contínua extensão da educação, além da alfabetização básica, para toda a população. Um passo importante foi a expansão da educação secundária até o ponto em que aquele que abandona a escola secundária é considerado um problema, como alguém que não tem algumas características de status para participação integral na comunidade societária. Além disso, números cada vez maiores de pessoas participam da educação superior. A situação relativamente estável da Europa nos fins do século XIX permitia a educação superior a um pequeno grupo de elite, nunca superior a cinco por cento do grupo de idade correspondente. Os Estados Unidos romperam nitidamente essa limitação; a proporção de jovens que recebem alguma educação superior está por volta de quarenta por cento, e esta aumentando sempre. (PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974. p. 117-118).

⁴²⁴“Em outras palavras, na sociedade contemporânea, há mais pobreza, exatamente porque há mais riqueza, há mais insegurança porque há mais segurança etc.” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 193).

⁴²⁵BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 39.

⁴²⁶Para Luhmann, risco consiste em aceitar o dano como contingente, evitável: “Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 62).

passado não é mais um elemento capaz de conduzir o presente, o passado, na modernidade, cada vez mais impõe-se menos no presente, pois o presente é determinado, as atitudes são pensadas com base nos eventos futuros, nos danos que poderão ser causados ou evitados⁴²⁷. Esta maneira de visualizar o presente, de se determinar o tempo presente é essencial para compreensão do atual estágio da modernidade, pois o passado, enquanto um passado sólido que precisa manter-se no futuro perde totalmente o sentido para se tornar algo desnecessário ou sem importância, uma vez que o importante é o futuro, as consequências para o futuro em relação as atitudes do presente⁴²⁸.

O que se tenta fazer, modernamente, é controlar ou evitar o risco, não obstante, trata-se de uma tentativa, pois o risco é um evento provável, um evento futuro que poderá ou não ocorrer, o risco é um evento futuro que poderá ou não causar algum tipo de dano⁴²⁹.

Necessário, portanto, trabalhar com conceitos de risco sob a ótica da teoria sistêmica e sob o prisma do pensamento de Beck.

3.1.1.1 O Risco sob o Ponto de Vista da Teoria Sistêmica

Sob o ponto de vista sistêmico o risco é uma das características da modernidade. Assim como a complexidade e a contingência⁴³⁰ são conceitos trabalhados pela teoria sistêmica como dados, não sendo possível eliminá-los, o risco é inerente a uma sociedade complexa, dele não se podendo fugir⁴³¹, apenas é possível suportá-lo e talvez assimilá-lo como um fenômeno moderno.

⁴²⁷“Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador de risco. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 39).

⁴²⁸“Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 40).

⁴²⁹Para Luhmann o risco é sempre uma possibilidade de dano contingenciável. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 62). No mesmo caminho, Beck: “Nesse sentido, os riscos indicam um futuro que precisa ser evitado.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 40).

⁴³⁰LUHMANN, Niklas, **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-53.

⁴³¹Todavia, a tradição racionalista tenta eliminar o dano o que tem se mostrado improficuo. (“Cuando se pregunta por la manera como esta tradición racionalista entiente el problema, se recibe una respuesta sencilla y

A complexidade da atual sociedade obriga que os sistemas sociais, decidam, que os sistemas tomem decisões para que seja possível diminuir, num primeiro momento, a complexidade provocada pela contingência. Toda tomada de decisão implicará num provável dano, um dano possível de acontecer e a esta probabilidade denominamos risco. O risco é inerente à decisão, já o dano pode, ou não acontecer. Esta nova visão a respeito da sociedade atual faz com que muitos dos paradigmas⁴³² construídos ao longo de anos, décadas ou séculos, soçobrem. Pouco importa, igualmente, o momento que o dano acontecerá e se acontecerá⁴³³, o importante é saber que o dano é contingenciável, ou seja, possível de acontecer ou não dependendo de decisões tomadas até a ocorrência do dano.

Com efeito, tomada uma decisão, há possibilidade de ocorrência de um dano que poderá ser evitado por meio de tomada de outra decisão e assim sucessivamente, podendo, ao fim de um determinado lapso temporal ocorrer o dano supostamente previsto quando da tomada da primeira decisão ou não. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente à primeira decisão e assim sucessivamente poderão ocasionar a probabilidade de ocorrência do mesmo dano ou de outros danos vinculados às diversas decisões tomadas ao longo de uma cadeia decisória. O que se percebe que ao decidir, ao invés de diminuir a complexidade, é possível aumentá-la e é possível aumentar a probabilidade do dano que poderá ou não acontecer, uma vez que não se pode eliminar o risco contido na decisão, uma vez que a alternativa se tentar evitar um risco é sempre outro risco.

A tradição racionalista⁴³⁴, segundo Luhmann, trabalha com a noção de risco vinculada à noção de segurança, o que atrai uma variante da distinção favorável/desfavorável⁴³⁵. Não

convicente en lo posible, los daños deben ser evitados.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 58).

⁴³²No direito, o mito da segurança jurídica é um destes paradigmas fortemente contestados pela modernidade.

⁴³³“Tampoco importa en qué momento ocurre el daño, es decir, en el momento de la decisión o después. Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable. Y también con relación a este punto son posibles diferentes perspectivas de observación, cada una con diferentes opiniones acerca de si ha de tomarse o no una decisión con la plena aceptación del riesgo.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 62).

⁴³⁴“Es claro que la tradición racionalista bosquejada arriba ofrece una forma, pero no, ciertamente, un concepto de riesgo. [...]”

Según una definición muy extendida, el concepto de riesgo sería un concepto que ha de determinarse en oposición a la noción de seguridad.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 64).

⁴³⁵“Con ello la forma del riesgo se convierte en una variante de la distinción favorable/desfavorable.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65)

obstante, a experiência mostra que é impossível alcançar uma segurança absoluta, uma total ausência de risco em determinada situação criada por meio de uma decisão. A vivência em sociedade complexa torna impossível trabalhar com um conceito de segurança similar a uma situação de nirvana⁴³⁶, o que atrai a conclusão de que a própria distinção criada pela noção risco/segurança é uma distinção que possibilita o cálculo de toda decisão como um cálculo de que risco é possível ocorrer e não por outro motivo é possível valorizar monetariamente o risco⁴³⁷, fato que vem ocorrendo desde o início da era contemporânea. Todavia, ao se trabalhar com a noção de risco/segurança⁴³⁸ trabalha-se com um código que não é capaz de operacionalizar⁴³⁹, uma vez que o conceito de segurança é um conceito vazio de sentido e impossível de ser alcançado⁴⁴⁰. Assim, Luhmann sugere que se trabalhe com o binômio risco/perigo⁴⁴¹.

⁴³⁶“Su experiencia profesional les enseña que es imposible alcanzar una seguridad absoluta. Siempre hay algo imprevisto que puede ocurrir.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65).

⁴³⁷“De esta manera, con el binomio riesgo/seguridad tenemos como resultado un esquema de observación que hace posible, en principio, calcular todas las decisiones bajo el punto de vista de su riesgo. Esta forma tiene el indiscutible mérito de universalizar la aritmética del riesgo. No es, en consecuencia, ninguna causalidad que desde el siglo XVII las problemáticas relativas a la seguridad y al riesgo hayan contribuido reciprocamente una a la maduración de la otra.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 64-65).

⁴³⁸Luhmann fala em conceito “válvula-de-escape”. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65), o que remete aos conceitos “ônibus” de Wallestein quando aborda a polissemia do termo democracia. Eis as palavras de Wallenstein: “Tanto liberalismo como democracia são palavras-ônibus. Cada uma delas recebeu múltiplas definições, freqüentemente contraditórias. Além disso, os dois termos têm tido entre si uma relação ambígua desde a primeira metade do século XIX, ...”. (WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos: ciência social para o século XXI**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 123).

⁴³⁹“A distinção entre risco e segurança parece sem utilidade.” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 226).

⁴⁴⁰Luhmann usa para exemplificar o conceito de saúde quando se utiliza da distinção doente/são que não serve para estabelecer uma reflexão. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65).

⁴⁴¹“Estas pocas indicaciones ponen ya de manifiesto algunos de los prejuicios que pueden resultar cuando se pasa del esquema riesgo/seguridad al esquema riesgo/peligro. Sin embargo, la mayor de las ventajas de este cambio de forma reside en la aplicación del concepto de atribución, puesto que esta noción pertenece al ámbito de la observación de segundo orden. El concepto posee una larga historia sobre todo en la jurisprudencia y en la economía. No obstante, en tales ámbitos se trataba todavía del problema de una atribución correcta, por ejemplo, atribuir un hecho a un autor o de un incremento de valor a los factores de producción, tiempo, trabajo, capital u organización. No es sino hasta después de la segunda guerra mundial cuando la investigación sociopsicológica de la atribución – a la sazón en ciernes – alcanza el nivel de la observación de segundo orden, naturalmente sin contar, por su parte, con este concepto y sus consecuencias teóric-cognoscitivas y metodológicas. Entonces es cuando puede observarse cómo realiza una atribución – por ejemplo interna o externamente con relación a sí mismo y a otros, y si lo hace con factores constantes o variables con estructuras o con eventos con sistemas o con situaciones.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 70-71).

A dicotomia risco/perigo permite visualizar o binômio interno/externo. O risco é provocado internamente, ou seja, é provocado dentro do sistema. O sistema, ao decidir, tem que suportar o risco da decisão e esta mesma decisão que é risco para o sistema que está decidindo é perigo para outro sistema (entorno)⁴⁴². O risco é ao mesmo tempo perigo, dependendo do ponto de vista do observador. Trabalhar com esta dicotomia permite trabalhar com o problema da prevenção⁴⁴³. Assim, seria possível prevenir atitudes que possam causar risco e com isso é possível imaginar que se pode trabalhar com a noção de distribuição do risco (e possível dano) por meio de uma conduta.

É possível, assim, trabalhar com a noção de que se o sistema da política quiser evitar o perigo⁴⁴⁴ de ter de suportar uma decisão do sistema do direito, no tocante a questões envolvendo um determinado gasto em saúde, deverá decidir a respeito da implementação de uma política pública imposta por meio da decisão judicial, submetendo-se – o sistema da política – a um risco de efetivar ou não esta política pública, submetendo-se a um risco de ter de discutir os critérios de escolha do porquê da realização daquele gasto público (código governo/oposição), ou seja, eventual prevenção (ao risco ou ao perigo) acaba se tornando uma estratégia de distribuição de risco (que decisão tomar) que todo sistema terá de avaliar.

As constantes tomadas de decisões realizadas pelos sistemas sociais a respeito do risco e tentativa de diminuí-lo com outros riscos faz com que se trabalhe atualmente, sob a ótica de Beck, com o que denominou de risco reflexionado que será tratado no próximo item.

3.1.1.2 Modernidade Reflexionada: risco reflexionado

O paradoxo de se viver na modernidade é que mesmo se constatando a evolução da sociedade, de seus sistemas sociais, o que a torna complexa é o fato de que as próprias

⁴⁴²“No contexto geral de uma insegurança com respeito ao futuro e de um dano possível, poder-se-ia falar de risco quando qualquer dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando este dano deva ser tratado como consequência de uma decisão (ou daquele que decide ou de outros). O conceito oposto seria então o conceito de perigo, que é aplicável quando danos possíveis sejam imputados ao exterior.” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 227).

⁴⁴³LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 75.

⁴⁴⁴Para Luhmann é o dano provocado pelo entorno (exterior), trata-se de perigo, algo que o sistema não pode racionalizar a respeito, apenas suportar. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67)

categorias empregadas para modernização são empregadas para novas modernizações e novas desestabilizações e conseqüentemente novas estruturas são modificadas⁴⁴⁵.

Se a passagem da sociedade medieval para sociedade moderna – e industrial – trouxe novas categorizações, como a noção da divisão de classes, a produção da riqueza, possibilidade de ascensão social, trouxe, igualmente, a noção de estabilidade das estruturas no âmbito da economia, política, direito entre outros. Inegável que a positivação do direito, no início da era contemporânea⁴⁴⁶ respondia pelo anseio de segurança jurídica, contribuía para noção de estabilidade econômica e social. Institutos jurídicos como família, emprego que foram planejados para terem uma duração considerável, atualmente, com a evolução da sociedade são institutos efêmeros ou institutos questionados em seu suposto modelo tradicional⁴⁴⁷ como no caso da família⁴⁴⁸.

A reflexividade da modernidade ou a modernização reflexiva está no fato de que atualmente a complexidade é tanta que tem-se de conviver com a mudança em escala exponencial provocada pelos mesmos fatores que complexificam a sociedade⁴⁴⁹. As condições

⁴⁴⁵“Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente “latentes efeitos colaterais” rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram. Isto pode ocorrer de diversas formas.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 44).

⁴⁴⁶A isto Bobbio denomina a era dos direitos, fazendo alusão de que a positivação dos direitos não nasce num mesmo momento ou período histórico, a positivação acontece e aconteceu por circunstâncias da própria evolução da sociedade. Eis as palavras de Bobbio: “Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 6).

⁴⁴⁷A noção tradicional de família é a formada por uma casal heterossexual com pelo menos um filho.

⁴⁴⁸Ao discorrer sobre o descompasso do tempo do direito e do tempo histórico (da sociedade), assim se manifestou Leonel Severo Rocha e Francisco Carlos Duarte: “O que é o Direito de família? A família é uma instituição jurídica, elaborada para uma longa duração, e mesmo espaço. A família tradicional é constituída por um pai, uma mãe, e os filhos, que vivem juntos. Atualmente essa noção de família está completamente alterada e essa instituição isolada não existe mais, pois há outras possibilidades: famílias baseadas na afetividade, famílias monoparentais, famílias de outros tipos de institucionalização. Qual é o efeito desses eventos no que diz respeito á dogmática jurídica? A novidade é que na família ocorre um rompimento completo com a sua lógica temporal, pois há uma des-institucionalização da ideia tradicional de família. (ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Carlos Francisco. **O direito e o tempo social**. In: _____. **A construção sociojurídica do tempo: teoria do direito e do processo**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31).

⁴⁴⁹“Sendo assim, “modernização reflexiva” significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial – como está avaliado pelos padrões institucionais desta última. O fato de esta própria constelação poder mais tarde, em um segundo estágio, vir a

materiais que permitiram a evolução da sociedade feudal para sociedade industrial continuam agindo sobre a sociedade industrial, fazendo-a evoluir para sociedade de risco e esta mesma sociedade, seguramente, sendo influenciada pelas mesmas condições que geram e aumentam a complexidade é novamente reflexionada, alterando suas estruturas e evoluindo.

O desenvolvimento econômico que permitiu que se passasse, segundo Bauman⁴⁵⁰, da solidez para liquidez é o que permite atualmente que se questione a liquidez da sociedade. Se num primeiro momento a liquidez da sociedade era tida como positiva, com o aumento da complexidade, com a necessidade de decidir, com a necessidade de se prever e conter os riscos, esta mesma liquidez é novamente questionada, não se podendo mais entender como algo positivo ou negativo. Os valores oscilam por força da noção de reflexividade com que se empregam os próprios fatores que ocasionaram a mudança ou os próprios fatores que aumentaram a complexidade da sociedade⁴⁵¹.

Tome-se como exemplo a noção, no seio da sociedade brasileira⁴⁵², de saúde e o respectivo direito à saúde. Os valores da sociedade industrial, mesmo chegando tardiamente no Brasil, tiveram o condão de aumentar o acesso aos bens de consumo, teve o condão de produzir maior riqueza e com a produção de maior riqueza foi possível acumulá-la, mesmo que de maneira díspar. Como consequência do aumento da riqueza foi possível obter novas conquistas em outros campos, como, por exemplo, a expectativa de vida. A evolução da economia trouxe uma evolução na (e da) saúde no tocante ao acesso a medicamentos, no acesso a tratamentos médicos e trouxe aumento da expectativa de vida, uma vez que diversos entraves que dificultavam a longevidade foram eliminados, podendo-se citar a vacinação obrigatória como um dos fatores responsáveis pelo aumento da expectativa e da qualidade de vida do brasileiro. Este aumento de complexidade foi normado na Constituição promulgada em mil novecentos e oitenta e oito, nos artigos 6º e 196, precipuamente, e por força desta

se tornar objeto de reflexão (pública, política e científica) não deve obscurecer o mecanismo não refletido e quase autônomo da transição: é exatamente a abstração que produz e propociona realidade à sociedade de risco.” (BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony; LASH Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Unesp, 2012. p. 18).

⁴⁵⁰BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁴⁵¹Para Bauman, este seria um mal-estar da pós modernidade: ter de conviver com as mudanças numa velocidade acelerada e sem perspectivas de retorno a um mundo seguro. (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998).

⁴⁵²Sempre lembrando que para teoria sistêmica há uma grande sociedade global e falar em sociedades é falar em Estados soberanos que são organizações do sistema político.

disposição constitucional, o que foi assegurado pela complexidade do sistema inseriu-se nos sistemas da política e no do direito.

A reflexividade desta modernidade está no fato de os mesmos fatores que serviram para provocar a mudança, os mesmos fatores que complexificaram a sociedade são novamente retrabalhados para, no seio da então sociedade atual e de risco⁴⁵³, serem o estopim da mudança, é a mudança provocada de maneira autorreferencial. Se a complexidade – e consequente evolução – da sociedade industrial permitiu o acesso considerável de pessoas à saúde e ao gozo deste direito, o que se questiona atualmente é como universalizar a saúde, é como eliminar zonas de pessoas que estão excluídas da fruição do direito à saúde. A modernização reflexiva criou o risco reflexionado, porquanto submetida a complexidade a novas complexidades o que faz com que seja necessário pensar a decisão da decisão para que seja possível medir o risco do risco em decidir um caminho ou outro caminho no tocante ao gasto de uma determinada verba pública para eliminação de uma doença numa determinada região do Brasil.

A política de combate a AIDS/SIDA desenvolvida no Brasil talvez seja um exemplo de modernidade reflexionada e de risco reflexionado. A evolução da doença no Brasil, no início da década de oitenta do século XX, extrapolando os grupos ligados a práticas homossexuais e os grupos ligados à drogadição fez com que o Estado investisse em políticas públicas para erradicar ou controlar a doença, tendo sido obtidos resultados, depois de anos de investimentos na área da saúde, satisfatórios no controle da AIDS/SIDA no Brasil⁴⁵⁴. Pode-se dizer que num primeiro momento, o aumento da doença fez com que o sistema da política realizasse uma decisão: erradicação ou controle da doença, tendo-se obtido o sucesso desejado depois de algumas décadas. O paradoxo desta medida é que, mesmo tendo o Estado brasileiro obtido resultados satisfatórios, muito se questiona se este tipo de gasto foi o mais adequado, uma vez que o Brasil tem diversos outros problemas ligados ao sistema da saúde, tais como

⁴⁵³BECK, Ulrich.. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony; LASH Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Unesp, 2012

⁴⁵⁴Segundo dados constantes no sítio eletrônico do IBGE, a doença teve, inicialmente, um aumento no número de habitantes infectados, estando, atualmente, controlada a infecção sob o ponto de vista do sistema da saúde. A AIDS/SIDA passou a ser uma doença endêmica: muitos a têm, porém dela poucos vêm a óbito. Em relação aos números, estatísticas, consultar: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=MS50&t=taxa-incidencia-aids>>. Acesso em: 30 out. 2015.

tratamento ao câncer e outras doenças mais letais que a AIDS/SIDA⁴⁵⁵. As mesmas bases que permitiram uma tomada de decisão a respeito do investimento público para conter a epidemia são as que permitem atualmente se questionar se o tratamento dado à doença foi adequado e se ainda é adequado continuar investindo no tratamento da AIDS/SIDA ante o número de pessoas efetivamente contaminadas.

A modernidade (reflexiva) permite, com maior rapidez, questionar de maneira reflexiva a respeito dos riscos, o que torna o presente algo totalmente incerto e o futuro uma probabilidade que deverá ser evitada ou que deverá ser calculada sob o ponto de vista das possibilidades de decisões (caminhos) e a consequência em relação aos riscos, com todos os contornos – aumento da insegurança - que este tipo de reflexão tem o condão de causar nas decisões atuais.

3.1.1.3 Desigualdade Social Brasileira como Fator de Aumento do Risco da Operacionalização do Direito à Saúde

Não precisa revolver a história do Brasil para saber que a sociedade brasileira é pródiga na péssima distribuição de suas riquezas entre a população⁴⁵⁶. A desigualdade no Brasil começou quando de seu descobrimento. A escravidão como um modelo econômico ao tempo do Brasil Colônia e Império foi o primeiro marco da desigualdade brasileira. Ao lado do elemento conquistador (Português) havia uma enorme gama de escravos cuja força da mão-de-obra era a mola mestra para movimentar a economia brasileira⁴⁵⁷. A sociedade brasileira conviveu por mais de quatrocentos anos com a naturalização da exploração do trabalho escravo, eufemisticamente denominado elemento servil, tendo nutrido consequências desta prática que se refletiram na formação de diversas instituições e se refletem atualmente

⁴⁵⁵No sítio eletrônico do Ministério da Saúde e do IBGE há dados e estatísticas a respeito da mortalidade de diversas doenças. (BRASIL. Ministério da Saúde. Portal da saúde. Disponível em: <www.portal.saude.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2015; e INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2015).

⁴⁵⁶PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2010.

⁴⁵⁷“Assim, a escravidão, que se implantou no Brasil, como em outras regiões do continente americano, assumiu o tipo de escravismo colonial. Era um sistema produtivo que gerava, no fundamental, bens para exportação. Esta se viabilizava pelo fato de contar com uma situação de monopólio assegurado pela metrópole, o que, por consequência, garantia aos produtores preços de monopólio. A metrópole lusitana era a única importadora direta do açúcar proveniente do Brasil, cujos colonos, por sua vez, estavam obrigados à importação exclusiva de bens procedentes de Portugal. Uma situação tipicamente colonial, que se expressou no escravismo também colonial.” (GORENDER, Jacob. **Brasil em preto e branco**. São Paulo: Senac, 2000. p. 23).

no seio da sociedade brasileira⁴⁵⁸ no tocante ao aspecto negativo emprestado à noção de que o trabalho é o caminho legítimo para se acumular riqueza.

No plano social, a prática da escravidão tem o condão de gerar no imaginário da população a noção de que a desigualdade advém do nascimento⁴⁵⁹. A coexistência do conquistador e do conquistado ou a coexistência do elemento colonizador e do escravo cria no imaginário social a necessidade de diferenciar as pessoas devido à cor da pele, do nascimento ou origem. Diferentemente dos Estados Unidos da América, cujo fundamento era a igualdade entre os perseguidos que fugiram da Inglaterra⁴⁶⁰, no Brasil a igualdade jamais poderia ser a regra, uma vez que havia uma classe que detinha o controle do que na época eram os meios de produção e outra classe encarregada de gerar a riqueza por meio da exploração da mão-de-obra escrava. Não pode haver igualdade quando uma das partes já nasce socialmente condicionada a ocupar uma determinada função, sem qualquer tipo de possibilidade de ascensão social ou mesmo possível, com severas restrições. É difícil ocorrer igualdade em sociedades pouco complexas⁴⁶¹.

No plano econômico, ao se fragmentar a sociedade brasileira entre aqueles que exploram a mão-de-obra por meio do regime servil e aqueles que são obrigados ao trabalho não remunerado o que se conquista é a noção de que o trabalho é um fator de diferenciação social entre aqueles que detém poder para explorar e aqueles que são necessariamente

⁴⁵⁸ Sempre lembrando que para teoria sistêmica há uma só ‘sociedade’.

⁴⁵⁹“O penetrar nas sociedades modernas destruiu-lhes a escravidão a maior parte de seus fundamentos morais e alterou as noções mais precisas de seu código, substituindo um estado, comparativamente e para todas, de progresso pelo mais obstinado regresso até fazê-las encontrar a velha civilização de que sairão através de chamadas purificadoras. Na verdade, somente quem olha para essa instituição, cegado pela paixão ou pela ignorância, pode não ver como ela desagradou vários povos modernos, a ponto de torná-los paralelos a povos corrompidos, que passaram. Não é somente o adiamento material que ela entorpece com o trabalho servil; é também o moral, e dizendo moral eu compreendo o adiamento da civilização, a saber, das artes, das ciências, das letras, dos costumes, dos governos, dos povos: o progresso enfim.

Cada força social, e as forças sociais são as idéias, sofreu coma escravidão um abalo profundo. O lado moral dos cidadãos afrouxou-se, quebrado o lço moral dos homens. Os princípios, também como as idéias, foram violados por uma aplicação exclusiva, que importava o privilégio de uma raça: as leis que nada mais são do que o encadeamento lógico dos princípios, foram totalmente esquecidas, e nessas sociedades, sem idéias, sem princípios, sem leis, o maior desequilíbrio tornou-se entre as várias camadas, e a ordem, a segurança, a riqueza, a produção, as atividades públicas ficaram assentes sobre areia, numa inclinação perigosa.” (NABUCO, Joaquim. **A escravidão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1-2).

⁴⁶⁰TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1 p. 37-41.

⁴⁶¹LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 184-185)

submetidos à exploração diária da mão-de-obra⁴⁶². Obviamente, o Brasil, ao movimentar a indústria extrativista do Pau-Brasil, as culturas de plantação de cana-de-açúcar, de cacau, de café e a exploração da pecuária por meio da mão-de-obra escrava impediu, por muito tempo, que os princípios do liberalismo econômico cunhados na Europa dos séculos XVII e XVIII fossem transplantados para realidade brasileira, vez que a inexistência de mão-de-obra assalariada impedia a formação de qualquer tipo de mercado consumidor e, portanto, a única alternativa que restava ao Brasil era continuar voltando sua indústria agrícola para exportação de matéria prima (apenas para a metrópole: Lisboa), que era a intenção jamais disfarçada da Coroa Portuguesa ao tempo do Brasil Colônia.

No plano político, a ausência de igualdade entre o elemento servil e o restante da população teve o condão de mitigar a busca por instituições democráticas e representativas, uma vez que tornavam-se inócuas diante da realidade brasileira ao longo dos quatro primeiros séculos após o descobrimento⁴⁶³. Eleições, mesmo que censitárias, representação popular por meio de mandatos eram institutos que tinham pouca valia para uma sociedade simples, destituída de complexidade, como era o Brasil Colônia e Império⁴⁶⁴.

Não é preciso continuar nos exemplos para se ter uma ideia de como a cultura brasileira foi reflexionada⁴⁶⁵ por estas variantes, vez que ao longo da formação do imaginário

⁴⁶²“Do trabalho, o mais nobre dos esforços, fez ela a mais rebaixada das ocupações; a atividade que trazia em seu próprio arbítrio o caráter da liberdade tornou-se, na sociedade, servil, como se a sociedade fosse outra coisa mais que o meio do desenvolvimento das atividades livres. Pelo trabalho, que ficou sem estímulo e sem escrúpulo, atacou a escravidão a produção, a riqueza, a segurança nacionais: assim veremos como a escravidão rebaixou o trabalho.” (NABUCO, Joaquim. **A escravidão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 3).

⁴⁶³“Um governo livre, edificado sobre a escravidão, seria virgem na História.” (NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 151).

⁴⁶⁴A simplicidade da sociedade brasileira comprometia a ideia de adoção, por transplante, do regime representativo do tipo inglês na medida que inexistia ao tempo do Brasil Império uma opinião pública capaz de intervir qualitativamente no jogo político. Eis a seguinte passagem de Leonel Severo Rocha: “A solução conciliatória encontrada era a implementação de um efetivo governo representativo de tipo inglês. No entanto, uma das dificuldades para a realização deste sistema político era, para os deputados liberais conservadores, a inexistência de uma opinião pública capaz de intervir qualitativamente na política, condição para um sufrágio responsável. Ou seja, como britanizar a política brasileira e, consequentemente, salvar-se a Monarquia, se a sociedade era constituída na sua maioria por analfabetos e escravos?” (ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2005. p. 164).

⁴⁶⁵Segundo Luhmann, toda cultura no sentido moderno constitui-se de uma auto-observação do sistema que permite que a seja utilizada para reduzir a complexidade do entorno. Assim, a petrificação da observação garante que mesmo ocorrendo uma mudança externa esta seja visualizada como havia sido observada anteriormente o que acaba por retirar a complexidade do entorno ou evitar que o ruído externo seja novamente processado pelo sistema por meio de um código binário. Eis as palavras de Luhmann: “Desde finales del siglo XVIII el concepto de cultura ocupa el lugar en donde las autodescripciones se reflexionam. Cultura en el sentido moderno siempre es la cultura reflexionada como cultura, i.e., una descripción observada en el sistema. Esto está en armonía con la modificación (alrededor de 1800) del concepto de individualidad de-lo-indivisible

comum muitas das estruturas ligadas a uma sociedade brutalmente desigual subsistem como algo natural, como um fator capaz de reduzir a complexidade do entorno quando reflexionada para dentro do sistema do direito, do sistema da política ou do sistema da saúde. O que se viu, portanto, até a Constituição de mil novecentos e oitenta e oito foi a naturalização da péssima distribuição de renda e serviços que ocorria no Brasil⁴⁶⁶ como um fator culturalmente natural.

Todavia, a positivação de direitos na Constituição de mil novecentos e oitenta e oito – e dentre estes o direito à saúde - teve o condão de desvelar a necessidade de se eliminar esta distribuição irregular de bens e serviços públicos⁴⁶⁷ bem como teve a capacidade de produzir novos riscos no seio dos sistemas do direito e da política, precipuamente, uma vez que a positivação do direito à saúde gera a expectativa de cumprimento deste direito por parte do sistema do direito e gera-se expectativa de tomada de decisões coletivamente vinculantes no tocante ao sistema da política para que seja possível alcançar a saúde à população.

Este talvez seja um drama significativo porque passa o sistema da política ao não conseguir trabalhar adequadamente com o risco na tomada de decisões coletivamente vinculantes. Conquanto seja necessário o investimento em saúde por parte do Estado, o que se percebe é a transferência do risco relativo às decisões envolvendo políticas públicas esbarram na questionável desculpa de ausência de verbas⁴⁶⁸, no custo elevado para manutenção de

hacia la autoobservación de la propia particularidad – con la exigencia de que los individuos deben “apropiarse” la cultura de manera individualmente adecuada (formación). La cultura puede entenderse del modo en el sentido de que la auto-descripción en ningún caso excluye la descripción del mundo en la cual acontece, más bien la incluye precisamente mediante la distinción autorreferencia/heterorreferencia. Entonces cultura significa algo así como la forma expresiva, anclada en la sociedad, de una representación del mundo, la cual en otras sociedades pueden tomar formas diferentes. Cultura – como se lee con frecuencia – es conducta aprendida. El concepto de cultura implica comparación de culturas y relativismo histórico – así como localización de la propia cultura dentro de este contexto. Transmite apariencia de “objetividad”, i.e., transmite el supuesto de que todos los observadores de culturas – precisamente al reconocer la relatividad del objeto – deberían llegar a resultados concordantes. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 2007. p. 698-699).

⁴⁶⁶ Ainda hoje a sociedade brasileira enfrenta este gargalo de mal distribuir entre a população o resultado de seu produto interno bruto (PIB). Para isto, consultar o site eletrônico: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 02 out. 2015.

⁴⁶⁷ Gilberto Berchovici já alertara que a Constituição trabalhou com a noção de eliminação das desigualdades regionais com o todo o problema do que significa o termo ou a expressão “regional” no texto da Constituição (BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 69-82).

⁴⁶⁸ Após a promulgação da Constituição de 1988 e a previsão no texto constitucional a respeito da assistência judiciária gratuita aliada à criação e fortalecimento da Defensoria Pública, houve um incremento do exercício do direito à saúde pela população carente via Poder Judiciário, uma vez que houve aceitação de que era possível obtenção de uma decisão judicial, com base no artigo 6º e 196, da Constituição, obrigando o Poder Público a fornecer fármacos ou obrigar o Poder Público a disponibilizar algum tipo de intervenção cirúrgica. (MARTINI, Sandra Regina; SZINVELSKI, Martín Marks. O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a

políticas públicas na área da saúde envolvendo setores carentes da população, no custo elevado para adquirir medicamentos ou disponibilizar certos tratamentos, transferindo um risco (ausência de tratamento ou tratamento insuficiente) e conseqüentemente possíveis danos à parcela da população que não tem condições de suportar ausência de um serviço público sem comprometer a própria saúde.

Pressionado por mais de quatrocentos anos de cultura reflexionada, este é o caldo das demandas que aportam ao Poder Judiciário solicitando que a Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política seja cumprida, ou seja, o risco das decisões judiciais envolvendo demandas relativas à saúde são observadas como perigo⁴⁶⁹ para o sistema da política, na medida que comprometem o orçamento com gastos em saúde, denominados de gastos públicos.

3.1.2 Sistema da Saúde e Acoplamento Estrutural com Sistema da Política e do Direito: necessidade de aquisição evolutiva

Se para teoria sistêmica a Constituição é o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política⁴⁷⁰, fazendo com que o paradoxo das referências alopoiéticas⁴⁷¹ se concretize e se apague ao mesmo tempo e se para teoria sistêmica a Constituição é igualmente o ganho evolutivo⁴⁷² que permitiu separar e unir os sistemas do direito e da política a pergunta que se deve fazer é se existe igual ganho aquisitivo que torne possível visualizar e unir o sistema da política com o sistema da saúde.

2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação. *In*: _____. **Saúde, direito e transformação social**: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 24-25). Na mesma linha, abordando a necessidade de financiamento do SUS, o seguinte artigo de Maria Célia Delduque: SANTOS, Alethele Oliveira; DELDUQUE, Maria Celia Delduque; ALVES, Sandra Mara Campos. **Os três poderes do Estado e o financiamento do SUS**: o ano de 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n1/0102-311X-csp-0102-311X00194815.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁴⁶⁹Novamente: LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67.

⁴⁷⁰“[...] aun cuando el sistema de derecho se encuentre estructuralmente acoplado con el sistema político y con el sistema económico por medio de instituciones (Constitución, propiedad, contrato), esto no representa ninguna garantía de una coordinación invariante en el tiempo, sino, tan sólo: garantía de una suficiente especificidad en el reconocimiento de las sorpresas mutuas.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 511).

⁴⁷¹A este respeito, em complementação, reporta-se às ideias de Marcelo Neves no tocante à constitucionalização simbólica. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013).

⁴⁷²LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990.

Ao abordar a respeito dos fundamentos da sociologia do risco⁴⁷³, Luhmann, no primeiro capítulo da obra analisa o conceito de risco, discorrendo a respeito do binômio: risco/segurança. Em geral, segundo Luhmann, pensa-se que o oposto de risco seria segurança⁴⁷⁴ em termo de tentativa de se evitar ou conter o dano. Não obstante, afirma o sociólogo que trabalhar com a noção de segurança em oposição à noção de risco para se tentar definir o conceito de risco não seria a melhor alternativa.

Não é a melhor alternativa porque o binômio risco/segurança induz trabalhar com a noção de favorável/desfavorável e com a ideia de total segurança, de risco “zero”, o que se sabe ser impossível em sociedades complexas. Toda tomada de decisões, toda contingência da vida moderna gera certo grau de risco. É possível muitas vezes quantificar a probabilidade do dano, quantificar o risco ou quantificar a segurança e esta quantificação somente é possível se se trabalhar com o código risco/segurança ou favorável/desfavorável⁴⁷⁵. Para Luhmann, o perigo de se trabalhar com o conceito oposto ao de risco como segurança é porque seria possível monetarizar todas as relações, o que acabaria desviando totalmente o objeto da sociologia.

Não obstante, o que torna interessante analisar no pensamento de Luhman é a passagem constante na obra Sociologia do Risco no tocante ao valor “segurança” utilizado quando se trata de literaturas ligadas ao direito do consumidor e o código doente/são (enfermo/são) em se tratando do sistema da saúde⁴⁷⁶. Para Luhmann, trabalhar com o código

⁴⁷³ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006.

⁴⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 64.

⁴⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65.

⁴⁷⁶“Con ello la forma del riesgo se convierte en una variante de la distinción favorable/desfavorable. Una versión algo más refinada se presenta entre los expertos en seguridad. Su experiencia profesional les enseña que es imposible alcanzar una seguridad absoluta. Siempre hay algo imprevisto que puede ocurrir. A causa de esto, el uso que le dan al concepto de riesgo se refiere a sua aspiración de alcanzar la seguridad y la precisión numérica de la dimensión de lo razonablemente alcanzable. La transición de los análisis de riesgo determinístico a los análisis de riesgo probabilístico, corresponde a esto.

Algo similar ocurre con la literatura relativa a la defensa del consumidor. Todo esto confirma la extendida inclinación a definir el riesgo como una medida para procedimientos de cálculo. Mirando de reojo a los sociólogos, podríamos conceder que el concepto de seguridad se refiere a una ficción social y que debemos investigar lo que en la comunicación social se maneja sin discutir como algo seguro, así como preguntarnos qué tan estables son estas ficciones cuando se presentan experiencias que se les oponen (por ejemplo en lo relativo a las conexiones aéreas en un aeropuerto).

En esta constelación, el concepto opuesto al riesgo, esto es, el concepto de seguridad, sigue siendo un concepto vacío, de manera similar al concepto de salud en la distinción enfermo/sano. Es decir, funge exclusivamente como un concepto de reflexión. O también como concepto-válvula-de-escape para la exigencias sociales que, según sea el nivel variable de la exigencia, se abre paso en el cálculo de riesgo.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 65).

enfermo/são para o sistema da saúde mostra-se totalmente inócuo, na medida que o único esquema de observação possível é o de contabilizar monetariamente todos as decisões sob o ponto de vista do seu risco (aritmética do risco).

Ao se buscar a segurança por meio do binômio doente/são o que se obteriam seriam muito mais possibilidades de se monetarizar as decisões para que se pudesse calcular o possível risco⁴⁷⁷. Esta passagem da obra, permite trabalhar com uma questão interessante sob o ponto de vista da teoria sistêmica: houve ganho evolutivo em relação ao sistema da saúde e o sistema da política?⁴⁷⁸

Se é certo que apenas por meio do código doente⁴⁷⁹ é possível ativar o sistema médico, uma vez que é um código positivo, não há como negar que o sistema da saúde está operando na sociedade, vez que existem meios de captar distinções entre decisões judiciais, decisões políticas e decisões de saúde⁴⁸⁰.

A judicialização da saúde⁴⁸¹ faz com que o sistema do direito tome decisões impondo perigo⁴⁸² ao sistema da política que irá absorvê-lo e irá transformá-lo em risco, tomando

⁴⁷⁷LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 66.

⁴⁷⁸Conforme já exposto, para Luhmann, a Constituição foi o ganho aquisitivo necessário para atual complexidade da sociedade que permitiu ao sistema do direito e ao sistema da política se separarem e se reconectarem, sem, contudo haver corrupção de códigos. Os sistemas da política e do direito mantêm operativamente fechados e cognitivamente abertos, sendo a Constituição o acoplamento estrutural que permite que cada sistema observe o outro sem que haja corrupção de códigos. (LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990).

⁴⁷⁹MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. *In: _____*. **Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 56. (“Com estas observações, podemos ver que Luhmann deixa indicativos para se pensar na saúde como um sistema social, em cujo contexto ele destaca a existência do código binário referido, mas alerta para a constatação de que o valor que “vale” é o positivo, ou seja, a doença: ela é quem faz o sistema “funcionar” e ser funcionalmente diferenciado dos demais sistemas sociais, mas sempre conectado nesta rede de comunicações que é a própria sociedade, como podemos observar: [...]”

⁴⁸⁰No tocante ao direito à saúde, pode-se dizer que as suas expectativas normativas e a própria redefinição das funções do Estado brasileiro, em matéria de políticas públicas de saúde previstas na Constituição de 1988, resultam de um longo período de reordenação dos processos de comunicação e das inter-relações dos diversos sistemas sociais, marcado pela generalização de expectativas em torno da redemocratização e da redução das desigualdades sociais do país, causando um impacto concreto nas novas interações entre diversos atores sociais na luta pela concretização da saúde.

Cabe destacar que uma mudança no direito gerará uma mudança efetiva no funcionamento do SUS. Nesse caso, pode ser registrada como “êxito político”. Esse ato vai desencadear, simultaneamente, mudança na situação de vigência do direito, servindo de instrução para os tribunais, bem como para todos aqueles que queiram saber”. (MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. *In: _____*. **Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60).

⁴⁸¹Perceber a troca de informações entre os sistemas do direito, da política e da saúde e a absorção da complexidade do entorno por meio dos códigos de cada um destes sistemas (fechamento operativo) é um dos caminhos para se compreender o que se denomina judicialização da saúde. (SANTOS, Alethele de Oliveira;

decisões coletivamente vinculantes⁴⁸³. Pode-se perceber que há um hiato maior entre o sistema do direito e o sistema da saúde, é de mais fácil percepção visualizar a distinção de ambos os sistemas porque as organizações envolvidas guardam características muito díspares. No sistema do direito, as organizações como Poder Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público entre outras produzem decisões, irritam-se e fazem com que o código direito/não direito (legal/ilegal, lícito/ilícito) seja ativado, enquanto que organizações como hospitais, clínicas e o Estado enquanto ente federado vinculam-se ao sistema da saúde e qual seria então o código de ativação do sistema da saúde?

Imaginar o código doente ou enfermo seria vincular à operacionalização do sistema médico e vincular ao código são é reconhecer que o sistema da saúde⁴⁸⁴ ativar-se-ia por meio de um código negativo o que não é aceito por Luhmann⁴⁸⁵. Deve-se lembrar ainda que trabalhar com o código “negativo” (são) seria exponencializar as possibilidades de vincular o custo à decisão para se eliminar o risco, ou seja, qual é o custo para que todos os brasileiros fiquem (ou permaneçam ou estejam) sãos? Qual seria o custo para vacinar toda população preventivamente em relação à hepatite “C”, por exemplo? A monetarização das relações fatalmente causaria corrupção de códigos na medida que o sistema da economia é quem ditaria as regras em relação ao sistema da saúde o que destruiria com a autopoiese de ambos os sistemas ou ao menos com a autopoiese do sistema da saúde.

DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. **Os discursos na audiência pública da saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v24s1/0104-1290-sausoc-24-s1-00184.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁴⁸²Uma vez mais, no sentido dado por Luhmann de que o perigo é externo ao sistema e o risco é provocado por uma decisão do sistema. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67)

⁴⁸³“Vemos que, em todas as sociedades, o sistema da saúde foi se diferenciando e se autorreproduzindo em contínua irritação com os demais sistemas sociais, em especial com o sistema do direito – aí falamos em judicialização, e o sistema da política é obrigado a tomar decisões coletivamente vinculantes.” (MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. In: _____. **Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54).

⁴⁸⁴Luhmann faz menção ao sistema da saúde, dizendo que mediante organizações o sistema obteve certa independência em relação aos meios financeiros (orçamento público) e assim foi possível a prevenção generalizada no tocante ao tratamento de doenças. Eis a passagem: “Por ejemplo, en el sistema salud únicamente mediante organización se logra una cierta independencia con respecto a los medios financieros de cada uno y así es posible llegar a la prevención generalizada del tratamiento de las enfermedades.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009, p. 395)

⁴⁸⁵LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 64.

Não por outro motivo, pensar o código negativo seria imaginar apenas questões ligadas ao gasto público, ao regime de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado⁴⁸⁶ com a finalidade de cumprir o direito à saúde, com a finalidade de “dar” saúde à população.

É neste ponto que se deve pensar na diferenciação funcional entre o sistema da saúde e o sistema da política para verificar se houve algum tipo de ganho aquisitivo entre ambos.

Uma das evoluções da modernidade foi o acoplamento estrutural entre o sistema da política e as organizações, precipuamente, se se pensar no sistema da educação e no sistema da saúde. Por muito tempo, educação e saúde eram duas funções ligadas ou vinculadas exclusivamente à Igreja. Era a Igreja quem administrava as escolas e era a Igreja que administrava a doença por meio de leprosários, abrigos para velhos e por meio da penitência e da extrema-unção. A medida que a sociedade se complexifica, outras organizações vão realizar o mesmo serviço oferecido pela Igreja (enquanto organização) e assiste-se, paulatinamente, à secularização da sociedade, vez que o Estado enquanto ente federado começa assumir as funções que antes eram privadas e religiosas⁴⁸⁷.

Quando, atualmente⁴⁸⁸, se deseja que o Estado, enquanto ente federado e pertencente ao sistema da política, realize uma vasta campanha de vacinação contra algum tipo de doença são sopesadas questões ligadas ao gasto público (monetarização de decisão envolvendo código negativo) e são atividades, acaso sejam gastos milhões de dinheiro público para concretização da decisão política, uma vasta gama de organizações, desde hospitais públicos e privados, organizações não-governamentais (ONG), postos de saúde, clínicas entre outros, sendo irritados, portanto, pelo sistema da política. É por meio destas organizações que o sistema da saúde realiza suas operações.

Tendo em vista que o sistema da saúde e o sistema da política ligam-se por muitas organizações comuns, sendo uma destas o Estado enquanto ente federado, é necessário saber quando as decisões tomadas pela organização “Estado” é uma decisão política e quando é uma decisão vinculada ao sistema da saúde⁴⁸⁹. Isto porque quando ocorre uma decisão política

⁴⁸⁶MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. In: _____. **Saúde, direito e transformação social**: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 61.

⁴⁸⁷LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 394-395.

⁴⁸⁸Ano de 2015.

⁴⁸⁹Lembrando que as organizações produzem uma hipertrofia de decisões que serão posteriormente reduzidas por práticas decisoriais e por meio de auto-organização. (“Que as organizações sirvan de acoplamiento estructural a los sistemas y en algunos casos más que en otros depende de que las organizaciones producen una hipertrofia

de implementação de um vultuoso gasto público na área da saúde não há clareza se esta decisão é uma comunicação oriunda do sistema da política ou é uma comunicação oriunda do sistema da saúde⁴⁹⁰.

Talvez este seja o ponto de inflexão a ser observado: o sistema da saúde e o sistema da política ainda se utilizam de muitas organizações⁴⁹¹ comuns fazendo com que ainda sejam sistemas operando muito próximos o que tem gerado confusão sob o ponto de vista de um observador hipotético. O que o sistema da saúde e o sistema da política precisam – e será evidenciado cada vez mais que autopoiese entre ambos for realizada – é de uma evolução aquisitiva como a Constituição foi para os sistemas do direito e da política. Esta aquisição evolutiva será responsável pela ligação e separação (paradoxo) de ambos os sistemas e será responsável por emprestar confiança às decisões, objeto dos próximos tópicos.

3.1.3 Estrutura do Poder Judiciário e a Preocupação com a Segurança Jurídica⁴⁹²: questão de confiança sob o ponto de vista sistêmico

Não há como negar que a estrutura do Poder Judiciário como moldada desde final do século XIX, por meio da positivação do direito, sob o ponto de vista da epistemologia jurídica

de posibilidades de decisión que después habrá que reducir mediante la praxis decisional y la ‘autoorganización’. Hemos hablado de absorción de incertidumbre y de edificación de un mundo en el que la seguridad es autoconstruida.” (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 396).

⁴⁹⁰Imagine-se a seguinte hipótese em relação à diferença entre partos naturais e partos por meio de cesareana. Atualmente, em que pese haver pesquisas indicando ser mais saudável à mulher opção pelo parto natural, no Brasil os partos por meio de cesareana são mais frequentes, uma vez que é mais prático para o médico e para a mulher escolher a data de nascimento. O Estado (enquanto organização) poderia realizar uma política pública de valorização do parto natural, remunerando os hospitais privados com valores três vezes superior, por exemplo, e proibindo os hospitais públicos de realizar mais do que uma porcentagem determinada de partos por meio de cesareana. Esta decisão seria do sistema da política ou do sistema da saúde?

⁴⁹¹Convém lembrar que de acordo com a teoria sistêmica inexistem qualquer tipo de óbice a que organizações pertençam a mais de um sistema, aliás, o comum é que organizações sejam vinculadas a mais de um sistema ou sub-sistema social. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 396).

⁴⁹²É a suposição de que a decisão judicial se traduz na única e possível “vontade da lei”, não podendo haver dúvidas em relação à declaração do direito válido em um determinado julgamento. O Direito é uma “ciência” que não comportaria dúvidas e por este motivo o processo civil existe para revelar verdades.. Eis as palavras de Ovídio A. Baptista da Silva: “A conclusão que se deve extrair de seu ensinamento decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, consequentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004,p. 93)

visa à segurança jurídica⁴⁹³. Vencida a visão de que haveria no direito suporte no direito natural, com regras fixas e imutáveis dada pela natureza ou por Deus⁴⁹⁴, no início do racionalismo moderno, já apontava Hobbes⁴⁹⁵ que a lei resumia-se à vontade do soberano⁴⁹⁶ por meio do pacto contratual que a sociedade fizera para evitar o estado de natureza⁴⁹⁷. Para Hobbes, o pacto⁴⁹⁸ não seria passível de revogação nem pelo soberano nem pelos súditos, e, toda tentativa de quebrá-lo era passível de punição. Dizia Hobbes que a lei era fruto da vontade do soberano que detinha uma parcela da liberdade de todos os súditos para fazer cumprir a lei (lei civil ou contrato).

A origem da lei, para Hobbes, não era natural, era uma construção da mente humana, era um produto racional⁴⁹⁹ e apreensível e por este motivo há a primeira fratura no tocante à noção de que o direito poderia ser colmatado por valores exteriores ao próprio direito. A lei (civil, segundo Hobbes) era um produto do soberano⁵⁰⁰ imposto aos súditos de um

⁴⁹³ Autores tidos por dogmáticos ou positivistas, como Humberto Theodoro Júnior, escrevem cursos ou tratados, como se fosse possível descrever o processo como uma ciência ou um instrumento capaz de revelar verdades. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. I)

⁴⁹⁴ “Nas sociedades modernas, a positivação do direito pode ser explicada, diz nosso autor, como uma reação diante da crise dos fundamentos sagrados do direito, de um lado, e à impossibilidade de práticas cotidianas, cada vez mais complexas, conseguir manter as tradições provenientes do direito consuetudinário.” (CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998. p. 27).

⁴⁹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁴⁹⁶ “A estes ditames da razão os homens costumam dar o nome de leis, mas impropriamente. Pois eles são apenas conclusões ou teoremas relativos ao que contribui para a conservação e defesa de cada um. Ao passo que a lei, em sentido próprio, é a palavra daquele que tem direito de mando sobre outros.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 133).

⁴⁹⁷ “Em segundo lugar, numa condição de guerra, em que cada homem é inimigo de cada homem, por falta de um poder comum que os mantenha a todos em respeito, ninguém pode esperar ser capaz de defender-se da destruição só com sua própria força ou inteligência, sem o auxílio de aliados, em alianças das quais cada um espera a mesma defesa. (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 125).

⁴⁹⁸ A noção contratualista dada por Hobbes é muito interessante na medida que remete ao que modernamente se atribui ao legalismo como princípio, ou seja, tudo que não é vedado, é permitido. Esi a passagem de Hobbes a respeito do que seria justiça, opondo-se situações justas e injustas com base no cumprimento do pacto (contrato): [...] Que os homens cumpram os pactos que celebrarem. [...].

Nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. Porque sem um pacto anterior não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, conseqüentemente nenhuma ação pode ser injusta. Mas, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 123). Note-se que para Hobbes a questão da justiça ou injustiça é exterior ao Direito (pacto, contrato).

⁴⁹⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 201-206.

⁵⁰⁰ Segundo Hobbes, nem mesmo o magistrado poderia “fazer” lei, devendo cumprir a lei que se resumia na vontade do soberano (poder). Convém transcrever a seguinte passagem: “O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse

determinado Estado e todos sob a proteção deste soberano não poderiam alegar desconhecimento da lei.

A evolução do direito, posterior ao pensamento de Hobbes, deu-se, em linhas gerais, no que interessa abordar neste ponto, para duas questões que mostram-se pertinentes na atualidade: a positivação do direito como um produto para se garantir segurança em relação ao comportamento futuro e a positivação como um produto da criação humana e, portanto, certo e imutável e sem qualquer vinculação com a tradição ou com a história⁵⁰¹.

Inicia-se com a análise da positivação do direito – dogmática jurídica – no tocante à noção de que o direito seja certo e imutável. A positivação do direito aliado ao processo civil dos países caudatários da “civil law”⁵⁰², gerou a noção de que seria possível ao juiz obter verdades por meio da verificação da vontade da lei. A lei, como uma entidade metafísica, seria descoberta pelo juiz em cada caso, ou seja, o ato de julgar não poderia ser um ato volitivo, deveria ser um ato cognitivo, de descoberta da verdade consubstanciada na lei aplicável ao caso concreto⁵⁰³.

Por força deste raciocínio, o juiz declara a lei aplicável ao caso concreto depois de verificadas as alegações das partes e depois de verificadas as provas produzidas. O direito, para a epistemologia denominada de dogmática jurídica, é um direito capaz de produzir

caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 210).

⁵⁰¹Na medida que as leis civis eram uma criação do Estado, portanto, uma criação do poder político, nada mais limitava a criação da lei ao passado ou remetia a lei a uma suposta necessidade de respeito a um direito natural anterior. Eis as passagens de Hobbes neste sentido: “Entendo por leis civis aquelas leis que os homens são obrigados a respeitar, não por serem membros deste ou daquele Estado em particular, mas por serem membros de um Estado. [...]”

Considerado isto, defino a lei civil da seguinte maneira: A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não contrário à regra.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 207).

⁵⁰²Há duas obras que abordam o que seria a tradição da “civil law”: René David (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002) e John Merryman (MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004). O primeiro, faz uma análise desta tradição com ênfase na família romano-germânica e o segundo com ênfase na família romano-canônica.

⁵⁰³“Ao racionalismo deve-se a primeira e mais significativa consequência desta premissa, qual seja a revelação do pressuposto de que o direito deveria ser uma ciência explicativa, não uma ciência da compreensão, como as correntes de Filosofia do Direito contemporâneo o consideram.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 96).

verdades eternas por força da interpretação da lei aplicável ao caso⁵⁰⁴. Esta lei aplicável somente teria um sentido, uma vontade e, portanto, seria sempre fixa e imutável⁵⁰⁵. Esta noção de direito talvez fosse adequada para uma sociedade mais simples, recém saída do medievo e cujas estruturas ainda incipientes conseguiam suportar a baixa complexidade da época. Dentre estas estruturas, a noção de que seria possível controlar o futuro por meio da dogmática talvez tenha sido a criação moderna que catapultou a sociedade a um nível de maior complexidade, sendo o aumento paulatino da complexidade⁵⁰⁶ um *continuum* até os dias atuais.

Não se pode esquecer a contribuição dos filósofos matemáticos⁵⁰⁷ à ideia de positivação do direito e à ideia de construção do processo como uma ferramenta para obtenção de verdades. Leibniz⁵⁰⁸ e Espinoza⁵⁰⁹ ajudaram a construir a noção de que o direito, como um constructo humano, estaria ligado às ciências dedutivas e não às ciências das humanidades, pois seria prejudicial que se imaginasse um direito como um produto da capacidade volitiva do julgador, era necessário imaginar o direito como um objeto passível de dedução, como um acontecimento da natureza passível de estudo por meio de suas categorias. As operações do sistema do direito como um fato passível de ser compreendido pelo intelecto eram um direito certo, capaz de serem deduzidas em qualquer momento histórico, em qualquer sociedade⁵¹⁰, sendo possível a resolução de conflitos pela aplicação “more geométrica” do direito. A esta noção de exatidão a dogmática jurídica, como um produto acabado respondeu com acuidade no início da era contemporânea, uma vez que a esta noção estava agregada a noção de que seria possível normar o futuro por meio da previsão de comportamentos.

⁵⁰⁴ “[...] a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e verbalizar a “vontade da lei” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97).

⁵⁰⁵ Veja-se a crítica patrocinada por Ovídio a este respeito: “Se a norma pudesse comportar duas ou mais interpretações válidas e legítimas, como obter a segurança procurada pelo nascente Estado Industrial? E como justificar nossa interminável cadeia recursal?” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97).

⁵⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 9.

⁵⁰⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 53.

⁵⁰⁸ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).

⁵⁰⁹ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado político**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).

⁵¹⁰ Convém advertir, novamente, que para Luhmann há uma única sociedade global.

A segunda função da dogmática jurídica foi a tentativa de previsibilidade do futuro, de estabilização do futuro com base numa regra passada. Nada mais natural, na época da codificação⁵¹¹, a crença de que seria possível prever os comportamentos futuros por meio de códigos, por meio de expectativas jurídicas. Aliás, o positivismo sociológico tinha como lema que os vivos cada vez mais seriam governados pelos mortos⁵¹², ou seja, o passado, as regras enquanto cristalização do passado era um comportamento que deveria se conservar no presente e insuar-se no futuro, garantido, assim, a estabilidade da nascente sociedade industrial.

Se era possível imaginar uma sociedade de baixa complexidade até o início da Revolução Industrial⁵¹³, com a crescente modernização, com os avanços tecnológicos que se seguiram a partir do século XVIII, foi impossível ao direito ou ao sistema do direito continuar exercendo a função que antes tinha de previsibilidade do futuro com base nas decisões passadas. Este é efetivamente o ponto de modernização reflexiva ou reflexionada abordada por Beck⁵¹⁴ e já trabalhada em item próprio. Esta é a crise moderna do direito, na medida que não é mais possível, por meio da dogmática jurídica, por meio da positivação do direito, dar a necessária segurança em relação ao futuro, aos comportamentos futuros, o direito de certo tornou-se incerto ao depender da confirmação das expectativas jurídicas por meio do julgamento por parte do juiz ou do tribunal. O comportamento previsto na norma e tido por infalível, preciso e previsível, torna-se um comportamento possível e contingente na medida que precisa ser confirmado pelo juiz ou tribunal, precisa ser interpretado.

A modernização reflexiva⁵¹⁵ porque passou a sociedade brasileira e por consequência o direito (sistema do direito) fez com que se trabalhasse, no âmbito da teoria sistêmica, com outro conceito: confiança⁵¹⁶.

A confiança é uma categoria sistêmica que responde de maneira eficaz ao aumento da complexidade da atual sociedade, uma vez que permite agir como um critério de antecipação

⁵¹¹POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 55-59.

⁵¹²COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção os Pensadores).

⁵¹³PARSONS, Talcott. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas**. São Paulo: Pioneira, 1969.

⁵¹⁴BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony; LASH Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Unesp, 2012.

⁵¹⁵BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony; LASH Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Unesp, 2012.

⁵¹⁶LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Barcelona: Anthropos, 2005.

de uma futura decisão. A função do sistema do direito é estabilizar as expectativas normativas, por meio de decisões (jurídicas), ou seja, o sistema do direito decide num determinado sentido e se decide num determinado sentido é porque poderia ter decidido de maneira diferente, ou seja, a contingência⁵¹⁷ é um fator de risco. A confiança pode reconquistar a segurança jurídica que a dogmática tentou, porém não mais consegue atualmente.

Se o sistema do direito decide é importante saber que possível decisão o sistema tomará, ou seja, a confiança traduz-se na antecipação do futuro, na previsibilidade de uma possível decisão futura no presente. A mudança de paradigma é notada sob o ponto de vista da decisão judicial, se antes era importante se voltar para o passado como passado como um modelo decisório⁵¹⁸ – dogmática jurídica – a modernidade não suporta este paradigma, uma vez que não é possível, com base no passado diminuir a complexidade causada pelo risco da decisão contingente e, portanto, a confiança é um fator capaz de lidar de maneira mais eficaz com o futuro.

O futuro sempre comporta muito mais riscos que poderiam ser concretizadas no presente e a confiança ajuda a reduzir a complexidade na medida que induz a a uma tomada de decisão no presente com base na confiança de que esta decisão repetir-se-á no futuro⁵¹⁹. Em termos de mudança de paradigmas é sintomático imaginar que o direito, enquanto sistema, estrutura-se não mais no passado, porém no futuro.

A confiança tem como característica aumentar a generalização das experiências⁵²⁰, ou seja, estende a repetição da experiência a casos semelhantes, tendo como condão estabilizar a indiferença ante a variação. Para o sistema do direito, a confiança terá o condão de estabilizar as expectativas jurídicas com base em três características: deslocamento da problemática do

⁵¹⁷Convém lembrar que a base da teoria sistêmica diz respeito com a complexidade da atual sociedade. A complexidade gera necessidade de decisão, decisão é geradora de riscos e decidir é contingenciar, é escolher entre uma das possíveis possibilidades. (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 9).

⁵¹⁸Todo o passado é complexidade reduzida e por este motivo pouca valia tem para o futuro, na medida que não é possível aumentar-se a complexidade com base no passado. Eis a seguinte passagem: “El pasado no tiene otras posibilidades; éste es siempre complejidad ya reducida.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 32).

⁵¹⁹“Mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fuera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o al menos se invalidan las diferencias de tiempo. Esto es quizá la base para la enseñanza de la moral que aparte del antegonismo oculto para con el tiempo, recomienda una actitud de confianza como un camino hacia la atemporalidad a través de la independencia del paso del tiempo.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 15).

⁵²⁰LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 44.

‘externo’ para o ‘interno’, um processo de aprendizagem e uma resolução simbólica dos resultados do entorno⁵²¹.

No caso do julgamento dos temas ligados ao direito à saúde, toda certeza externa advinda do perigo criado pelo sistema da política é substituída pela certeza interna do sistema do direito em relação a uma possível decisão que repetirá outra decisão já tomada anteriormente⁵²². Toda complexidade externa, todo ruído é substituído pela certeza interna criada pelo próprio sistema. Esta certeza interna que a confiança tem o condão de gerar no sistema ajuda à racionalidade do mesmo, uma vez que ajuda a autopoiese do sistema do direito, no caso. A troca da certeza externa pela certeza interna por meio da confiança é a maneira como o sistema absorve o ruído, as irritações do entorno, processando-as por meio do código binário⁵²³.

Como processo de aprendizagem a confiança desempenha papel importante, pois é por meio da confiança que será possível aprender e apreender o comportamento que deve ser tomado para que uma decisão tenha reflexos no futuro. O processo de aprendizagem para o

⁵²¹“Las decisiones acerca de la confianza generalizan experiencias, las extienden a otros casos similares y estabilizan la indiferencia ante la variación, en la medida en que rinden satisfactoriamente la prueba. Este proceso de generalización de expectativas posee tres aspectos que son importantes y dignos de una consideración mayor: indica el desplazamiento parcial de la problemática de lo <externo> a lo <interno>, un proceso de aprendizaje y una resolución simbólica de los resultados en el entorno.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 44).

⁵²²O Tema de número 793 (Recurso Extraordinário Constitucional e Administrativo. Direito à Saúde. Tratamento Médico. Responsabilidade Solidária dos Entes Federados. Reafirmação de Jurisprudência. Recurso Extraordinário Desprovido). O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. (Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde). Bem exemplifica a absorção do ruído, da irritação do sistema da política (perigo) pelo sistema do direito (risco). O sistema da política toma uma decisão coletivamente vinculante de não pagamento de um determinado tratamento médico com base na divisão interna de funções dos entes federados no tocante ao Sistema Único de Saúde. O sistema do direito processa o perigo (ruído) com o código direito/não-direito e decide que os entes federados são solidários no tocante ao pagamento de despesas relativas a tratamento médico, transformando doravante em risco – dano contingenciável – eventual expectativa das partes na obtenção de decisões judiciais que confirmem a decisão já tomada por meio do julgamento da repercussão geral relativa ao Tema 793. O risco é transferido ao sistema do direito que deverá se vincular às suas próprias decisões.

⁵²³As expectativas cognitivas e as expectativas jurídicas precisam de confiança de que as decisões tomadas no presente serão tomadas no futuro, ou seja, precisam confiar que é possível contingenciar o futuro por meio de decisões no presente, tornando a certeza do entorno uma certeza do sistema. “El caso de la confianza, la reducción de la complejidad adopta formas especiales a causa de su naturaleza subjetiva. Tales formas pueden describirse como cambios en el nivel en que se absorbe, o se hace tolerable, la incertidumbre. El sistema sustituye la certeza externa por la certeza interna, y al hacerlo eleva la tolerancia de la incertidumbre en las relaciones externas. Debido a esto el problema de como reducir la complejidad, relativo a su presencia en el entorno, es cambiado para ser parte de los problemas secundarios de esta certeza interna.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 45).

sistema do direito é um processo que se desenvolve lentamente em suas organizações e tem como característica o fato de poder passar confiança não somente numa determinada operação, mas quando da realização de novas operações o processo de aprendizagem tentará outorgar confiança a novas decisões⁵²⁴.

A confiança tem, como terceira característica, o condão de simbolizar o entorno, fixando o sentido de maneira a criar complexos simbólicos⁵²⁵. É uma relação frágil que tende a se desestruturar com uma mentira ou um questionamento a respeito da veracidade da informação. O sistema do direito trabalha muito com estes complexos de símbolos para gerar confiança e diminuir a complexidade. Alusões ao significado de interesse público da administração, ao significado de bom pai de família e outras expressões desta natureza⁵²⁶ remetem a uma fixação simbólica do sentido e é necessário para que se possa decidir e diminuir a complexidade que se tenha confiança de que inexistam dúvidas a respeito da conduta da pessoa envolvida seja uma conduta de um bom pai de família ou que o administrador, ao decidir, visou o melhor para o interesse público da administração.

A confiança como uma das maneiras de se visualizar a evolução do sistema do direito mostra que a segurança jurídica atualmente não poderá ser buscada com base no passado e, portanto, a dogmática jurídica perde muito de sua importância. Em se tratando de decisões envolvendo direito à saúde é importante observar que a confiança será necessária a fim de se conseguir repetir decisões jurídicas no presente com intuito de estabilizar o futuro. Se o paradigma anterior fazia com que o passado se insinuasse no futuro, o paradigma atual faz com que o futuro se insinue no presente.

O Tema de número 289⁵²⁷ bem exemplifica o futuro se insinuando no presente. A questão ligada a novas tecnologias⁵²⁸ da área bio-médica é sempre muito dinâmica e de difícil

⁵²⁴LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 47.

⁵²⁵LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 48. (“Las personas y las disposiciones sociales en las que uno pone la confianza, se convierten en complejos de símbolos que son especialmente sensibles al disturbio y que por decirlo así, registran cada suceso en términos del problema de la confianza.”)

⁵²⁶Para Viehweg, seria o resgate da tópica aristotélica, abandonada na aurora do Iluminismo e resgatada atualmente. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 21-46). No mesmo sentido, Sousa Santos ao trabalhar com a retórica da decisão judicial. (SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17-29).

⁵²⁷**Tema 289**: RE-607582: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos." (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

⁵²⁸LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 131-139.

controle, uma vez que um medicamento ou tratamento indicado como correto ou melhor num determinado momento é visto, posteriormente, com o avanço ou descobrimento de novas técnicas, como obsoleto, errado ou contra-indicado e por este motivo a abertura de sentido prevista na possibilidade de bloqueio de verbas públicas para fornecimento de medicamentos consegue diminuir ou contingenciar o dano de não tratar uma doença, levando a óbito o autor da ação. A abertura cognitiva que a expressão medicamento contida no Tema 289 permite ao sistema do direito absorver a irritação do entorno relativa a novas tecnologias de maneira mais rápida do que pelo sistema da política. O sistema da política, segundo a legislação relativa ao Sistema Único de Saúde⁵²⁹, contém uma organização que se mostra mais lenta no tocante à substituição ou reavaliação de fármacos, enquanto que o sistema do direito poderá trabalhar diretamente com o valor ou princípio contido no artigo 6º e 196, da Constituição.

O Tema de número 542⁵³⁰ igualmente permite concluir que toda a incerteza do futuro em relação à garantia de gozo de licença gestante prevista na Constituição se transforme em certeza no presente por meio de sucessivas decisões judiciais obrigando a Administração a conceder licença pelo prazo constitucionalmente previsto à gestante contratada pelo regime temporário ou por meio de cargo de confiança.

3.1.3.1 A Confiança como Fator Necessário para Generalização de Decisões no Tocante à Operacionalização do Direito à Saúde

Na medida que a confiança é um critério de seleção, de escolha e de decisão que o sistema dispõe a respeito da possibilidade de fixação do futuro no presente, é importante analisar como o risco de decisões conflitantes⁵³¹ pode ser evitado ou diminuído.

⁵²⁹Lei Federal nº 8.880/90.

⁵³⁰**Tema 542:** RE-842844: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do artigo 2º; do inciso XXX do art. 7º; do caput e dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, bem como da letra “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o direito, ou não, de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. **(Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público).**

⁵³¹A melhor justificativa, sob o ponto de vista da teoria sistêmica, seria lidar com argumentos consequencialistas, ou seja, analisa-se o risco com base nas prováveis consequências futuras das decisões tomadas no presente. É uma tentativa de se capturar o risco, de diminuí-lo, todavia a eficácia é questionável. Não obstante, trabalhar com a consequência de múltiplas decisões diferentes envolvendo interpretação do mesmo artigo da Constituição e com variadas hipóteses de julgamento parece sensibilizar que o sistema não seria “justo”, uma vez que cada cidadão poderia gozar de maneira diferente de um direito que deveria ser distribuído de maneira

Se analisados os temas que aportam ao Supremo Tribunal Federal, em especial os Temas de número 312⁵³² e de número 698⁵³³, perceber-se-á que há uma considerável possibilidade de decisões futuras em relação aos julgamentos feitos pelos juízes. A complexidade do entorno que num primeiro momento é diminuída com a decisão de uma das partes de ajuizar uma ação no seio do Poder Judiciário e, portanto, exigir uma decisão final a respeito da matéria, é, no momento seguinte aumentada se se imaginar que é possível que qualquer juiz de direito ou qualquer juiz federal possa julgar, com base na Constituição, com base no direito à saúde, a respeito da modificação de regras (expectativas normativas) contidas na legislação relativa à Assistência Social bem como poderá decidir no tocante a disponibilidade a respeito do gasto de verbas públicas para realizar políticas públicas que entender pertinente no tocante, igualmente, ao cumprimento do direito à saúde.

A complexidade que se cria neste momento diz respeito a possibilidade de existência de múltiplas decisões judiciais proferidas pelos mais diversos juízes (de primeiro grau) no tocante como interpretar, como aplicar e como operar o direito à saúde. O risco para o sistema do direito seria a dificuldade em generalizar as expectativas normativas (jurídicas), uma vez que os critérios utilizados para decisão de um determinado caso, os programas, não seriam possíveis de se estender a outros casos ou dificilmente seriam extensíveis a outros casos semelhantes, vez que ausente possibilidade de generalização da decisão, fator preponderante para existência de confiança⁵³⁴.

Além da possibilidade, conforme abordado anteriormente – e será abordado no último capítulo novamente – de referência alopoiética por força da utilização da Constituição

uniforme entre a população. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 106-107).

⁵³²**Tema 312:** RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).

⁵³³**Tema 698:** RE-684612: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta. (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

⁵³⁴LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 44.

como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política⁵³⁵, o fato da existência de muitas e possíveis decisões futuras empresta ao sistema do direito um risco exagerado e uma dificuldade em manter a autopoiese, vez que difícil seria a repetição de decisões anteriormente tomadas. A possibilidade de que coexistam decisões conflitantes no tocante à aplicação do direito à saúde poderá prejudicar a confiança no sistema do direito.

A confiança seria prejudicada na medida que um juiz com base no mesmo artigo da Constituição (direito à saúde) concederia um benefício assistencial e outro juiz, ao julgar um caso similar, decidiria de maneira oposta, não concedendo o mesmo benefício assistencial pedido noutro processo judicial, por exemplo. Se as decisões, os motivos, os programas e outros critérios tiverem sentidos opostos em relação aos mesmos valores previstos na Constituição ou em relação ao mesmo direito plasmado na Constituição, então o sistema irá perder racionalidade e irá perder confiança em generalizar as decisões, ativando a desconfiança.

A desconfiança é necessária, segundo Luhmann, para gerar ou incentivar a confiança do e no sistema⁵³⁶. Isto porque a possibilidade de decisões (complexidade e contingência) que poderão ser tomadas pelos juízes, nos casos envolvendo os temas relativos à repercussão geral no tocante à efetivação do direito à saúde gera uma desconfiança de que o sistema consiga manter a autopoiese por meio da mudança de suas estruturas. A própria contingência provocada pelas possíveis decisões dos juízes (de primeiro grau) exige que o sistema do direito evolua para que possa manter sua autopoiese, sendo a jurisdição constitucional a resposta do sistema do direito ao aumento desta complexidade⁵³⁷.

⁵³⁵No sentido de evolução aquisitiva defendida por Luhmann (LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990).

⁵³⁶“[...] la desconfianza, no es sólo lo opuesto de la confianza: en sí, es también un equivalente funcional para la confianza. Por esta razón es sólo una posible (y necesaria) elección entre la confianza y la desconfianza.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 123).

⁵³⁷Convém transcrever a seguinte passagem: “Todos estos ordenamientos empujan el umbral de la desconfianza efectiva hacia adelante. Por supuesto, no pueden evitar con toda seguridad el surgimiento de la desconfianza, pero al menos pueden filtrar las numerosas oportunidades no consideradas para tal desarrollo. De este modo, reducen la probabilidad de que un sistema social sea inmediatamente destruido por el aumento de la desconfianza entre sus miembros, lo cual puede significar una ganancia crítica en tiempo para la sobrevivencia del sistema, en tanto que el sistema pueda emplearla para aprender la confianza y acumular capital de confianza, con la ayuda de la cual luego llegue a ser menos sensible y pueda también sobrevivir a situaciones más serias.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 133).

3.1.4 Confiança na Jurisdição Constitucional como Tentativa de Operacionalização do Direito à Saúde

A evolução da sociedade, principalmente em países como o Brasil, deu-se também por meio do constitucionalismo moderno, ou seja, a Constituição como uma aquisição evolutiva da sociedade⁵³⁸. Assim como a nascente sociedade industrial exigia segurança no tocante às expectativas cognitivas e jurídicas, havendo um “estilo”⁵³⁹ em relação à concretização das referidas expectativas, a sociedade moderna – de massa e de consumo – igualmente possui um “estilo”⁵⁴⁰ próprio cuja teoria sistêmica consegue responder com maior precisão que a epistemologia tradicional.

A grande aposta que muitos juristas fizeram na jurisdição constitucional⁵⁴¹ gerou necessidade de se observar o que seria este fenômeno sob o ponto de vista da teoria sistêmica.

O constitucionalismo moderno inicia-se ou passa a ser observado quando do movimento da independência dos Estados Unidos da América. O movimento de independência norte-americano gerou a necessidade de se discutir uma lei que se pudesse impor a todas as demais treze colônias⁵⁴², uma lei que fosse superior às demais leis instituídas na recente nação americana. A noção de que haveria necessidade de se regular o poder político para que se pudesse evitar abusos consolidou a noção de que seria necessário

⁵³⁸LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal*, v. IX, 1990.

⁵³⁹Utiliza-se, aqui, a noção trazida por Barthes quando afirma que cada época possui um estilo literário, um estilo relativo à escrita, possível de ser identificado. Assim como a complexidade é a marca da modernidade, para Barthes, o romance é o estilo literário da burguesia, assim como a epopéia foi o estilo literário da civilização greco-romana. Neste estilo está compreendido não apenas a maneira como se escreve, está inserida toda ideologia de um determinado momento histórico, não sendo possível alcançar um suposto “grau zero da escrita”, uma maneira de escrever, de se expressar que seja independente do momento histórico que se vive. (BARTHES, Roland. **O grau zero da escrita**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-37).

⁵⁴⁰Para Lipovetsky seria o hiperconsumo o atual “estilo” da sociedade moderna. (LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008).

⁵⁴¹Não é intenção deste trabalho se imiscuir no que seria conceituar jurisdição constitucional. Basta, neste momento, reportar-se a obras que trabalham com o conceito de jurisdição constitucional e a possibilidade de efetivação da constituição por meio do poder judiciário. Neste sentido, a obra de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994) tenha sido um marco a respeito deste tema, seguido pelo pensamento de Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002) e de Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002), entre outros.

⁵⁴²A este respeito, veja-se as discussões travadas no que diz respeito a necessidade de criação de uma lei superior às demais. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John Russel. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003).

distinguir, naquele momento, as noções entre cargo/pessoa⁵⁴³, fazendo com que o sistema da política pudesse se apropriar do poder dentro de uma estrutura capaz de lhe garantir certa estabilidade no tocante aos atos decisórios.

A dificuldade que o positivismo jurídico impunha ao juiz inserido na moderna sociedade de consumo (ou hiperconsumo) era o fato de não poder julgar com base em princípios. Não seria possível, porque a tanto não era permitido, que o juiz tivesse vontade, ao juiz era permitido somente descobrir a vontade da lei. Assim, o paradigma da legalidade estrita não permitira jamais que se pudesse incluir na legislação (legislação infraconstitucional) princípios ou valores que hoje estão inseridos nas modernas Constituições. Isto porque a inclusão de princípios ou valores na lei (legislação infraconstitucional) seria violar o paradigma da estrita separação de poderes⁵⁴⁴ construído por meio da leitura da obra de Montesquieu⁵⁴⁵, precipuamente.

Ao juiz, seguindo-se com o paradigma da legalidade estrita ou da estrita separação dos poderes jamais poderia julgar com base em algum princípio ou valor, vez que ao julgar com base em princípios estar-se-ia violando os limites do que para teoria sistêmica seriam os limites do sistema do direito e da política e, por consequência, trabalhando com o código do sistema da política e sua consequente fórmula de contingência (bem comum)⁵⁴⁶.

⁵⁴³O acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema psíquico se dá na distinção entre cargo/pessoa. (LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 381-384).

⁵⁴⁴Na verdade, o que se construiu com base na obra de Montesquieu foi um mito, o mito da separação de poderes é foi mais criado pela crítica que se seguiu após a escrita da obra do que propriamente um ponto defendido por Montesquieu. Nesse sentido: “Este texto é célebre. Quem não conhece a teoria que pretende que em todo o bom governo se distinga rigorosamente o legislativo do executivo e do judiciário? [...] A tese de Eisenmann é a de que a teoria de Montesquieu, e muito particularmente o célebre capítulo sobre a Constituição da Inglaterra, engendrou um verdadeiro mito: o mito da separação dos poderes. Encontramos toda uma escola de juristas, particularmente no fim do século XIX e princípio do XX, que adotaram um certo número de fórmulas de Montesquieu coincidiria com um regime, no qual seria rigorosamente assegurada esta separação dos poderes. Deveriam existir três poderes: o executivo (o rei, os seus ministros), o legislativo (a câmara baixa e a câmara alta) e o judicial (o corpo de magistrados). Cada poder recobriria exatamente uma esfera própria, isto é, uma função própria sem qualquer interferência. Não só não se poderia conceber nenhuma interferência do executivo no legislativo ou no judicial, nem nenhuma interferência recíproca da mesma natureza; mais ainda, nenhum dos membros que fazem parte de um órgão pode pertencer a outro órgão. Por exemplo, não só o executivo não poderia intervir no legislativo, por meio de propostas de lei, ou no judiciário por pressões etc., como também nenhum ministro poderia ser responsável perante o legislativo; além disso, nenhum membro do legislativo poderia, a título pessoal, assumir funções executivas e judicial, isto é, tornar-se ministro ou magistrado etc.” (ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu a política e a história**. Lisboa: Editorial Presença, 1977. p. 127-128).

⁵⁴⁵MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁵⁴⁶LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 181. (O bem comum como fórmula de contingência do sistema da política. Atualmente, o sistema da política trabalha com o código governo/oposição e com a fórmula de contingência da legitimidade).

A aquisição da Constituição pela sociedade moderna permitiu que se pudesse resolver num mesmo plano o problema da operacionalização do direito e da política por meio de valores e expectativas normativas, respectivamente, sem que com isso houvesse corrupção de códigos. A Constituição cria novos paradoxos na medida que como evolução aquisitiva da sociedade consegue responder questões jurídicas e políticas para ambos os sistemas do direito e da política.

Por força desta nova realidade, desta nova complexidade, não é possível imaginar que o direito, auto-observando-se e autorregulando-se não iria evoluir ao ponto de permitir que se pudesse operacionalizar a Constituição, ou as Constituições modernas nos diversos países.

Por isto, nos países ocidentais, nas sociedades complexas, onde a diferenciação funcional se faz existente, houve necessidade de criação de estruturas capazes de diminuir a complexidade do entorno, entendendo-se este entorno como política, ou sistema da política para o direito e direito ou sistema do direito para política. Este ganho, esta aquisição da modernidade deu-se com as Constituições modernas que se transformaram nos elementos de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política e, por meio da Constituição, os problemas jurídicos são resolvidos com o código do direito (direito/não-direito)⁵⁴⁷ e os problemas políticos são resolvidos com o código da política (governo/oposição)⁵⁴⁸, em que pese haver a possibilidade por meio da mesma Constituição, que age como elemento de acoplamento estrutural dos sistemas, a referências alopoiéticas⁵⁴⁹ que conseguem manter-se em ambos os sistemas⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 126-131.

⁵⁴⁸LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 171.

⁵⁴⁹“A minha tese será a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles.” (LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, **Rechtshistorisches Journal**, v. IX, 1990).

⁵⁵⁰Embora Dworkin não tenha aderido à teoria sistêmica, cumpre salientar que o autor, já na década de setenta do século XX, ao se contrapor ao pensamento e à obra de Hart (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007) entendia que os princípios políticos contidos na Constituição faziam parte do direito e, portanto, deveriam ser cumpridos. Eis a seguinte passagem: “Se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juizes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos prima facie. Se esses princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. X). Posteriormente, na mesma obra, Dworkin trabalha com a distinção entre regras e princípios. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72).

A nova estrutura criada pelo direito moderno – Constituição – teve o condão de exigir do sistema do direito que reorganizasse suas estruturas para que se pudesse manter a autopoiese do sistema, sendo a criação de Cortes Constitucionais⁵⁵¹ um reflexo desta evolução. Nos países onde se adotou o modelo de Constituições analíticas, cujos artigos não continham apenas expectativas normativas, mas também valores, foi necessária a criação de uma estrutura no seio do sistema do direito capaz de absorver esta complexidade: Cortes Constitucionais.

Ou o país tinha uma Corte Constitucional exclusiva ou esta competência era dividida com outro tribunal como no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, dentro de uma determinada hierarquia na organização do Poder Judiciário. A compreensão desta evolução do direito (sistema do direito) remete à questão de se suportar, modernamente, que a confiança⁵⁵² do sistema seja adquirida por meio da redução externa para interna, por meio da aprendizagem e por meio da simbolização praticada pelos juízes ou pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1.4.1 Operacionalização da Constituição em Relação ao Direito à Saúde pelos Juízes ou pelo Supremo Tribunal Federal?

Conquanto possível a operacionalização da Constituição pelos juízes, a evolução do direito mostrou que esta possibilidade é responsável pela sobrecarga de decisões que o sistema do direito suporta sem a necessária diminuição da complexidade ao menos em países de baixa ou pouca operacionalização do sistema da política e do direito⁵⁵³ como o Brasil.

A aquisição da Constituição de 1988, no Brasil, foi precedida pelo processo de redemocratização após longo período de supressão de direitos políticos e em certa maneira de

⁵⁵¹Bercovici aponta que a grande consequência gerada pela Constituição Dirigente foi o exagerado crescimento dos tribunais constitucionais, eis que o caráter político destes foi superdimensionado, uma vez que detinham o dom de dizer o que era a Constituição bem como impor condutas aos demais poderes. (BERCOVICI, Gilberto. *A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118).

⁵⁵²LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

⁵⁵³Respectivamente: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 549 e: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 29-31.

direitos sociais também. A ditadura brasileira⁵⁵⁴ fez com que a preponderância do sistema da política impedisse o funcionamento adequado dos demais sistemas, dentre estes, o sistema do direito. A consequência é que as liberdades políticas, os direitos de primeira geração, ganharam importância considerável quando da elaboração da nova Constituição bem como foram observadas as nuances que ocorriam em outros países tais como Portugal e Espanha no que dizia respeito ao constitucionalismo moderno⁵⁵⁵.

A promulgação da Constituição de 1988⁵⁵⁶, no Brasil, foi um marco no sistema do direito e no sistema da política, uma vez que a sociedade brasileira, definitivamente, estaria ingressando na modernidade, ao menos a modernidade entendida e confundida com a democracia representativa, a modernidade confundida com o alcance de direitos sociais a uma vasta gama da população que até então estaria desamparada. Criada a estrutura jurídica – Constituição - e criada a estrutura política – Constituição -, necessariamente, a partir do momento da promulgação, seria necessário que os sistemas do direito e da política evoluíssem a ponto de alterar suas estruturas para manter suas autopeises.

No Brasil, o que se verificou após a entrada em vigor da Constituição é que as estruturas processuais encarregadas de absorver, dentro da estrutura do Poder Judiciário (organização do sistema do direito), as demandas envolvendo discussões a respeito dos novos direitos, dentre estes os direitos à saúde, permaneceram intactas. Com isso, o que se viu, conforme consulta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁷, foi um exponencial

⁵⁵⁴Considerado o período histórico de 1964 até 1988.

⁵⁵⁵Não deixa de ser interessante as discussões trazidas por Copetti em relação à ideia de Constituição como um projeto de felicidade. “A vinculação entre felicidade e educação, entre felicidade e racionalidade é uma idéia consolidada historicamente por inúmeros filósofos. [...] [...]”

É preciso entender a evolução do constitucionalismo como um progresso na construção civilizatória moderna de diferentes concepções de felicidade, que têm um marco inicial com a superação de ideias de felicidade totalmente fragmentadas que marcavam a configuração do imaginário social europeu que precedeu o século XVIII. Enquanto antes da consolidação de um ideal revolucionário de felicidade, num mundo real – onde os princípios igualitários orientam modelagens de justiça e virtude -, vislumbravam-se projetos de felicidades particularizados e diferenciados para a aristocracia, para a burguesia, para o pequenos artesão e para os camponeses, dentro do espírito revolucionário. Neste quadro fragmentado, o não-assujeitamento a um monarca já era considerado um avanço em direção a um projeto mais universalizado de felicidade.” (SANTOS, André Leonardo Copetti. O ensino do direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal Brasileira. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituições, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 51-54).

⁵⁵⁶Promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁵⁵⁷Embora ainda exista uma grande quantidade de agravos (artigo 544, do Código de Processo Civil), o fato é que após as alterações Constitucionais em relação à inclusão do instituto da repercussão geral, fez com que

aumento de ações ajuizadas no seio do Poder Judiciário e, invariavelmente, as demandas eram submetidas ao conhecimento do STF por meio da estrutura recursal existente até então.

A estrutura recursal prevista, inicialmente, na Constituição de 1988, a possibilidade das partes recorrerem por meio de recurso de apelação aos tribunais locais⁵⁵⁸ e, descontentes, por meio de recurso extraordinário ao STF. Mesmo que se imagine no juízo de admissibilidade⁵⁵⁹ praticado pelos tribunais locais no tocante ao processamento do recurso extraordinário, não há como negar que a ausência de qualquer tipo de filtro no que diz respeito ao agravo de instrumento (atualmente apenas agravo) tinha o condão de fazer com que o Supremo Tribunal Federal conhecesse todo e qualquer recurso que para lá aportava. A estatística mostra que a Corte, no ano de 2007, era uma corte criada para análise de agravos de instrumentos, vez que os recursos extraordinários eram cada vez aceitos em menor quantidade o que fazia com que o número de agravos de instrumento aumentassem cada vez mais⁵⁶⁰.

Este aumento da demanda teve como consequências, sob o prisma da teoria sistêmica, de provocar no seio do Poder Judiciário consequências que fizeram com que a operacionalização da Constituição pelos juízes fosse questionada. Auto-observação e autorreferência⁵⁶¹ são conceitos sistêmicos que ajudaram neste caminho.

O sistema do direito, por meio de auto-observação de suas organizações, dentre estas o Supremo Tribunal Federal, verificou que a complexidade do entorno, entendida como o ajuizamento de ações por uma quantidade significativa da população, cobrando do Poder Executivo (sistema da política) o cumprimento das promessas contidas na Constituição,

diminuisse sensivelmente o número de agravos (antigo agravo de instrumento) que são levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que das decisões que julgam a admissibilidade em sede do instituto da repercussão geral não há recurso quando a decisão se alinha ao entendimento do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireitor>>. Acesso em: 02 out. 2015).

⁵⁵⁸Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, no âmbito da Justiça Comum Estadual e Federal, respectivamente. (Artigos 109 e 125 da Constituição da República Federativa do Brasil).

⁵⁵⁹Atualmente, previsto nos artigos 541 a 545, do Código de Processo Civil. Trata-se de análise prévia acerca das condições de possibilidade de ser o recurso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O tribunal local acaba analisando a pertinência constitucional da matéria que poderá ser objeto, em caso de denegação, de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal por meio do recurso de agravo (antigo agravo de instrumento).

⁵⁶⁰Dos mais de 112.000 processos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, quase 57.000 eram agravos de instrumento que hoje são denominados de agravo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireitor>>. Acesso em: 02 out. 2015).

⁵⁶¹“Galáxia auto” de Teubner bem ilustra o tema aqui discutido. (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 1-26).

dentre estas promessas o acesso à saúde e o acesso ao direito à saúde contido nos artigos 6º e 196, da Constituição, não era diminuída pelo sistema do direito, ou, se diminuída no primeiro momento, por meio de uma decisão judicial proferida pelo juiz (de primeiro grau), no momento seguinte, esta mesma decisão tinha o condão de aumentar a complexidade no seio do sistema do direito, o que fazia com que a autopoiese fosse severamente prejudicada.

Sob o ponto de vista da teoria sistêmica, as decisões dos juízes no tocante à interpretação, aplicação ou concretização da Constituição eram questionadas pelo derrotado – Poder Executivo (em geral este é o réu deste tipo de ação) – fazendo com que o Supremo Tribunal Federal tivesse que revisar as decisões tomadas pelos juízes (de primeiro grau) e pelos tribunais locais⁵⁶². O fato de ter o STF de revisar todas as decisões, sem qualquer tipo de filtro, fez com que a informação aumentasse de maneira insuportável para que fosse possível manter a organização⁵⁶³ do Supremo Tribunal Federal que teve que evoluir para conseguir manter sua autopoiese⁵⁶⁴.

É interessante observar que as decisões dos juízes e dos tribunais locais⁵⁶⁵, no que diz respeito ao cumprimento ou efetivação do direito à saúde, são interpretadas pelo STF como

⁵⁶²Veja-se a seguinte passagem de Limberger: “Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o STF realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas e acaba por se tornar moroso devido à excessiva litigiosidade. A sociedade brasileira, por um lado e os poderes públicos por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam e das que se queixam a solução por vezes tarda. Diante deste panorama, a ideia básica de constitucionalismo de submissão dos cidadãos e autoridades públicas à Constituição, ainda é um desiderato. A Constituição como norma superior que coordena a conduta dos poderes públicos e da sociedade, carece de cumprimento substancial.” (LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetivação do direito à saúde. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 6. p. 217).

⁵⁶³No sentido de Maturana e Varela: mudam-se as estruturas para se manter a organização do ser vivo. No caso, as estruturas do sistema do direito têm que se alterar para manter adaptação do Supremo Tribunal Federal às irritações do meio. (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011).

⁵⁶⁴Convém transcrever pensamento de Luhmann a respeito da necessidade do sistema do direito trabalhar com mecanismos de redução de complexidade como variação ou variedade e redundância. (“Otro mecanismo que capta complejidad se describe por medio de la diferencia entre variedad y redundancia. Esto lo veremos más exhaustivamente en el Capítulo 8. Lo que aquí importa es mostrar que el sistema del derecho se capacita para processar más casos (y diferentes), si renuncia a los severos requisitos de consistencia en las decisiones de los casos (redundancia) o si encuentra nuevas formas que sean compatibles con rangos de mayor variedad.”). (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 352).

⁵⁶⁵São os tribunais de justiça de cada estado da federação e os tribunais regionais federais.

ruído do entorno, como irritação, todavia é um ruído ou irritação que necessariamente deve ser absorvida pelo Supremo Tribunal Federal pelo código do sistema do direito e deveria ser processada de maneira que a autopoiese do sistema e da organização STF se mantivessem. O que ocorria até momentos antes da entrada em vigor do instituto da Repercussão Geral⁵⁶⁶ era a necessidade de haver apreciação de todos os recursos de agravo de instrumento e por consequência indireta de todos os recursos extraordinários que aportavam ao STF.

Para o sistema do direito, a sobrecarga de informação provoca necessidade de que o sistema comporte-se de maneira racional, selecionando que informações processar, como processar e de que maneira a autopoiese poderá ser mantida. O risco⁵⁶⁷ que o Supremo Tribunal Federal corria, com a avalanche de processos que eram submetidos aos Ministros⁵⁶⁸, era a possibilidade de que decidindo a respeito de uma situação já decidida anteriormente houvesse a chance, num primeiro momento, de haver uma escolha equivocada⁵⁶⁹ de que decisão do Ministro do STF deveria tomar, afetando a confiança⁵⁷⁰ nos e dos “precedentes”⁵⁷¹ bem como o risco de que o sistema perdesse a racionalidade, uma vez que mesmo havendo decisões anteriores a respeito de um determinado tema ligado ao direito à saúde, os juízes (de primeiro grau e dos tribunais locais) insistiam em decidir de maneira diferente do entendimento do Supremo Tribunal Federal. O paradoxo criado está justamente no fato de que o STF deveria julgar todas as ações que lhe eram submetidas, sem qualquer possibilidade de escolha, o que faz com que o sistema do direito se tornasse um sistema totalmente não racional na medida que não havia como fazer uma diferenciação com o entorno: julgar todos

⁵⁶⁶BRASIL. **Emenda constitucional nº 45/2004**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 dez. 2015.

⁵⁶⁷Conforme já advertido na introdução, quando se refere ao conceito de risco faz-se referência ao pensamento de Niklas Luhmann.

⁵⁶⁸Embora a quantidade de agravos tenha diminuído, os ministros ainda recebem muitos processos para julgamento durante o ano o que continua ser um fator de complexificação das relações entre os tribunais locais e o Supremo Tribunal Federal. Novamente, reporta-se à estatística no sítio eletrônico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em em: 02 out. 2015.

⁵⁶⁹Retoma-se aqui a ideia de risco, o aumento do volume de processos aumenta necessidade de decisão o que naturalmente aumenta o risco. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 62). A ideia de decisão equivocada é a ideia de decisão que é impossível de ser generalizada para utilização em futuras decisões.

⁵⁷⁰LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

⁵⁷¹O termo foi usado no sentido que Marinoni empresta em sua obra Precedentes Obrigatórios, sopesando-se a ausência de similitude com o modelo da “commom law”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

os processos era não fazer distinção com base no código julgar/não-julgar o que acarreta a discussão a respeito da função do sistema.

Se o Supremo Tribunal Federal deveria “rejulgar” todas as causas qual seria, então a função do STF, pois julgar tudo é também não julgar nada, na medida que não se pode fazer uma seleção no e do que julgar.

Não deixa de ser interessante o paradoxo criado, pois o Supremo Tribunal Federal, na Constituição de 1988, foi alçado a categoria de guardião da Constituição, porém não conseguia previamente selecionar os casos que deveria julgar, que casos seriam de ofensa à Constituição, fazendo com que toda causa, sem qualquer análise prévia, aportasse ao Supremo Tribunal Federal. Na medida que era impossível ao STF dizer que seria constitucional e o que não seria, na medida que não era possível fazer qualquer tipo de distinção de ações cujo objeto merecesse reanálise pelo Supremo Tribunal Federal, a consequência, conforme já se esboçou, é ausência total de diferenciação, uma vez que tudo se torna constitucional. A ausência de uma diferença na unidade, a totalização, a ausência de um código impede o correto funcionamento da organização, no caso do STF, na medida que não consegue selecionar, não consegue decidir o que irá julgar. fazendo com que as decisões dos juízes e dos tribunais locais, invariavelmente, penetrem no Supremo Tribunal Federal, enquanto organização do sistema do direito, sem o devido código (constitucional/inconstitucional), o que acaba por prejudicar a autopeiose do STF enquanto organização.

A resolução deste paradoxo traduz-se no entendimento de que os tribunais ocupam o lugar central do sistema do direito e por meio da jurisprudência este papel é efetivado, o que faz com que se criem mecanismos de filtro para que seja possível decidir o que seria ou não constitucional, a ponto de exigir uma decisão do STF.

3.1.5 A Jurisprudência como Fator de Normatização de Condutas: a função dos tribunais

Quando se aborda a questão dos tribunais, é preciso ter em mente o legado do iluminismo, verbalizado por meio da Revolução Francesa, no que diz respeito à função dos

tribunais num primeiro momento⁵⁷². Existindo a garantia de que a lei era um produto passível de ser provado ou explicado, jamais compreendido, sob a ótica do paradigma racionalista, a conclusão que se pode retirar é de que não poderia haver mais de uma interpretação, uma vez que dizer o que era o direito, declarar o direito traduzia-se numa fórmula para se obter verdades⁵⁷³.

Se é possível que se possa, por meio de fórmulas – que se traduzem no processo de conhecimento segundo Baptista da Silva⁵⁷⁴ – obter verdades, obter a explicações do sentido da lei, questiona-se, então, o motivo da existência dos tribunais, uma vez que seria possível ao juiz de primeiro grau, por meio do processo, obter a correta interpretação da lei, inexistindo qualquer tipo de dúvida, inexistindo possibilidade de erro e inexistindo a possibilidade de duas ou mais “interpretações” (ou decisões) a respeito do mesmo texto de lei.

A complexidade da sociedade, mesmo na época pós Revolução Francesa, tratou de destruir com este sonho da modernidade, embora ainda esteja vivo no tocante aos paradigmas e estruturas constantes do processo civil, segundo Baptista da Silva⁵⁷⁵. Igualmente, a Revolução Industrial, posteriormente, tratou de selar, em definitivo, qualquer tipo de ideia de certeza que o direito poderia fornecer aos comportamentos futuros. Ao contrário, as novas estruturas sociais (sociedade de massa e posteriormente de consumo)⁵⁷⁶ trouxeram a certeza de que era

⁵⁷²É o que Baptista da Silva denominava de paradigma racionalista. A construção teórica anterior, o Iluminismo, tratou de retirar qualquer traço de incerteza que o direito poderia representar. A nova era, os novos valores, exigiam um direito certo, infalível, exigiam a necessidade de certeza que a nascente sociedade contemporânea clamava. Juízos de verossimilhança foram banidos, sendo substituídos por juízos de certeza. O papel da dogmática jurídica, sob este ponto de vista, é emprestar a certeza necessária ao futuro, podendo-se-lo prever como se se estivesse diante de um fenômeno natural, um fato, agora, era uma possibilidade de confirmação por meio de fórmulas. Dentro deste raciocínio, os tribunais funcionariam como uma espécie de controle ao desvio da “vontade da lei” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 89-129).

⁵⁷³“Ao racionalismo deve-se a primeira e mais significativa consequência desta premissa, qual seja a revelação do pressuposto de que o direito deveria ser uma ciência explicativa, não uma ciência da compressão, como as correntes de Filosofia do Direito contemporâneas o consideram. Supõe-se que a incidência e, conseqüentemente, a atividade de aplicação da lei sirva-se do mesmo raciocínio lógico com que o matemático demonstra a correção de um teorema qualquer.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 96).

⁵⁷⁴BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵⁷⁵Baptista da Silva talvez tenha sido um dos maiores críticos do processo civil no tocante à rigidez dos paradigmas tidos por ele como anacrônicos e insuficientes para resolução de conflitos da sociedade brasileira. Remete-se o leitor para obras de fôlego, neste sentido, como *Processo e Ideologia*. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004) e *Jurisdição e Execução* (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996).

⁵⁷⁶LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

impossível haver certeza em relação ao futuro, agregando o risco como um componente do atual momento histórico⁵⁷⁷.

É possível colher outra visão, numa observação de segunda ordem⁵⁷⁸, a respeito da função dos tribunais.

Para se compreender a função dos tribunais, necessário compreender os tribunais como fruto de um processo evolutivo⁵⁷⁹ do sistema do direito, uma evolução que tornou possível distinção entre o sistema da política e o sistema do direito.

Inicialmente, o julgamento dos conflitos envolvendo os súditos, durante a Idade Média e Moderna, era uma função do rei⁵⁸⁰, do soberano. As desavenças eram levadas ao rei que então, era encarregado de distribuir justiça julgando os casos de acordo com as normas e costumes da época. Ocorre que a quantidade de demandas, a quantidade de conflitos envolvendo os súditos foi crescendo ao longo dos anos, fazendo com que, nas vésperas da Revolução Francesa, já existisse, em diversos países, um corpo de funcionários encarregados de aplicar a justiça em nome do rei. Foi necessário, portanto, para se poder distinguir o que seria uma decisão do rei em relação a questões envolvendo “governar” e decisão do rei envolvendo “julgar”, uma vez que ambas eram decisões proferidas pelo rei.

⁵⁷⁷BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁵⁷⁸LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 279-291. Bem como: MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001. p. 53-66.

⁵⁷⁹No sentido dado por Maturana (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 116-132).

⁵⁸⁰A justiça, o Poder Judiciário, o Sistema do Direito, era, inicialmente, uma função do que hoje se denomina Poder Executivo. Foi a evolução da sociedade que criou a necessidade de distinção entre a função de julgar e a função de governar. (“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”. (MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 201). Aliás, a noção de que o Poder Judiciário é uma função do Poder Executivo, no sentido de “executar” a lei criada pelo Poder Legislativo também se encontra em Locke quando afirma “Os que estão unidos em um corpo, tendo lei comum estabelecida e judicatura – para a qual apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; [...] E aqui deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que pondo se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde os danos do exterior devem ser vingados; e em um e outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade. [...] juiz esse que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados. E, sempre que houver qualquer número de homens, associados embora, que não possuam tal poder decisivo para o qual apelar, estes ainda se encontrarão em estado de natureza”. (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 249-250).

Os tribunais surgem, neste contexto, como uma diferenciação⁵⁸¹ necessária a ponto de garantir um procedimento diferente para se tomar decisões judiciais e um procedimento diferente para se tomar decisões não judiciais. A possibilidade de o derrotado poder questionar a decisão do funcionário do rei perante outra instância tem o condão de incluir, no âmbito do sistema do direito, o risco de tornar a decisão judicial contingente. Essa evolução foi necessária para se conseguir visualizar uma distinção entre o sistema da política e o sistema do direito: a decisão política esgota-se numa decisão do soberano, numa decisão de quem possui poder e seguindo-se um procedimento legislativo, enquanto a decisão judicial esgota-se quando uma das partes conforma-se com a decisão judicial proferida pelo juiz ou quando suporta o fato de haver uma última instância de julgamento em determinado momento do processo. Criada, portanto, uma diferenciação interna no âmbito do sistema do direito: hierarquização por meio dos tribunais.

Esta evolução do sistema do direito trouxe outra consequência em termos de diferenciação interna e até mesmo externa: normatização de condutas pelos tribunais⁵⁸². Além de ser responsável pela diferenciação interna e externa, os tribunais evoluíram ao ponto de realizar a distinção entre aplicação da lei pelo sistema da política e aplicação da lei pelo sistema do direito. No âmbito do sistema do direito, a aplicação da lei dá-se sempre tendo em vista um caso concreto, num julgamento individual⁵⁸³. Feita esta distinção, será possível ao sistema do direito realizar o fechamento operativo⁵⁸⁴, na medida que não precisará reportar-se ao entorno (decisões do rei) ou até mesmo à legislação, criando uma distinção que será útil para operacionalizar uma diferenciação interna e externa do sistema do direito: direito judicial e direito legislativo⁵⁸⁵.

⁵⁸¹Todo sistema, como sistema parcial, tem que ser distinto internamente, tem que marcar uma unidade da diferença interna e externamente. Veja-se a seguinte passagem de Luhmann: “Tanto las reflexiones de la teoría de sistemas como las investigaciones empíricas sugieren la hipótesis de que el proceso de diferenciación de un sistema requiere del desarrollo simultáneo de una diferenciación interna.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 359).

⁵⁸²“El derecho judicial” se acepta como fuente sui generis de derecho. A consecuencia de ello, cada vez más, se entiende la relación entre competencia legislativa y judicial circularmente: restricción recíproca – no asimétrica lineal – del espacio de decisión.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 367).

⁵⁸³“A diferencia de la legislación, en la jurisprudencia se trata de la “aplicación” del derecho a través de decisiones aplicadas a los casos particulares.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 367).

⁵⁸⁴LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 369.

⁵⁸⁵“Aquí claramente se ve que en algunos campos el “derecho judicial” puede ser más importante que el “derecho legislativo”. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 368).

Ao interpretar a lei, ao decidir em casos concretos, os tribunais⁵⁸⁶ fazem a necessária marcação do que seria jurídico e do que não seria jurídico, o que, sob o ponto de vista da teoria sistêmica, seria o próprio direito criando suas estruturas de diferenciação do entorno para que se possa garantir a o fechamento operacional e a consequente abertura cognitiva dos sistemas sociais.

São os tribunais que fazem com que o sistema do direito seja percebido como uma estrutura do Poder Judiciário – sub-sistema do direito – porque centralizam a tomada de decisões, fazendo com que as demais organizações que participam do sistema do direito gravitem na periferia. A estruturação do sistema do direito passa a ser baseada na dicotomia centro/periferia, o que facilita a compreensão de que os tribunais ocupam o centro⁵⁸⁷, enquanto que as demais organizações a periferia do sistema jurídico.

O ganho evolutivo do sistema do direito (e também da política) deu-se, modernamente, com a instituição de tribunais superiores⁵⁸⁸ e não somente os tribunais locais⁵⁸⁹, aqueles que rejudgam a matéria, como também os tribunais constitucionais. Se analisada a evolução dos tribunais, perceber-se-á que o juiz, ao julgar casos, muitas vezes reporta-se a decisões anteriores não de seus pares, porém de tribunais locais ou eventualmente de tribunais superiores. Os tribunais locais reportam-se, na maioria das vezes, às suas próprias decisões, porém os tribunais superiores reportam-se somente às suas decisões⁵⁹⁰. Os tribunais superiores são responsáveis pelo fechamento operativo do sistema do direito⁵⁹¹.

A diferenciação em relação ao meio tem o condão de realizar o fechamento operativo do sistema do direito ao manter estável as expectativas jurídicas, fazendo referência às

⁵⁸⁶Enquanto organização. (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68)

⁵⁸⁷LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 383.

⁵⁸⁸No Brasil, até a Constituição de 1988, existia apenas o Supremo Tribunal Federal como ápice da pirâmide judiciária, responsável pelo julgamento das causas envolvendo aplicação da lei e aplicação da Constituição. Atualmente, a função de julgar a legalidade no tocante à aplicação da lei ao caso concreto cabe ao Superior Tribunal de Justiça e o controle a respeito da Constituição cabe, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸⁹No Brasil, na organização brasileira, seriam os tribunais de justiça, os tribunais regionais federais e os tribunais regionais do trabalho.

⁵⁹⁰“En cambio un tribunal municipal puede funcionar sin que haya un tribunal regional; los tribunales superiores juzgan desde su propio derecho, ya sea porque tengan competencias especiales o porque como instancia judicial juzgue un asunto que viene encomendado de abajo.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 386).

⁵⁹¹“Piénsese sólo en las formalidades de los procedimientos probatorios. Además el acceso a los tribunales debe ser discreto y organizado lo más posible de manera selectiva. Sólo un minúsculo porcentaje de cuestiones jurídicas se presenta a los tribunales para que se decidan. Pero si esto ocurre, si los involucrados no se retiran, los tribunales tienen que decidir independientemente de lo fácil o lo difícil de la decisión, de lo conservador o lo creativo del resultado.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 384).

próprias decisões, o que manterá a integridade do sistema do direito. Internamente, os tribunais superiores faram a distinção em relação aos demais na medida que reportam-se apenas às suas estruturas, pois somente assim conseguirão manter o fechamento operativo, poderão marcar-se como uma organização⁵⁹².

Não por outro motivo a importância dos tribunais no âmbito do sistema do direito, vez que estes são responsáveis pela distinção interna e externa do sistema. A jurisprudência, a tomada de decisão dos tribunais (superiores) teve importância marcante nos tribunais locais quando da codificação do direito e modernamente, com a aquisição da Constituição como evolução do sistema do direito, o deslocamento do centro do sistema para os tribunais constitucionais é o que acaba por garantir a integridade do sistema do direito, fazendo com que seja possível distinções entre o sistema da política e o do direito, principalmente, quando se pensa em evolução do sistema do direito e diferenciação da tomada de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em casos de ações declaratórias de inconstitucionalidade⁵⁹³ ou constitucionalidade, em súmulas vinculantes e repercussão geral⁵⁹⁴.

3.1.6 Resposta do Supremo Tribunal Federal em Relação às Decisões Judiciais Repetitivas em Saúde na Jurisdição Difusa: repercussão geral

O sistema do direito, isto não é novidade, é composto por diversas organizações, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Ministério Público (MP), a Defensoria Pública (DP) e os Tribunais, sejam estes os denominados tribunais locais ou os tribunais superiores, no caso do Brasil⁵⁹⁵, há três que se destacam: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho⁵⁹⁶. Se os sistemas vivos carregam a

⁵⁹²Lembrando o conceito de organização constante em Luhmann (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68).

⁵⁹³Ao se trabalhar com a noção de princípios e valores, tornou-se clara necessidade de que o sistema do direito precisaria evoluir para fazer uma marcação entre sistema/ambiente que pudesse comportar o trabalho de maneira “tranquila” no tocante à análise destes valores e princípios: as ações direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade muito bem respondem a esta evolução. Nelas não há partes propriamente ditas (sistemas psíquicos envolvidos) e nos polos da ação, em geral, encontram-se organizações do sistema do direito ou da política, tais como partidos políticos ou o Ministério Público.

⁵⁹⁴É uma aquisição da modernidade, pois com base em casos concretos, os tribunais criam decisões aplicáveis ao futuro, no que isto se diferencia da lei? Muito da evolução do sistema do direito em relação ao instituto da repercussão geral passa por trabalhar esta indagação.

⁵⁹⁵Tomando-se como parâmetro a Constituição em vigor.

⁵⁹⁶Há ainda os tribunais militares, porém a exposição que se pretende basta a citação destes tribunais superiores.

autopoiese como uma de suas principais características⁵⁹⁷, os sistemas sociais, além de praticarem autopoiese, têm como característica igualmente relevante a auto-observação e a autorreflexão⁵⁹⁸, uma vez que os sistemas sociais trabalham com sentido para estruturarem-se, é necessário, quando se observa o funcionamento do Supremo Tribunal Federal enquanto organização, reparar as respostas dadas por esta organização na estruturação do sistema do direito.

A observação de diversos índices sociais e econômicos⁵⁹⁹ mostram que a sociedade brasileira, desde a Constituição de 1988, tem evoluído. Os índices relativos à inclusão educacional da população de baixa renda no ensino fundamental, médio e superior aumentaram. O Brasil praticamente atingiu a meta de universalização do ensino fundamental, muito avançou na cobertura do ensino médio e em relação ao acesso ao ensino superior houve uma avanço significativo de matrículas⁶⁰⁰. No plano econômico, o Brasil, nos últimos quase trinta anos, deu um salto significativo no tocante à distribuição de renda, acesso aos serviços de telefonia fixa e móvel, consumo de bens duráveis e semiduráveis entre outros. Essa evolução foi um dos fatores que aumentou a complexidade da sociedade brasileira, lembrando que o direito, que o sistema do direito, por si também tem o condão de aumentar a complexidade⁶⁰¹.

Neste contexto, a regulação do direito à saúde, de modo amplo, na Constituição, teve, num primeiro momento, a característica de demarcação de um antes e de um depois à constitucionalização do referido direito. Se antes haveria discussão a respeito da possibilidade

⁵⁹⁷“Nossa proposta é que os seres vivos se caracterizam por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprios, o que indicamos quando chamamos a organização que os define de organização autopoietica. Fundamentalmente, essa organização é proporcionada por certas relações que passamos agora a detalhar e que percebermos mais facilmente no plano celular.” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 52).

⁵⁹⁸A famosa galáxia “auto” de Teubner. (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 1-26, numa referência a importância da auto-observação e da autorreferência dos sistemas sociais como relevantes para compreensão da autopoiese.

⁵⁹⁹Aumento de renda, de escolarização, de acesso aos serviços de saúde, moradia entre outros. Ver: BRASIL. Governo Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015. E, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015).

⁶⁰⁰Consultar os sítios eletrônicos do Ministério da Educação e novamente do IBGE. (BRASIL. Ministério da Educação. Disponível em: <www.mec.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015; e INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015).

⁶⁰¹“Mas bien, el derecho mismo, por medio de intervenciones regulativas en la vida cotidiana, produce situaciones que luego serán motivo de conflictos: el derecho se cultiva a sí mismo.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 339-340).

de se estender a toda população o que se entende por saúde (e respectivo direito à saúde), posteriormente à Constituição de 1988, este problema desaparece. Na medida que o texto constitucional fala que a saúde é um direito de todos, a questão que está posta é como alcançar este direito a todos, vez que a não mais se discute se uma pessoa tem direito à saúde, a discussão agora é se ela está gozando este direito.

A discussão passa, atualmente⁶⁰², pela questão do porquê alguns têm acesso à saúde, auferindo tratamento hospitalar digno, tendo acesso a bons médicos, tendo acesso à medicação necessária no caso de doença ou outra qualquer enfermidade e o porquê uma parcela da população, às vezes parcela significativa da população, não consegue acesso à saúde e não consegue gozar desse direito, não consegue “consumir saúde”. A positivação do direito à saúde, na Constituição, fez com que se possibilitasse, num primeiro momento, cobrar do Estado brasileiro que se organizasse para efetivar políticas públicas na área da saúde, tais como construção de hospitais, postos de saúde, entre outros, ou providenciar o fornecimento de medicamentos para combate de doenças, ter uma política de controle da saúde da população em geral, por meio de ações, atos e atitudes que garantam a todos um tratamento adequado. Este é o ponto de inflexão da positivação do direito à saúde na Constituição. Possibilita por um lado que o sistema da política seja ativado e possibilita que o sistema do direito seja igualmente ativado.

Sabe-se – e os motivos não serão aprofundados neste trabalho – que o Estado brasileiro não consegue, ou não possui estruturas suficientes, alcançar saúde à vasta gama da população e, se por um lado o direito à saúde é um direito oponível ao administrador, no âmbito do sistema da política, é também um direito oponível ao administrador no âmbito do sistema do direito. É possível, por força da positivação do direito à saúde, exigir a prestação de serviço público que foi ignorada pelo sistema da política⁶⁰³. Assim, ao particular é possível

⁶⁰²Pós Constituição de 1988.

⁶⁰³“De outro lado, deve-se ter em vista que o direito à saúde também pode ser compreendido como um direito individual de cada cidadão, oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou um grupo específico de pessoas exijam do Estado o fornecimento de serviços de saúde específicos, tais como um determinado tipo de medicamento ou de tratamento cirúrgico. Assim, o direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo público, individual: permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício da sua saúde ou, ainda, que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (não poluir o ambiente, por exemplo).” (AITH, Fernando. A saúde como direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. *In*: AITH, Fernando; et al. **Direito sanitário**: saúde e

o ajuizamento de ação para obtenção de um determinado medicamento, para realização de uma cirurgia ou para obtenção de um determinado serviço médico, como uma internação psiquiátrica, exemplificativamente, o que gerou, em sociedades como a brasileira, uma crescente demanda judicial na tentativa de efetivação do direito à saúde por meio do Poder Judiciário.

A judicialização da saúde não deixa de ter como uma das causas a histórica exclusão que diversas camadas da população tiveram não só aos direitos individuais, mas também em relação aos direitos sociais⁶⁰⁴ positivados na Constituição. A busca destes direitos sociais – a saúde dentre estes – fez com que o sistema do direito, ao decidir, marcasse a necessária distinção entre o sistema da política, pois há necessidade de se delimitar, conforme já abordado neste trabalho, quando uma decisão pertence ao sistema da saúde e quando uma decisão pertence ao sistema do direito.

Qual a primeira consequência que a judicialização da saúde traz sob o ponto de vista não-sistêmico: crise. A ausência ou insuficiência de políticas públicas ligadas à efetivação dos direitos sociais, dentre estes o direito à saúde, questões de violência na sociedade e violência praticada por organizações do sistema político (polícia, por exemplo), as recorrentes crises econômicas que assolam as nações, em especial as que pertencem ao terceiro mundo, são vistas como crises do Estado⁶⁰⁵ e, como toda visão de crise, os questionamentos surgem, as esperanças nascem e renascem na construção de novas expectativas, sendo a judicialização de políticas públicas uma destas.

Seja sob o enfoque da crise do Estado tratada de maneira conjuntural e sob o viés da ótica marxista⁶⁰⁶, seja sob o enfoque da crise tratada como um problema conjuntural do

direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, 2010. p. 79).

⁶⁰⁴Caso emblemático de exclusão é tratado por José Murilo de Carvalho quando aborda a questão da obrigatoriedade da vacinação, no Rio de Janeiro, no início do século XX. O incidente ficou conhecido para história como a Revolta da Vacina e teve como palco a cidade do Rio de Janeiro, então capital da nascente república brasileira, sendo o mote a enorme resistência da população excluída em ser compulsoriamente vacinada por agentes do governo. (CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 2010).

⁶⁰⁵POULANTZAS, Nicos. **O estado em crise**. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

⁶⁰⁶Ao abordar a crise do Estado refere-se, Poulantzas, a problemas da economia de mercado que ao final da década de setenta do século passado estava enfrentando queda no consumo, elevação dos preços do petróleo bem como a problemas de relacionamento entre as classes o que toca diretamente ao acesso aos bens de consumo e por fim a questões ligadas ao imperialismo dos Estados nacionais, vez que novos organismos já estariam rivalizando com a ideia de Estado (enquanto ente político) como soberano e não passível de subjugação por qualquer outra entidade. Desde a década de setenta do século passado e atualmente, cada vez

sistema da política⁶⁰⁷ ou seja a crise tratada como um problema de ineficácia do sistema do direito em conseguir implementar a Constituição por meio da jurisdição constitucional⁶⁰⁸.

Sob o enfoque da teoria sistêmica, a judicialização da saúde, conforme estudado neste trabalho, ganha nova matriz, ganha nova possibilidade de observação⁶⁰⁹. Primeiramente, o fato de haver uma grande demanda de ações judiciais no seio do Poder Judiciário, tendo como assunto o direito à saúde e a saúde, faz com que o próprio sistema do direito, por meio de suas organizações, pratique autopoiese e praticar autopoiese é também compreender que os sistemas sociais, dentre estes o sistema do direito, auto-observa-se e autorreflexiona-se⁶¹⁰. O excesso de ações judiciais e o excesso de recursos que aportaram ao Supremo Tribunal Federal fez com que este se auto-observasse e se autoreflexionasse. O que acontecia até então era a necessidade de o Supremo Tribunal Federal analisar indistintamente todos os recursos de agravo de instrumento que aportavam àquela Corte, não havia critério de seleção que pudesse ser realizada pelo próprio STF no sentido de não conhecer os recursos de agravo.

mais percebe-se que o Estado não ocupa o centro do sistema mundo, rivalizando com outras organizações, sendo a FIFA (Federação Internacional de Futebol) um exemplo claro. (POULANTZAS, Nicos. **O estado em crise**. Rio de Janeiro: Graal, 1977. p. 3-41).

⁶⁰⁷Hélio Jaguaribe trabalha com a noção de que a escolha do modelo político (República) é o responsável pela crise do Estado brasileiro, vez que as estruturas de poder não permitem que a economia consiga organizar-se de maneira sustentável ao longo dos anos, as estruturas de poder não permitem que a opinião pública seja devidamente ouvida por meio de eleições e não há, devido ao sistema político, investimento em tecnologia capaz de fazer com que o Brasil pudesse implementar revoluções educacionais duradouras. (JAGUARIBE, Hélio. **Crise na república: 100 anos depois: primeiro ou quarto mundo?** Rio de Janeiro: Thex, 1993. p. 11-18; 25-36).

⁶⁰⁸Streck tem contribuído ao diagnosticar que os problemas da crise do Poder Judiciário estão ligados ao fato da impossibilidade de haver uma hermenêutica capaz de dar uma resposta às decisões já previamente decididas, às antecipações de sentido quando as demandas são postas no seio do Poder Judiciário. Lenio Streck combate o fato de o sistema trabalhar com a itinerante repetição de decisões, com as alusões à decisões anteriores, sob a ótica deste jurista, há necessidade de se buscar uma resposta hermenêuticamente correta no tocante à interpretação de princípios existentes na Constituição. Neste sentido, as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. No mesmo sentido, Sausen faz críticas ao que seria o direito atualmente: “O direito passa a ser – quase que exclusivamente – aquilo que é dito e repetido pelos pretórios.” (SAUSSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do direito e resgate hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20).

⁶⁰⁹Para Maturana o observador possui um papel central. (MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001. p. 53-66).

⁶¹⁰Novamente, a galáxia “auto” de Teubner (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 34-40), bem como as três categorias de autorreferência descritas por Luhmann (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 395).

O Supremo Tribunal Federal, enquanto organização, tratou de irritar o sistema da política e, depois de discussões, a proposta de emenda constitucional e respectiva legislação foi aprovada: repercussão geral.

O instituto da repercussão geral permite que o Supremo Tribunal Federal possa selecionar, previamente, que processos irá julgar, que processos são dignos de ser julgados pela corte. Agora é possível que o STF selecione uma causa dentre tantas que estão tramitando no seio do Poder Judiciário e, com base numa decisão, evitam-se que diversas outras ações idênticas ou semelhantes sejam rejuizadas pelo Supremo Tribunal Federal. A resposta não deixa de ser interessante e deve ser analisada como uma evolução do sistema do direito para que não perdesse a racionalidade e para que não tivesse – o sistema do direito - que a todo momento repetir as mesmas decisões já tomadas anteriormente, o que faria com que o sistema do direito tivesse a confiança⁶¹¹ abalada. Confiança reconquistada pelo sistema do direito ao se auto-observar, vez que as diversas decisões judiciais no tocante ao direito à saúde e à saúde e as possibilidades de mudança das decisões pelos tribunais locais contribuíam apenas para que pudesse ocorrer frustração no tocante à estabilização das expectativas jurídicas. Em sendo o Supremo Tribunal Federal organização considerada central do sistema do direito, nada mais natural que fosse encarregada desta estabilização das decisões, propiciando ao sistema que possa autorreferenciar-se por meio de suas próprias estruturas.

3.2 O CONTROLE EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL COMO EVOLUÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO: AUTOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO E OS LIMITES ENTRE SISTEMAS JURÍDICO, POLÍTICO E DA SAÚDE

Nesta última parte, a intenção é trabalhar com a noção de que controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal é operacionalizado por meio de mudanças realizadas pelo próprio sistema do direito no que diz respeito à noção de centro e periferia para teoria sistêmica. A

⁶¹¹Já foi abordado a respeito da necessidade de um sistema ser e ter confiança. Não é possível que para cada decisão já tomada sobre os mesmos assuntos o sistema do direito tenha que se repetir de maneira exaustiva e até mesmo abundante. A repetição, a tautologia é uma característica dos sistemas sociais, porém ela não pode ser exagerada, sob pena de perda de confiança e racionalidade. (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005).

evolução do sistema jurídico está em absorver a complexidade do entorno e trabalhar com a noção de que os tribunais e em especial os tribunais superiores e mais especialmente ainda o Supremo Tribunal Federal, é a organização central do sistema do direito e todas as demais organizações são periféricas a ele. Esta noção garante ao sistema do direito maior racionalidade, maior confiança e permite um maior controle por parte do STF das demais organizações bem como das decisões judiciais.

3.2.1 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados: limite entre sistemas do direito e da política

A passagem do mundo medieval para o mundo moderno e, posteriormente, para o mundo contemporâneo fez-se de maneira muito particular para o direito. Se na era medieval a certeza do direito era dada pela invocação a fatores externos, tais como o direito era o direito dado por Deus aos reis ou era o direito imposto pela força do soberano, o fato certo é que não existia espaço para dúvida, espaço para o conflito como atualmente existe. O direito medieval era um direito fixo, certo e pouco propenso a tergiversações em relação ao sentido, uma vez que a interpretação era sempre uma interpretação divina⁶¹². Direito e moral confundiam-se e, com esta confusão, ganhava-se a certeza tão propícia a uma época cujo sistemas econômico e político respondiam por feudalismo estrutura criada pela sociedade da época capaz de suportar a quase ausência de complexidade.

Mesmo que se tenha ganhado, a partir de Hobbes⁶¹³, a noção racional e contratual do direito, fazendo com que fossem abertos os caminhos para que o direito se desvinculasse da moral e do poder dos reis (política), não há como negar que a perda da certeza do direito sempre foi uma obsessão dos filósofos iluministas, tendo contribuído para isto a noção de que mesmo após as revoluções burguesas⁶¹⁴, havia necessidade de uma ordem capaz de garantir o *status* da nova classe que ascendia ao poder em detrimento da antiga nobreza subjulgada⁶¹⁵.

⁶¹²BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 102-133.

⁶¹³HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁶¹⁴A Revolução Gloriosa de 1688 e a Revolução Francesa de 1789.

⁶¹⁵Convém trazer à baila o trabalho de Tocqueville em relação as supostas novas estruturas adquiridas com o a Revolução em relação ao Antigo Regime. (TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a revolução**. Brasília: Editora da Unb, 1979).

A certeza do direito como ideal do racionalismo⁶¹⁶ exigiria uma certeza da linguagem, uma linguagem cujo sentido não possibilitasse dúvidas interpretativas, fato que o dogmatismo, representado pela era das codificações, seria a expressão deste ideal buscado pelo homem moderno. É neste contexto que ganha força a ideia de direito como sendo um texto de e com sentido único, passível de ter somente uma interpretação possível, sendo na obra de Montesquieu⁶¹⁷ o ápice da noção de que o juiz seria a “boca da lei”, não lhe cabendo qualquer capacidade interpretativa que não seja a simples leitura e aplicação do texto de lei.

O direito moderno, portanto, é o direito dado, é o direito positivado e conhecido por todos e quando se fala em direito conhecido fala-se em direito compreendido por todos, fato que não deixa de ser questionável na medida que a legislação aumenta proporcionalmente ao crescimento da complexidade da sociedade.

Conquanto seja discutível se alguma vez existiu a certeza da lei, a exatidão das palavras e se o direito em algum momento possuiu uma linguagem precisa e sem dúvidas capaz de ser compreendida por todos e ter o mesmo significado em qualquer momento histórico e em qualquer lugar, o fato é que há diferença no que se imagina que o direito seja ou deveria ser e o que ocorre na prática.

A evolução do direito fez com que as legislações, a partir do início do século XX, introduzissem o que se denomina na doutrina como conceitos indeterminados⁶¹⁸. Neste ponto, esclarece-se que para efeitos deste trabalho serão considerados como conceitos indeterminados todos aqueles que remetam a interpretações ou à busca de sentido fora da moldura do texto legal.

A primeira advertência que se deve fazer é que se sob a ótica do direito civil ou do direito constitucional muito se tem debatido acerca do teor e alcance dos conceitos indeterminados, no âmbito do Direito Penal, sub-sistema dentro do sistema do direito, a noção

⁶¹⁶“Por outro lado, busca de certeza do direito, como ideal do nacionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Europeia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o Ancien Régime, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um sistema burocrático de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto especialmente, dos órgãos do Governo.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 103).

⁶¹⁷MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁶¹⁸Não é intenção neste trabalho de realizar um estudo pormenorizado do que a doutrina classifica como conceitos indeterminados, determinados, abertos, normativos e discricionários. Neste sentido, remete-se o leitor a obra de English (ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 209-255).

de conceito indeterminado sempre foi aceita com maior facilidade. Para o Direito Penal faz anos que não há discussão a respeito da possibilidade, conquanto discuta-se o alcance, de utilização de conceitos indeterminados, sendo a norma penal em branco⁶¹⁹ um exemplo. No Direito Penal há tipos penais que necessitam de complementação no tocante à interpretação por parte do juiz, sendo exemplo do que seria mulher honesta quando em vigor o crime de sedução⁶²⁰ no Código Penal Brasileiro. A interpretação do que seria uma mulher honesta é algo que exigiria do juiz uma tomada de decisão com base em comportamentos existentes ou comportamentos hipotéticos. O importante é observar que o juiz tem que decidir, deve decidir o que seria “uma mulher honesta”⁶²¹.

No âmbito do direito civil e do direito constitucional o ganho aquisitivo foi o fato de a legislação prever, em quantidade cada vez maior, a possibilidade de abertura de sentido no tocante à interpretação da lei o que atrai a questão da escolha do que decidir e de como decidir. Porém, antes de adentrar na questão do “que” e “como” decidir, importante abordar esta abertura do sentido por meio do conceito indeterminado previsto na lei. Embora até o momento tenha sido feita menção ao direito civil e ao direito constitucional, a intenção é trabalhar apenas com os conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do Direito Constitucional, apenas os conceitos indeterminados que estão plasmados na Constituição e portanto objeto deste trabalho no tocante à análise dos casos envolvendo o instituto da repercussão geral.

Ao prescrever a Constituição que o direito à saúde é um direito de todos e ao prescrever a Constituição que a saúde engloba ações mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos além do acesso universal e igualitário aos serviços públicos⁶²², fica clara abertura do sistema do direito, abertura cognitiva, em relação a outros sistemas, tais como os sistemas da política, da economia e da saúde. Esta abertura cognitiva, todavia, não envolve interferência do sistema da política ou do

⁶¹⁹MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal 2**. São Paulo: Atlas, 1992. p. 29.

⁶²⁰Artigo 218 do Código Penal, revogado pela Lei nº 11.106/2005.

⁶²¹Algo como “hidratar” o conceito.

⁶²²A referência é aos artigos 6º e 196, da atual Constituição. Eis as redações destes artigos: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” e “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. São Paulo: Atlas, 2001).

sistema da saúde sobre o sistema do direito, envolve ruído, envolve informação que será necessariamente absorvida e processada pelo sistema do direito com o código do sistema do direito (direito/não-direito, legal/ilegal ou lício/ilícito) e o direito dará respostas jurídicas (decisões) aos problemas que lhe são postos.

Se a distinção entre cargo e pessoa é a responsável pelo acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema psíquico⁶²³, se a cobrança de tributos é responsável pelo acoplamento estrutural entre os sistemas da política e da economia⁶²⁴ e se a noção de Constituição é responsável pelo acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema do direito⁶²⁵, o importante, então, é tentar compreender, em relação ao acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política, como esse acoplamento é operacionalizado, como ele ocorre e como é possível que o sistema do direito continue sua autopoiese e o sistema da política continue praticando sua autopoiese sem, contudo, haver violação de códigos.

Se a Constituição é a solução artificial que permite que o direito observe o sistema da política e a política observe o sistema do direito e faça com que as decisões jurídicas possam remeter-se a questões políticas e, mesmo assim, continuarem jurídicas e vice-versa, é importante observar como esta operação acontece, como este paradoxo ocorre e como o sistema não consegue visualizar o acoplamento estrutural - ponto cego – entre os sistemas.

⁶²³LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 381-384.

⁶²⁴LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 384-389.

⁶²⁵LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009. p. 389-390. (“La historia moderna de las ideas nos ofrece más bien la imagen de que política y derecho constituyen una unidad – al menos en el sentido normativo -. No obstante, en el ámbito del *commom law* como en el del derecho continental la disposición de un dominio estatal tuvo que crecer junto a una ya existente cultura del derecho y tuvo que arreglárselas con ella. [...]. En la medida en que este problema se desparadojiza con el postulado del Estado de derecho y mediante la regulación detallada de la Constitución, se funde la representación política del Estado y del orden jurídico.

[...] Una teoría de sistemas que parte del sentido y de la distinción de las operaciones debe partir del hecho de que el *sistema político y el sistema jurídico operan de manera separada y que se trata de diversos sistemas – aun cuando la autodescripción del sistema contradiga esto-*. Por eso en este lugar aparece el problema del acoplamiento estructural.

Nuestra sospecha es que el acoplamiento estructural entre sistema político y sistema jurídico se ha desarrollado como “Estado”. [...].

Por otra parte, el Estado no está investido para llenar esta función de acoplamiento estructural bajo cualquier forma. Se necesita una solución altamente artificial que permita observar el derecho desde el punto de vista de la política, y la política desde el punto de vista del derecho. Este arreglo artificial lo conocemos nosotros con el nombre de “Constitución”).

Igualmente, em: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 511.

Este ponto cego, este acoplamento estrutural opera, dentro do que se entende por Constituição por meio dos conceitos indeterminados⁶²⁶. Observados os Temas de número 262⁶²⁷ (discute-se a legitimação do Ministério Público em ajuizar ação civil pública para compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia), 289⁶²⁸ (discute-se a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos) e 312⁶²⁹ (discute-se a possibilidade de o Poder Judiciário realizar interpretação extensiva no tocante aos critérios de concessão de benefício assistencial), do instituto da repercussão geral⁶³⁰, percebe-se que a própria Constituição permite que o juiz tome decisões cujos fundamentos reportem-se a códigos de outros sistemas e, mesmo assim, a decisão continua sendo entendida pelo sistema do direito como uma decisão jurídica. Os conceitos indeterminados de fornecer saúde por meio de políticas e gastos públicos para aquisição de medicamentos é que permitem que os juízes façam ilações, façam referências alopoiéticas, façam referências a princípios e valores e mesmo assim as decisões continuem sendo consideradas como jurídicas, uma vez que estão baseadas na Constituição, as decisões são fundamentadas nos artigos da Constituição.

Por outro lado, os mesmos conceitos indeterminados existentes na Constituição no sentido de fornecer saúde, de realizar políticas sociais e econômicas que visem a diminuição de doenças é o que permite ao Administrador, na pessoa do Presidente da República, do Governador de Estado, do Prefeito ou de algum Ministro ou Secretário tomar decisões de realizar uma vacinação em massa em relação a algum tipo de doença ou um vasto programa

⁶²⁶Embora exista vasta literatura a respeito, as definições e conceitos são retirados do pensamento de English (ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004).

⁶²⁷**Tema 262:** RE-605533: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz artigos 2º; 127; 129, II e III; 196; e 197, da Constituição Federal, a legitimidade, ou não, do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que visa compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia. (**Direito Processual Civil e do Trabalho**).

⁶²⁸**Tema 289:** RE-607582: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos." (**Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público**).

⁶²⁹**Tema 312:** RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. (**Direito Previdenciário**).

⁶³⁰Emenda Constitucional nº 45/2004.

de medicação para pessoas soropositivas e estas ações serão consideradas decisões políticas, mesmo que a referência seja à Constituição e aos conceitos indeterminados.

Todavia, quando o sistema da política decide, operacionalizando-se por meio de conceitos indeterminados está tomando decisões coletivamente vinculantes e está transferindo riscos para outros sistemas.

3.2.2 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados como Transferência de Risco entre Sistemas da Política e do Direito

A Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política e os conceitos jurídicos indeterminados como operacionalização deste acoplamento conduziram à necessidade de se observar como ocorre a tomada de decisão em ambos os sistemas.

A primeira observação que se deve fazer diz respeito a teoria constitucional que via nos conceitos indeterminados (ou abertos) uma abertura que possibilitasse ao direito realizar referências alopoiéticas e por este motivo, quando inseridos no texto constitucional não eram consideradas como normas constitucionais, ou seja, não possuíam uma hierarquia superior as demais normas. O entendimento de que apenas normas relativas à organização do Estado e normas prevendo direitos de primeira geração⁶³¹ (direitos fundamentais do cidadão contra o Estado e direitos de limitação do poder do Estado) seriam normas formalmente constitucionais, ou seja, normas cuja hierarquia deveria ser respeitada por serem superior às demais leis. Esta superioridade era vista como um procedimento especial de modificação com quorum qualificado⁶³².

A evolução da sociedade brasileira e a consequente complexificação das relações sociais e o crescente aumento dos papéis sociais, responsáveis por este aumento da

⁶³¹LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

⁶³²A Constituição do Império, outorgada em 1824, por D. Pedro I, no art. 178, fiel aos paradigmas da época, faz a distinção entre normas formalmente constitucionais e normas não-formalmente constitucionais ao abordar que para as normas tidas por constitucionais, inseridas no corpo da Constituição, haveria necessidade de quorum qualificado para que fosse possível alterá-las, enquanto outras normas contidas na mesma Constituição não precisariam de qualificação no quorum para modificá-las. Eis o texto da época: “Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e Individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.” (BRASIL. **Constituições**. Brasília: Senado Federal. 1986).

complexidade, trouxe a necessidade de aceitação, via constitucionalismo moderno, de valores e princípios no seio das Constituições. O que antes era rechaçado agora foi incluído no texto constitucional sendo ao mesmo tempo um elemento político e jurídico.

Inegável que a absorção desta complexidade pelas cartas constitucionais brasileiras, sendo a atual Constituição promulgada em 1988 o cume desta evolução, por ora, trouxe a necessidade que os sistemas político e jurídico conseguissem trabalhar com o fator tempo. Aliás, sob o ponto de vista da teoria sistêmica, este é um ponto que merece análise neste momento para se compreender como o risco é transferido do sistema da política para o sistema do direito quando se trata de decisões políticas por meio de conceitos indeterminados.

A complexificação das relações sociais, a complexificação da economia, enfim a complexificação da sociedade, conforme já debatido neste trabalho, trouxe uma particular mudança em relação à noção de tempo. Se antes era permitido aos sistemas sociais tomarem decisões num espaço maior de tempo⁶³³, ou seja, eram tomadas menos decisões num determinado lapso temporal, a modernidade⁶³⁴ trouxe a noção de que era necessário que os sistemas fossem ágeis, construíssem seus sentidos com maior velocidade, o que fatalmente acabou por aumentar a velocidade da autopoiese, na medida que eram necessárias mais decisões para diminuir a complexidade do entorno.

No campo do sistema da economia, a evolução de um sistema baseado na pequena produção para produções em larga escala – modelo fordista – trouxe consequências indelévels no sentido de que era necessário consumir bens que eram oferecidos a uma parcela

⁶³³A ideia de modernidade líquida trazida por Bauman bem expressa as atuais mudanças. Neste sentido: Despido de seus adereços escatológicos e arrancado de suas raízes metafísicas, o trabalho perdeu a centralidade que se lhe atribuía na galáxia dos valores dominantes na era da modernidade sólida e do capitalismo pesado. O trabalho não pode mais oferecer o eixo seguro em torno do qual envolver e fixar autodefinições, identidades e projetos de vida. Nem pode ser concebido como facilidade como fundamento ético da sociedade, ou como eixo ético da vida individual”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 160).

⁶³⁴“Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. [...] Ao contrário da maioria dos cenários distópicos, este efeito não foi alcançado via ditadura, subordinação, opressão ou escravização; nem através da “colonização” da esfera privada pelo “sistema”. Ao contrário: a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir. A rigidez da ordem é o artefato e o sedimento da liberdade dos agentes humanos. Essa rigidez é o resultado de “soltar o freio”: da desregulamentação, da liberalização, da “flexibilização”, da “fluidez” crescente, do descontrole dos mercados financeiro, imobiliário e de trabalho, tornando mais leve o peso dos impostos etc.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 11-12).

significativa da população⁶³⁵. No campo do sistema da política, cada vez mais pessoas, grupos ou classes eram incluídas e incentivadas a participar do processo político, sendo o sufrágio universal⁶³⁶ uma destas maneiras encontradas para aumentar a participação política da população. O voto censitário, regra na maioria dos países ocidentais até o início do século XX, começa a ruir. Com uma nova parcela da população reivindicando direitos é necessário ter mecanismos e estruturas para absorver esta complexidade. A hipercomplexidade⁶³⁷ que hoje⁶³⁸ vive-se faz com que os sistemas tenham que tomar decisões em escala significativamente maior e sabe-se que tomada de decisões para teoria sistêmica implica assunção de risco, uma vez que sempre há possibilidade de ocorrência de dano⁶³⁹ na tomada de decisão.

A Constituição como ganho aquisitivo para o sistema da política e do direito⁶⁴⁰ teve a função de, em países como o Brasil, useiro em práticas de política simbólica⁶⁴¹, fomentar

⁶³⁵“Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade líquida” produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz”. (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 15).

⁶³⁶Conforme adverte Bobbio, a medida que avança a democratização da sociedade, é necessário que o sistema tenha estrutura para incluir os novos agentes que demandam participação. Neste sentido, eis as palavras do jurista: “A partir do momento em que o voto foi estendido aos analfabetos tornou-se inevitável que estes pedissem ao Estado a instituição de escolas gratuitas; com isto, o Estado teve que arcar com um ônus desconhecido pelo Estado das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não-proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão-somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc. Assim aconteceu que o Estado de serviços, o Estado social, foi, agrada ou não, a resposta a uma demanda vinda de baixo, a uma demanda democrática no sentido pleno da palavra”. (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 47-48).

⁶³⁷“A hipercomplexidade da sociedade contemporânea provocada pela internacionalização crescente das problemáticas tem redefinido profundamente as formas de regulação social, notadamente o direito. Não se pode mais refletir sobre os sentidos do Direito apenas a partir dos pressupostos da teoria do Estado normativista, pois as suas manifestações têm adquirido cada vez mais um caráter nitidamente paraestatal, notadamente com a crise do Estado social. Neste sentido, é evidente a constatação de que a interpretação jurídica, tradicionalmente derivada da racionalidade do Estado liberal, também necessita rever as suas bases constitutivas.” (ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2005. p. 107).

⁶³⁸Início do século XIX

⁶³⁹“[...] el posible dano sea algo contingente; esto es, evitable. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 62).

⁶⁴⁰LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, **Rechtshistorisches Journal**, v. IX, 1990. (“Conquanto o que se encontra em discussão seja a inovação linguística primeiramente produzida pela Revolução Americana e depois pela Francesa, é certamente sustentável a hipótese segundo a qual as duas tradições, a propriamente jurídica e a política, terminem por se confundir. Ao se falar em *constitution* pensa-se,

expectativas no tocante ao cumprimento das promessas da modernidade. Esperava-se, no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1988, que o Estado brasileiro pudesse cumprir as promessas da modernidade, tais como diminuição das desigualdades sociais e o alcance do direito à saúde à totalidade da população⁶⁴². O que se viu foi uma inércia ou uma demora do sistema da política na tomada de decisões, acarretando o que modernamente se tem estudado como judicialização da política, englobando-se neste espectro a judicialização da saúde.

A par da discussão da aparente letargia do sistema da política no Brasil, o que faz com que seja ativado o sistema do direito por meio do ajuizamento de ações no seio do Poder Judiciário, na busca da concretização dos direitos à saúde previstos na Constituição, o fato é que os conceitos jurídicos indeterminados, além de serem o fator de operacionalização do acolhimento estrutural contido na mesma Constituição, são responsáveis pela transferência do risco do sistema da política para o sistema do direito.

O poder circula pelo sistema da política e por este é contido⁶⁴³, como meio simbolicamente generalizado, quando ocorrem tomadas de decisões coletivamente vinculantes. Assim, no caso da saúde, há necessidade de o Poder Executivo⁶⁴⁴, cumprindo a

então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e terminologia política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico. NO que se refere à América, é de se acrescentar o fato de que até o final do século XVIII não existia no plano local outra administração que não fossem os tribunais, assim se justificando a distinção entre *judge* e *jury* (o que explica o grande interesse pelos *juries*) mas não a distinção entre política e direito ou entre administração e jurisdição.”

⁶⁴¹LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 549.

⁶⁴²É interessante observar a Constituição e conseqüentemente os valores da modernidade como valores de felicidade, como projetos políticos de felicidade. Se as regras contidas na Constituição forem totalmente cumpridas, precipuamente, as normas que abordam questões de justa distribuição de renda, educação universal, erradicação da pobreza entre outros, o Brasil seria um país cuja felicidade seria algo intrínseco, natural, pois a utopia de uma sociedade justa, sem violência seria alcançada. Neste sentido: “É preciso entender a evolução do constitucionalismo como um progresso na construção civilizatória moderna de diferentes concepções de felicidade, que têm um marco inicial com a superação de ideias de felicidade totalmente fragmentadas que marcavam a configuração do imaginário social europeu que precedeu o século XVIII.” (SANTOS, André Leonardo Copetti. O ensino do direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal Brasileira. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituições, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55).

⁶⁴³LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico, Universidad Iberoamericana, 2009.

⁶⁴⁴Veja a seguinte passagem: “Em outras palavras, política e direito aparecem como um sistema e o direito como a forma de reação aos inconvenientes políticos, inclusive ao perigo de se recair no estado de natureza. De tal sorte que até a Declaração da Independência americana, evento que se verifica de maneira surpreendente, nada mais ocorreu do que a manutenção do conceito de *constitution* em sua indeterminação habitual, limitando-se a esclarecer os males (má administração e mau governo) da Inglaterra. O que *constitution* significa pode ser determinado no espelho de sua corrupção. Desse ângulo, as expectativas recaem sobre o legislador e ainda não

Constituição, em seus artigos 6º e 196, forneça saúde à população, implante programas de vacinação coletiva, enfim, tome decisões capazes de generalizar condutas e forçar a obediência pela população. A legitimação pelo procedimento e a decisão administrativa são uma das maneiras que o sistema da política funciona, opera⁶⁴⁵.

Embora Luhmann não reconheça que um sistema seja mais importante que outro, uma vez que todos os sistemas sociais estão acoplados estruturalmente⁶⁴⁶, é possível, no entanto, reconhecer que um sistema tem a capacidade de produzir mais riscos que outros e estes riscos produzidos são visualizados como perigo⁶⁴⁷ pelos demais sistemas.

O sistema da política, segundo Luhmann, é um sistema que cotidianamente está sujeito a tomada de decisões cujos riscos são incalculáveis, imprevisíveis e por isso toda decisão se complexifica na medida que os danos são de difícil contingenciamento⁶⁴⁸. As decisões políticas têm o condão de impor perigo para os demais sistemas com um agravante: resumem-se na imediata tomada de decisão e depois esgota-se no tempo do sistema político,

se alcançou a ideia de se distinguir a simples legislação da revisão da constituição. Do legislador que, no entanto, é por sua vez corrompido, espera-se uma luta permanente contra a corrupção da constituição. E por isso: “is not every public law an innovation in our constitution?” (LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990).

⁶⁴⁵“Assim, por exemplo, a distribuição das tarefas governativas é programada condicionalmente: sempre que existam fatos descritos de forma aproximativa, sejam apresentadas propostas ou comprovadas decisões prévias, tem de ser conferida uma possibilidade correspondente de decisão. Com isso se apresentam fundamentos certos para procedimentos legitimadores: o decisor não tem a responsabilidade de atingir determinados fins, não tem que defender nenhum compromisso para o futuro, apenas comprova se se verificam as hipóteses preestabelecidas para uma decisão definida. Graças a este alívio de responsabilidade ele pode manter-se objetivo e neutro.” (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980. p. 169-170).

⁶⁴⁶LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lianamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos. 1998. p. 420.

⁶⁴⁷LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 67.

⁶⁴⁸“El sistema político pertenece a aquellos sistemas funcionales de la sociedad moderna cuya empresa cotidiana exige y posibilita un alto grado de decisiones arriesgadas. Y también aquí, la creciente tendencia al riesgo se basa en una codificación binaria.

La claridad en la subordinación y la supraordenación, como está dada en la estructura de cargos del Estado moderno, hace posible tomar e imponer decisiones, aun cuando sus consecuencias sean imprevisibles. Esto vale, sobre todo, para la política regulativa, con repercusiones en otros sistemas funcionales, como por ejemplo la intervención en la economía mediante impuestos y créditos, los cambios en el derecho de patentes, los cambios en el derecho del divorcio y en la política educativa; la aprobación o el retiro de apoyo financiero a los campos de investigación, el permiso o la prohibición de medicamentos (o la larga duración de los procedimientos de prueba), los cambios en las condiciones de capacidad de reembolso de los gastos médicos, para mencionar sólo algunos ejemplos de este inmenso espectro. La imposibilidad de dirigir efectivamente desde el sistema político a otros sistemas, con una visión suficientemente clara de las consecuencias y con riesgos limitados, se encuentra en una proporción inversa respecto a la facilidad mediante la cual estas decisiones adquieren validez y pueden ser impuestas esporádicamente. La sorprendente amplificación de la competencia del Estado benefactor tiende a amplificar la maquinaria enorme e incontrolable de los riesgos.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 199-200).

devendo os demais sistemas observar o perigo oriundo do sistema político e absorvê-lo como risco.

Isto ocorre porque as decisões tomadas pelo sistema da política são totalmente temporalizadas, são decisões que não têm capacidade de se prostrar no tempo como as decisões jurídicas ou como as decisões econômicas. É importante ter a noção que as decisões políticas, as decisões tomadas pelo sistema da política geram ruídos, geram perigo aos demais sistemas, porque são, na sua maioria, decisões arriscadas, de difícil previsibilidade em relação às consequências. Sabe-se que os argumentos consequencialistas⁶⁴⁹ utilizados na fundamentação de decisões judiciais são tentativas de capturar ou conter o risco, o que tem se mostrado uma tarefa quimérica no atual momento das sociedades complexas.

Decisões praticadas pelo sistema da política, por meio do Estado de Bem-estar são decisões arriscadas e são decisões que são visualizadas como perigo pelos demais sistemas. Basta exemplificar a decisão que aumenta um imposto sobre a produção para imaginar o perigo que representa para a cadeia produtiva de fábricas de automóveis, por exemplo, ou a decisão tomada pelo sistema da política em restringir gastos com medicamentos e para restringir gastos com educação para se visualizar o perigo que representa para o sistema psíquico e para o sistema da saúde. O sistema da política não possui estruturas capazes de suportar por um longo período de tempo o risco por ele provocado, poder-se-ia dizer que o risco na política pouco reflexiona-se, o que faz com que medidas rejeitadas apresentadas por um governo sofram duros ataques da oposição, sendo por consequência rejeitadas durante o processo legislativo, porém sejam reapresentadas no momento posterior a novas eleições pelo grupo político vencedor. Quem era oposição, apresenta a mesma proposta que ajudou a derrubar e agora predente ver aprovada no seio do Poder Legislativo. Somente a baixa temporalização das decisões do sistema da política permite que o risco pouco se reflexione neste sistema.

Não obstante, o risco⁶⁵⁰ existe e somente o tempo é capaz de manter viva a ideia de que o risco deve ser contigo por meio de decisões e não por outro motivo que o sistema da

⁶⁴⁹“El hecho de una práctica jurídica orientada por las consecuencias y, siguiendo a Kant por la inteligencia pragmática, no se puede pasar por alto. Pero conduce, visto de manera lógica, a una justificación paradójica del derecho, y visto sociológicamente es sintomático que se exija al derecho la adopción y el procesamiento de los riesgos que rebasen la forma de la normatividad.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 106-107).

⁶⁵⁰Renovando advertência contida na introdução, é o conceito sob a ótica de Luhmann.

política consegue, em se tratando de riscos, transferir-los para o sistema do direito. Essa transferência é feita mediante os conceitos indeterminados contidos na Constituição. Tornada à Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito e os conceitos jurídicos indeterminados como operacionalização deste acoplamento, pode-se imaginar que eles desempenham igualmente outra função: transferência de risco entre os sistemas da política e do direito, especificamente, transfere-se o risco do sistema da política para o sistema do direito.

Dado que a temporalização é mínima no sistema da política e dado que há pouca chance de o risco reflexionar-se, a maneira encontrada foi a transferência do risco, sobrecarregando o sistema do direito cujas estruturas conseguem suportar a sobrecarga de informação, a sobrecarga de ruído, o perigo vindo do entorno torna-se risco dentro do sistema do direito.

Assim, a tomada decisão do sistema da política na área de saúde, por exemplo, com uma vasta campanha de vacinação e, por algum problema, esta campanha é interrompida⁶⁵¹, faz com as pessoas afetadas⁶⁵², ou as pessoas que não conseguiram se beneficiar da referida política, busquem, perante o Poder Judiciário, o cumprimento da decisão política anteriormente tomada pelo Poder Executivo. O risco na tomada de uma decisão política é visualizado como perigo pelo sistema do direito e é absorvida pelo sistema do direito (abertura cognitiva) como um novo risco, vez que o sistema do direito terá de proferir uma decisão jurídica e toda tomada de decisão envolve riscos⁶⁵³.

O que deve ser observado é a maneira como essa decisão opera no âmbito dos sistemas. Neste sentido, a decisão judicial pode acontecer tendo por lastro a remessa a um conceito jurídico indeterminado já constante no ordenamento jurídico, sendo a Constituição o meio hábil para que as decisões jurídicas sejam encaradas como jurídicas, mesmo que a referência seja a uma política pública patrocinada pelo Estado e, por algum motivo,

⁶⁵¹Note-se, a decisão já foi tomada, o que não é mais possível, seja por que motiv for, é o sistema da política continuar cumprindo a decisão, seguramente, alegando falta de verba no orçamento.

⁶⁵² Sempre lembrando que para teoria sistêmica as pessoas fazem parte do sistema psíquico.

⁶⁵³Veja-se a seguinte referência de Luhmann em relação à temporalização da complexidade, muito útil ao tema ventilado neste item: “La palabra clave de “temporalización de la complejidad” nos lleva a más consideraciones. En muchas situaciones los deslindamientos con relación a la persona y al espacio, se sustituyen por deslindamientos con relación al tiempo. El nuevo derecho anula el antiguo y, por eso, ni siquiera las inconsistencias temporales decisivas tienen que considerarse injustas. Las discusiones provocadas por este hecho se politizan. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 352).

descumprida. O juiz poderá perfeitamente fundamentar a decisão com base nos artigos 6º e 196, da Constituição, para que o Poder Executivo continue realizando uma determinada campanha de amamentação, de fornecimento de medicamentos, por exemplo.

Outra maneira que o sistema da política poderá transferir o risco para o sistema do direito é por meio de nova legislação⁶⁵⁴.

Não há como negar que o tempo para o sistema do direito transcorre numa velocidade inferior ao tempo para o sistema da política. Se a política trabalha com rápida temporalização de suas decisões, o sistema do direito, ao contrário, por força de suas organizações, dentre estas o Poder Judiciário, mostra-se estável na questão de colmatação dos sentidos. As instituições jurídicas são avessas a transformações rápidas, em que pese conseguirem captar o ruído exterior, nem sempre a adaptação é feita de maneira a forçar o sentido de interpretação de uma determinada lei.

Não por outro motivo, segundo Luhmann, que o sistema da política costuma interferir no sistema do direito⁶⁵⁵, acelerando o tempo de decisão, por meio do processo legislativo: novas leis. Este é o cerne do processo conhecido pelo nome de inflação legislativa. O que está por traz deste comportamento é a observação de que um sistema pretende acelerar o tempo do direito, acelerar as decisões judiciais, uma vez que o tempo, para o sistema da política, muitas vezes não pode aguardar pelo tempo do sistema do direito.

⁶⁵⁴“Naturalmente, esto no sucede porque el derecho es, a la vez, uno de los elementos más importantes de la configuración de la política, y porque las situaciones novedosas de los otros sistemas confrontan permanentemente a la política para que decida con celeridad. En esto, la legislación se convierte en un mecanismo importante de compensación de tiempo para la sociedad en su conjunto. La legislación se pondrá en marcha y llegará a término con relativa rapidez, con tal de que haya suficiente presión política. La promulgación de una ley (es decir: la reacción del sistema jurídico en la dirección deseada por la política), es un símbolo de éxito político: el triunfo del grupo que en ese momento está en el poder. El sistema jurídico opone escasa resistencia ante las nuevas leyes, porque allí no se trata de procesar experiencias propias, o de la transformación del derecho acreditado, sino de un nuevo derecho. El mecanismo de aceleramiento de la legislación (y siempre: si las leyes se utilizarán o no), depende de que no se sabe, y no se puede saber, qué sucederá con la ley en la praxis del derecho.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 494).

⁶⁵⁵Convém transcrever a seguinte passagem indicando a evolução do sistema para que se possa trabalhar com conceitos e interesses sem que haja estranheza. A Constituição, como acoplamento estrutural, permite esta constante evolução dos sistemas do direito e da política: “Pero en cuanto la organización y el aprendizaje se ponen en movimiento, el sistema empieza a trabajar con la distinción variedad/redundancia y, con esto, a organizar la propia complejidad. Veremos todavía que este proceso se acelerará mediante los acoplamientos estructurales con otros sistemas de funciones y finalmente que esto lleva a la internalización de la diferencia entre autorreferencia (conceptos) y la heterorreferencia (intereses). (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 440).

É interessante observar que a transferência do risco ocorrerá por meio de conceitos indeterminados. Na medida em que o sistema da política decide, tomando uma decisão coletivamente vinculante, deixa a cargo do sistema do direito a absorção do risco no tocante ao prolongamento do cumprimento da referida política na área da saúde, o perigo visualizado pelo sistema do direito é convertido em risco ao ser forçado a decidir, quando do ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, para cumprir determinada política institucionalizada por meio de lei. O fundamento, a operacionalização torna-se possível com a passagem do risco do sistema da política para o sistema do direito por meio de conceitos jurídicos indeterminados.

Esse é um ganho considerável da modernidade, na medida que permite que o código do sistema da política (governo/oposição) possa ser operacionalizado independente das decisões jurídicas e, não obstante, o sistema da política terá de suportar as decisões judiciais relativas à saúde, oriundas do outro governo, do grupo derrotado nas eleições, como um perigo as suas decisões, internalizando este perigo como risco e, se for o caso, acelerando o tempo do direito por meio da promulgação de novas leis.

3.2.2.1 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados como Evolução do Sistema do Direito

Ao longo deste trabalho foi mencionada a palavra evolução, no entanto não foi explicado o conceito de evolução para teoria sistêmica. Chegou o momento de dissertar a respeito do conceito de evolução para teoria sistêmica para que se possa compreender os conceitos jurídicos indeterminados e o instituto da repercussão geral como evolução do sistema do direito.

Para compreensão do que seria evolução para teoria sistêmica, faz-se necessário observar o que Maturana e Varela⁶⁵⁶ discorreram a respeito, uma vez que Luhmann se utilizou de muitos conceitos da área da biologia para formular a teoria dos sistemas sociais.

A evolução é um processo que acontece, é um acontecimento que se agrega à autopoiese do ser vivo, é um constante processo de adaptação do ser vivo às irritações do

⁶⁵⁶MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011; e **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002.

entorno. Para Maturana e Varela, o ser vivo está em constante deriva estrutural⁶⁵⁷ com o meio, com o entorno e esta deriva estrutural faz com que haja perda de energia e, devido a esta perda de energia, o ser vivo tem que constantemente modificar suas estruturas para manter sua organização. Quando o meio, o entorno irrita o ser vivo de maneira mais contundente, obriga este mesmo ser vivo a modificar com maior intensidade, ou não, suas estruturas para conseguir manter sua organização autopoietica. As constantes mudanças que ocorrem no ser vivo são observadas pelo entorno, a partir de um observador.

A primeira ideia que se deve abortar em relação ao conceito de evolução diz respeito à finalidade, ou ausência de, nas palavras de Maturana e Varela, teleonomia⁶⁵⁸. Para os neurobiólogos, o ser vivo, as máquinas autopoieticas não têm finalidade específica a não ser praticar sua autopoiese para sobrevivência. Como os seres vivos estão em acomplamento estrutural uns com outros, todos estão em constante deriva estrutural. Para cada ser vivo o outro é entorno, é irritação. Esta irritação é que poderá, ou não, provocar evolução, na medida que os seres vivos processam estas informações do meio e podem rejeitá-las ou assimilá-las e, em assimilando, vão alterar a estrutura para manter sua organização⁶⁵⁹. A consequência é que evolução, para Maturana e Varela não é nem boa, nem ruim, não é controlável e muito menos sabe-se a direção, apenas acontece⁶⁶⁰. O ser vivo evolui praticando autopoiese ou não evolui e portanto morre⁶⁶¹, pois não praticaria autopoiese.

⁶⁵⁷Está acoplado estruturalmente com o entorno, trocando informações e energia, sem, contudo, haver comprometimento da organização.

⁶⁵⁸MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres Vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 77. “Teologia e teleonomia são noções empregadas na descrição e a explicação dos sistemas vivos, e ainda que se argumente que não participam necessariamente em seu funcionamento como fatores causais, afirma-se que são aspectos indispensáveis para definir sua organização. Propomos-nos agora a demonstrar que, à luz do capítulo precedente, estas noções são desnecessárias para compreender a organização do vivo.”

⁶⁵⁹“Como essas máquinas autopoieticas não possuem entrada e nem saída, toda correlação que o observador pretende revelar entre fatos externos que a perturbam periodicamente e a transição de um estado a outro resultante dessas perturbações pertence à história da máquina no contexto da observação, e não ao funcionamento de sua organização autopoietica.” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 80).

⁶⁶⁰“Olhando por esse ângulo, vemos que a maioria das linhagens de seres vivos que atualmente encontramos são sobretudo parecidas com as primeiras unidades autopoieticas: bactérias, fungos, algas. Todas essas linhagens equivalem a trajetórias que se mantêm perto do ponto central. Em seguida, algumas trajetórias se separam para construir a variedade dos seres multicelulares. Algumas delas se separam ainda mais, para construir vertebrados superiores: aves e mamíferos. Como no caso das gotas d’água, se houver um mínimo suficiente de casos e tempo, muitas das linhagens possíveis, por estranho que pareça, ocorrerão. Além disso, algumas das linhagens se interrompem porque chega um momento, como no caso dos trilobites, em que a diversidade reprodutiva que elas geram não é comensurável com a variação ambiental. Termina então a conservação da adaptação, porque essas linhagens produzem seres incapazes de se reproduzir no meio em que lhes cabe viver.

Mostra-se, portanto, fundamental reter a informação de que para Maturana e Varela a evolução é um processo natural, é um processo totalmente sem controle, é um processo que ocorre porque todo ser vivo está em constante adaptação⁶⁶² com seu meio, pois para Luhmann, igualmente, a evolução dos sistemas dá-se de maneira natural, sem controle e mostra que os sistemas sociais estão em constante adaptação com o entorno, praticando constantemente autopoiese.

Para teoria sistêmica de matriz luhmaniana, a evolução manifesta-se como transformação do improvável em provável⁶⁶³, a evolução deve ser encarada como a compreensão de três palavras: variação, seleção e restabilização (ou retenção)⁶⁶⁴. Para se compreender como ocorre a evolução, deve-se lembrar que para teoria sistêmica os sistemas (ou sub-sistemas sociais) compõem-se de comunicações e estas comunicações são comunicações com um determinado código (direito/não direito, legal/ilegal ou lícito/ilícito) que possuem sentido dentro de um determinado sistema. O que não tiver sentido para um determinado sistema pertence ao entorno e é ruído, é exterior ao sistema. Deve-se, ainda,

(MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011 e, **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 126).

⁶⁶¹Não existiria, portanto, a noção de adaptação construída por Darwin, pois todo ser vivo está adaptado ao meio, é o mais adaptado no momento, uma vez que está em constante mudança, em constante evolução para que possa continuar vivo, praticando autopoiese. (“Para resumir: não há sobrevivência do mais apto, o que há é sobrevivência do apto. Trata-se de condições necessárias, que podem ser satisfeitas de muitas maneiras, e não da otimização de critérios alheios à própria sobrevivência.” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 127).

⁶⁶²Convém transcrever esta passagem da obra *Árvore do Conhecimento*: “Em resumo: a evolução é uma **deriva natural**, produto da invariância da autopoiese e da adaptação. Como no caso das gotas d’água, não é necessária uma direcionalidade externa para gerar a diversidade e a complementariedade entre organismo e meio. Tampouco é necessária tal orientação para explicar a direcionalidade das variações de uma linhagem, nem se trata da otimização de alguma qualidade específica dos seres vivos. A evolução se parece mais com um escultor vagabundo, que passeia pelo mundo e recolhe um barbante aqui, um pedaço de lata ali, um fragmento de madeira acolá, e os junta da maneira que sua estrutura e circunstância permitem, sem mais motivos que o de **poder** reuni-los. E assim, em seu vagabundear vão sendo produzidas formas intrincadas, compostas de partes harmonicamente interconectadas que não são produto de um projeto, mas da deriva natural. Do mesmo modo, sem obedecer a outra lei que não a conservação da identidade e da capacidade de reprodução, surgimos todos nós. Essa lei nos conecta a todos naquilo que nos é fundamental: a rosa de cinco pétalas, o camarão de rio ou o executivo de Santiado.” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2011 e; **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 131-132).

⁶⁶³NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 1.

⁶⁶⁴NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 2 e; LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 304. (Neves preferiu utilizar, na tradução, a palavra restabilização, enquanto que o tradutor para língua espanhola utilizou a palavra ‘estabilización del sistema’).

lembrar que para teoria sistêmica, tão importante quanto o conceito de autopoiese são os conceitos de auto-observação e autorreferência⁶⁶⁵, pois é por meio destes dois conceitos que os sistemas sociais construirão seus sentidos e poderão se utilizar da comunicação para poderem se diferenciar do entorno. Não por outro motivo que o sentido das comunicações jurídicas são construídas pela referência às decisões anteriores e assim sucessivamente, o sentido é construído com base na auto-observação que o sistema faz de si e com base na autorreferência⁶⁶⁶ às suas próprias decisões.

O sistema do direito, por exemplo, estrutura-se constantemente quando suas organizações decidem um caso, quando o juiz profere uma sentença, quando um tribunal publica um acórdão quando os ministros dos tribunais superiores⁶⁶⁷ decidem uma causa que lhes competia. A decisão, a construção de sentido, é que permite que o sistema do direito realize sua autopoiese. Observando-se de outro sistema, perceber-se-á que as decisões jurídicas proferidas pelas organizações do sistema do direito (Poder Judiciário) assumem uma natureza cíclica, ou seja, repetem-se nos seus fundamentos, repetem-se na generalização de sentido, criando uma sensação de estabilidade no tocante ao sentido, uma noção de estabilidade no tocante às decisões. A confiança⁶⁶⁸ impera no sistema e permite que a complexidade seja diminuída.

Devido à abertura cognitiva de todos os sistemas, uma vez que estão acoplados estruturalmente com o entorno (e este entorno são outros sistemas ou sub-sistemas) poderá haver uma variação, uma mudança, um sentido novo, uma nova interpretação da lei, uma nova decisão, enfim, o ruído do entorno é captado por meio do código do sistema do direito e esta nova forma captada é suficiente para provocar uma variação. Esta variação tem que ser compreendida pelo sistema como variação, o que significa que deverá ser processada, deverá ingressar no sistema do direito⁶⁶⁹ a ponto de poder se tornar uma possibilidade, uma forma de seleção. O sistema tem de perceber a variação e esta variação tem que ser compreendida, deve

⁶⁶⁵Uma vez mais lembra-se a “galáxia auto” de Teubner (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 1-26).

⁶⁶⁶Remete-se o leitor, novamente, à distinção feita por Luhmann em relação à autorreferência basal, reflexiva e de reflexão (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 395).

⁶⁶⁷Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, no caso da Justiça brasileira.

⁶⁶⁸LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

⁶⁶⁹Conhecida observação constante em todas as obras de Luhmann: fechamento operativo e abertura cognitiva dos sistemas ou sub-sistemas.

ser passível de selecionar entre uma das possibilidades. A possibilidade de seleção faz com que a variação se torne um componente do sistema, faz com que a variação participe da estrutura do sistema. A variação selecionável permite que se reingresse a contingência por meio de uma nova possibilidade de decisão.

Para que se possa falar em evolução dos sistemas é preciso que a variação, depois de percebida, depois de absorvida pela estrutura do sistema seja possível de ser reproduzida autopoieticamente, ou seja, o sistema conseguirá auto-observar-se e se autorreferir àquela variação e o sistema conseguirá realizar sua autopoiese com base na nova comunicação também. Ocorrerá, neste momento, a restabilização ou estabilização da mudança, passando a fazer parte da estrutura do sistema e, portanto, é uma estrutura capaz de manter a organização autopoietica do sistema⁶⁷⁰.

Este processo, para o sistema do direito implica que o próprio sistema conseguirá perceber a variação, uma decisão diferente, uma decisão com outros fundamentos, porém perceberá esta variação como uma variação jurídica, ou seja, uma decisão do sistema do direito porque os códigos utilizados são jurídicos. Percebida a variação, ingressará no sistema do direito porque fora selecionada pelas organizações, porque passa a fazer parte da estrutura do sistema e, por fim, a decisão será generalizável, será reflexionável e a partir da absorção pelas estruturas passará fazer parte da reprodução autopoietica do sistema do direito.

Antes de continuar avançando, convém discorrer a respeito de como esta variação será, ou não percebida e a importância que as organizações possuem para que seja possível ocorrer a evolução.

É por meio das organizações que os sistemas decidem⁶⁷¹, é por meio das organizações que as comunicações são percebidas como jurídicas, por exemplo, e por isso é possível afirmar que o Poder Judiciário, por meio dos tribunais, toma decisões com o código do direito (direito/não direito) e estas decisões são decisões jurídicas, porque é possível perceber-lhes o sentido como sendo um sentido dentro do sistema do direito. Não obstante, há diversas outras organizações que decidem e estas outras organizações poderão usar outros códigos, poderão ser organizações trabalhando com o código do sistema da política, com o código do sistema

⁶⁷⁰LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 301-307.

⁶⁷¹“Con el concepto de absorción de incertidumbre, las organizaciones son descritas como sistemas sociales que transforman incertidumbre en certidumbre, en un mundo intransparente para ellas. Con esto, la organización se vincula a um modo que ella misma ha construido y en el cual cree, porque es el resultado de su propia historia decisional.” (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 245).

da economia e, portanto, estarão decidindo no âmbito de outro sistema. Estas decisões, estas comunicações que ocorrem no entorno do sistema do direito são vistas pelo sistema como ruído, o entorno é ruído, o entorno é informação e o entorno é sempre mais complexo que o sistema.

Os sistemas, por meio das organizações, têm que saber filtrar os ruídos, não poderão considerar todos os ruídos como informação, não poderão dar sentido a todas as informações (ruídos) e não poderão processar todas as informações⁶⁷². Um sistema que processasse todas as informações, que se importasse com todos os ruídos seria um sistema caótico⁶⁷³, seria um sistema que teria sua autopeise completamente prejudicada, uma vez que seria um sistema capaz de absorver toda a complexidade do entorno, o que se mostra impossível, ao menos sob os paradigmas da teoria sistêmica. O sistema tem que ser “cego ou surdo” aos ruídos, tem que saber esquecer o suposto desvio e não absorvê-lo na sua totalidade. O interessante é observar como ocorreu a evolução, como foi possível que o sistema compreendesse o ruído como variação, a variação selecionável e selecionada fosse possível reflexioná-la e incorporá-la às novas decisões, ou seja, estabilizá-la ou restabilizá-la. A pergunta que fica, sob a ótica da teoria sistêmica, é como ocorre a evolução, pois é um evento improvável, porém possível de acontecer.

Com estas indagações, pode-se trabalhar com a noção de conceitos jurídicos indeterminados como evolução do sistema do direito. Esta evolução não ocorreu de maneira abrupta, ocorreu de maneira improvável, porém sempre como uma forma de adaptação do sistema ao entorno, sempre como uma maneira de se diminuir a complexidade do entorno por meio de novos sistemas.

⁶⁷²LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 367-368.

⁶⁷³“É verdade que isso pode levar, no plano das estruturas, ou seja, das expectativas que orientam a comunicação, a uma forma de seleção negativa, que “rejeita explicitamente” ou “abandona ao esquecimento” o desvio. De maneira evidente, a situação imaginária em que todo comportamento social desviante fosse assimilado constituiria um caso-limite de complexidade desestruturada, incompatível com a vida social. Entretanto, a seleção pode conduzir a que referências de sentido envolvidas na comunicação desviante sejam escolhidas tendo em vista a construção de estruturas “idôneas para um uso repetido”, isto é, para a condensação de expectativas que sejam aptas a atuar como diretivas das comunicações ulteriores.” (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 6).

E evolução e apreensão de conceitos jurídicos indeterminados como evolução do sistema do direito responde a característica que nunca se pode dissociar plenamente: política e direito⁶⁷⁴.

Podemos exemplificar retornando ao final da Idade Média no que diz respeito à função dos reis que paulatinamente começaram a concentrar o poder das autoridades locais, começam a exercer o controle dos diversos feudos e uma destas maneira de exercício do controle foi por meio da distribuição da justiça e justiça, deve-se entender como a faculdade que o rei tinha de julgar os conflitos que lhe eram levados à Corte. O rei, avocando um lei divina, um entendimento religioso ou outro qualquer fundamento, julgava as querelas entre os súditos, exercendo uma de tanta de suas funções. Ocorre que a incipiente complexificação da sociedade ao final do século XVI, a queda do regime feudal e o ingresso na Idade Moderna fez com que os reis não mais conseguissem julgar a totalidade dos casos que lhes eram confiados, fazendo com que, em muitas regiões, fossem nomeados funcionários de confiança encarregados de aplicar a lei real, a vontade do soberano no julgamento de uma controvérsia. Assim, nascia a noção do Poder Judiciário, inicialmente, vinculada à vontade do rei e, posteriormente, com a evolução da sociedade, tornou-se um corpo independente da vontade política do soberano.

O que, contudo, deve-se observar, é o nascimento conjunto, é a não distinção inicial entre política e direito, entre a vontade do soberano e a realização da justiça. Ser rei era governar, ser rei era aplicar a justiça. A função política e a função jurídica, por muito tempo eram exercidas pela mesma figura e, num determinado momento histórico, evoluíram para pessoas diversas, evoluíram para cargos diversos, evoluíram para sistemas diversos.

Mesmo que se tenha tentado construir historicamente a noção de que política e direito eram áreas totalmente diferentes e separadas – a teoria de Montesquieu seria o ápice desta noção – o que se viu, mesmo após a Revolução Burguesa de 1789, é que a aparente separação nunca se efetivou por completo. A teoria da estrita separação dos poderes, cunhada por

⁶⁷⁴Veja-se a seguinte passagem: “En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/ylo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz – la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza – está asegurada en otra parte: en el sistema político. El término “parasitario” no expresa otra cosa, aquí, que la posibilidad de crecer gracias a una diferencia externa.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 492).

Montesquieu e retrabalhada como mito da era liberal-burguesa não suportou o aumento da complexidade da sociedade, sendo que aproximadamente cem anos após, com o avanço da Revolução Industrial, com o surgimento do constitucionalismo (início do século XX) já estaria abarcando conceitos jurídicos indeterminados no seio das Constituições⁶⁷⁵.

Isto porque a separação entre os poderes prevista nas constituições liberais de fins do século XVIII e início do século XIX ao pregarem a rígida separação destes estaria, sob a ótica sistêmica, imaginando que o sistema do direito e o sistema da política não tinham como se acoplar estruturalmente. O que se viu foi a paulatina evolução para uma sistemática que pudesse garantir a ligação, o acoplamento estrutural, entre o sistema do direito e o sistema da política sem que ambos os sistemas tivessem sua autoopoiese prejudicada. Este foi o ganho da modernidade, esta foi a evolução do direito: Constituições não apenas sintéticas⁶⁷⁶, Constituições analíticas com previsão de conceitos jurídicos indeterminados.

A abertura prevista nos conceitos jurídicos indeterminados como o direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196, da Constituição, permitiram, num primeiro momento, ao sistema do direito, perceber a variação e esta variação foi percebida como um direito que continha normas e princípios. Concomitantemente, o sistema do direito pode trabalhar com a noção de valores e princípios (ou interesses), fazendo seleções e permitindo que os juízes decidissem a respeito e, por fim, houve a estabilização (ou restabilização) ao se visualizar a autoopoiese do sistema do direito por meio de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, decisões dos tribunais são utilizadas como fundamento para decisões futuras, fechando o ciclo autorreferencial do direito.

Atualmente⁶⁷⁷, a ideia de evolução do sistema do direito por meio dos conceitos indeterminados responde pelas discussões que se fazem a respeito da concretização do direito à saúde por meio do sistema jurídico. Esta discussão somente é possível porque o sistema do direito estabilizou os conceitos jurídicos indeterminados nas estruturas do sistema e a autoopoiese do direito tem este componente também.

⁶⁷⁵As Constituições do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1923 são exemplos.

⁶⁷⁶Contendo apenas direitos de primeira geração.

⁶⁷⁷Está-se no ano de 2015.

3.2.2.2 A Ideia de Concreção dos Conceitos Jurídicos Indeterminados como Autorreferencialidade do Sistema do Direito

A positivação do direito trouxe como consequência, para sociedade moderna, a necessidade de distinção entre as decisões do rei enquanto decisões políticas e as decisões do rei enquanto decisões jurídicas. Se num primeiro momento, a justiça era praticada por meio de decisões do rei ou do soberano⁶⁷⁸, após a era das codificações⁶⁷⁹ torna-se clara a noção de que o direito não era mais o direito natural, não era mais um direito divino, não era mais um direito imposto pela vontade do soberano, porém um produto da racionalidade humana. O direito positivado permitiu o aumento da complexidade ao exigir interpretação por parte de um corpo de funcionários independentes, permitiu que se pudesse ao mesmo tempo separar e unir os sistemas do direito e da política. A Constituição como ganho aquisitivo, como evolução da sociedade permitiu que se construísse um sistema de regras cujo conteúdo incorporou expectativas jurídicas e valores ou princípios. As expectativas jurídicas fazem parte do sistema do direito, os valores ou princípios, fazem parte do sistema da política.

Um dos ganhos aquisitivos que se deu com a noção de Constituição é de que existe hierarquia entre o texto constitucional e as demais leis. Todas as leis têm de estar de acordo com a Constituição⁶⁸⁰ e no momento que a Constituição evoluiu e abarcou valores e princípios, abriu-se a possibilidade de inclusão de valores e princípios na legislação infraconstitucional⁶⁸¹. Desde o início do século XX, com a expansão da noção de Constituição, como evolução, foi possível trabalhar, no âmbito do sistema do direito, com conceitos jurídicos indeterminados.

Ao se trabalhar, no corpo das Constituições modernas, com conceitos jurídicos indeterminados, sendo saúde um deles, o que permite que o sistema do direito continue operando de maneira autopoietica é a ideia de concretização⁶⁸² ou concreção⁶⁸³ da norma, do texto jurídico ou da expectativa jurídica.

⁶⁷⁸Considerado período histórico anterior ao século XVII na Europa continental.

⁶⁷⁹Que teve início com a Revolução Francesa.

⁶⁸⁰O direito é o direito válido. O direito passa a enfrentar o problema da validez ou validade.

⁶⁸¹A idéia de Dworkin a respeito da diferença entre regras e princípios e entre princípios e políticas públicas bem exemplificam este pensamento. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-50).

⁶⁸²Veja-se a seguinte passagem contida na obra de Luhmann: “La indeterminación puede ser prevista tanto en la cláusula “si” como en la cláusula “entonces”. Si está en la cláusula “si”, se trata del problema de interpretación

Dentro do paradigma da legalidade estrita, a norma jurídica, a decisão judicial resume-se a uma decisão de natureza declaratória. A ideia de que a função jurisdicional resume-se a “boca da lei”⁶⁸⁴ corrobora a noção de aplicação do paradigma racionalista, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva e faz com que o sistema do direito procure se auto-observar, se autorreferenciar para que seja possível a realização da autopoiese.

A jurisdição declaratória⁶⁸⁵ permite que o sistema do direito se auto-observe, se autorreferencie e pratique autopoiese, adaptando-se constantemente aos ruídos externos, evoluindo, portanto. Ocorre que os conceitos jurídicos indeterminados, por permitir a abertura cognitiva a outros sistemas, tem o condão de fazer ingressar no sistema referências alopoiéticas ou heterorreferências, o que poderia comprometer a autopoiese do sistema do direito. Este paradoxo, esta contradição é resolvida pelos juristas por meio da incessante busca da ideia de concretização ou concreção do direito.

Baptista da Silva, mostra que era necessária a superação do que chamava de paradigma racionalista⁶⁸⁶, uma vez que defendia que era necessário o juiz tutelar direitos com base na aparência⁶⁸⁷, era necessário um juiz preparado para prestar jurisdição em relação aos novos direitos e às novas realidades que se apresentavam no seio do Poder Judiciário.

bien conocido por los juristas.” (LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 308). Igualmente, convém citar o pensamento de: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶⁸³ENGLISH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada: Comares, 2004. Bem como, do mesmo autor: **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

⁶⁸⁴MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁶⁸⁵As críticas que se fazem ao direito, atualmente, é de que a função meramente declaratória do direito é insuficiente para que se possa compreender a real extensão dos novos direitos de segunda e terceira geração, dentre estes, o direito à saúde. Declarar que alguém tem direito à saúde, atualmente, pouca valia possui, o importante é saber como esse direito será cumprido, como as pessoas terão acesso à saúde. Obviamente, esta resposta passa pela concepção de que o direito à saúde envolve ações concretas, envolve uma política de gasto público em determinado sentido. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 9).

⁶⁸⁶Em *Jurisdição e Execução* e *Processo e Ideologia*, trabalha com a noção de que seria necessário que o juiz, para julgar, superasse o paradigma racionalista e ultrapasse a jurisdição como mera declaração do direito. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996 e; **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶⁸⁷“As decisões que não sejam definitivas, segundo esse entedimento, não alcançam o direito material. É compreensível. Tendo o direito como uma proposição normativa – portanto apenas lógica -, tudo o que se fizer no domínio da realidade, enquanto fato, não exercerá a menor influência sobre o conceito. Justifica-se, portanto, o pensamento expresso por Buzaid de que as funções executiva e mandamental, oprando no mundo dos “fatos”, sejam apenas uma “consequência do direito”. O direito ficara limitado à norma, tendo o fato como uma consequência. O normativismo releva-se claramente.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 144).

Streck⁶⁸⁸ prefere trabalhar com a noção de que deve haver uma hermêutica capaz de extrair um sentido da norma jurídica que a torne compatível com a atual realidade e seja possível ao juiz de primeiro grau cumprir os valores e princípios contidos na Constituição por meio dos conceitos jurídicos indeterminados. Para Streck a Constituição e os conceitos jurídicos indeterminados são valores ou princípios que devem ser cumpridos, que devem ser concretizados pelo juiz, pelo Poder Judiciário independente de existência de uma lei em sentido concreto. A jurisdição constitucional permitiria ao juiz decidir de maneira constitucionalmente adequada ou permitiria ao juiz decidir de maneira hermeneuticamente correta⁶⁸⁹.

Há, ainda, o pensamento de Engisch⁶⁹⁰ no tocante à ideia de concreção do direito. Para Engisch o ato de julgar, o ato de decidir importa sempre num ato complexo de interpretação da norma jurídica. Esta interpretação é formada pelo sentido da norma acrescido de eventual experiência do julgador. Para Engisch não é possível evitar que o julgador traga, para dentro da decisão, um pouco de sua história, um pouco de seu mundo⁶⁹¹, o que faz com que seja importante que o juiz fundamente a decisão para se poder visualizar até que ponto experiências pessoais estão inseridas na interpretação da norma realizada pelo juiz ou pelos tribunais.

A alusão a estes três juristas serve para salientar o que há de comum em todos, conquanto não sejam adeptos da teoria sistêmica: a noção de que o direito deve ser concretizado por meio de decisões judiciais. A palavra chave para compreender a evolução do sistema do direito por meio dos conceitos jurídicos indeterminados é a ideia de concretização ou concreção dos direitos. É a busca deste ideal que modernamente faz com que o sistema do direito se ative e busque soluções jurídicas aos problemas que lhe são postos, busque estabilizar as expectativas jurídicas ou busque dar respostas possíveis (e jurídicas) aos casos que devem ser decididos pelo sistema do direito.

⁶⁸⁸STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁶⁸⁹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 388.

⁶⁹⁰ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

⁶⁹¹ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 208-255.

O sistema do direito, auto-observando-se, compreende as categorias e institutos utilizados pelo Código de Processo, no Brasil, são insuficientes para resolver a questão da concretização ou concreção dos conceitos jurídicos indeterminados e por força desta auto-observação o sistema do direito buscará soluções alopoiéticas ou heterorreferenciais. As soluções alopoiéticas ou heterorreferencias são buscadas e reconhecidas quando se faz referência, na decisão judicial, de que o juiz deve concretizar a norma constitucional, deve interpretar a norma constitucional e o respectivo conceito jurídico indeterminado para que seja possível decidir, vez que o sistema do direito está impedido de proferir decisão “non liquet”⁶⁹². A ideia de concretização ou concreção do direito faz com que o juiz e os tribunais, como organizações do Poder Judiciário, busquem aplicar o direito à saúde previsto na Constituição como um direito, como uma conquista da sociedade e, portanto, passível de cumprimento forçado por parte do Poder Executivo (sistema da política)⁶⁹³. É a ideia de concretização ou concreção do direito que faz com que se busquem na decisão judicial, valores ou princípios contidos na própria Constituição, é que permite que o direito abra-se cognitivamente aos sistemas psíquicos e suportem que haja possibilidade de interferência (experiência do julgador) nas decisões judiciais, é a ideia de concretização ou concreção do

⁶⁹²Sob o ponto de vista sistêmico, é interessante que o direito seja o único sistema que seja obrigado a decidir questões vinculadas a outros sistemas, como saúde, política, economia etc, porém com o código do sistema do direito. O sistema do direito não pode deixar de decidir uma ação, ao contrário, é sempre obrigado a dizer se o caso é um caso passível de decisão jurídica, ou não (código direito/não direito, legal/ilegal ou lícito/ilícito). Não é intenção deste trabalho, porém esta obrigatoriedade do sistema do direito decidir questões de outros sistemas seguramente está vinculada a noção de que o direito funciona como sistema imunológico, retirando as anomalias de outros sistemas, ajudando que outros sistemas consigam realizar sua autopoiese de maneira adequada. Eis a seguinte passagem de Luhmann: “Nuestra tesis dice así: el sistema de derecho sirve al sistema social como sistema de inmunidad, lo cual no quiere decir que el derecho esté fundamentado sólo en esta razón. El derecho produce también, y es parte de su esencia, seguridad para las expectativas de comportamiento que no son evidentes. Pero esta función de la generalización de expectativas respecto de las expectativas de comportamiento riesgosas, parece estar ligada al sistema de inmunidad de la sociedad. [...] Este nexó entrederecho y sistema de inmunidad se precisa más al considerar que el derecho se constiuye como *antecipación de posibles conflictos*. La perspectiva de un buen resultado se relaciona con la normatividad de las expectativas y se le restringe al esquematismo de justo/injusto, es decir, se le introduce en un universo en el que existen sólo dos valores mutuamente excluyentes. Por medio de esta esquematización, es posible generalizar y prever las experiencias de conflicto para llevarlas a una forma bajo la cual los conflictos de interacción sean excepcionales, aun cuando se hayan formado expectativas bastante improbables. Los órdenes jurídicos más antiguos se formaron bajo la perspectiva de previsión de conflictos. Sólo en la sociedad moderna el derecho empieza, por decirlo así, a rebasarse a sí mismo al considerar como posibles conflictos circunstancias inéditas en las que nadie pensaría si no existiera el dercho, y las expectativas que de allí se siguen son declaradas como derecho.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 337-338).

⁶⁹³Convém lembrar novamente a ideia da fórmula Estado de Direito. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 492).

direito que força o direito a buscar soluções autorreferenciais para manter sua autopoiese hígida e esta busca perpassa, atualmente, pelo fechamento operativo que o instituto da repercussão geral empresta ao sistema do direito.

3.2.3 O Instituto da Repercussão Geral e a Possibilidade de Operacionalização de Políticas Públicas na Área da Saúde

Se o sistema do direito evoluiu a partir de suas estruturas para incorporar a variação denominada conceitos jurídicos indeterminados, selecionando-a e estabilizando-a, igualmente, pode-se falar que o sistema do direito evoluiu para que se fosse possível compreender o instituto da repercussão geral como o instrumento adequado para operacionalização dos conceitos jurídicos indeterminados, dentre estes o direito à saúde.

Importa compreender o instituto da repercussão geral, no tocante à decisões ligadas ao direito à saúde, como uma possibilidade do sistema do direito irritar o sistema da saúde e o sistema da política e, por meio da transferência de risco, obrigar um ou ambos os sistemas a realizar políticas públicas, quando irritados pelo sistema do direito.

Não é possível imaginar, conquanto o sistema do direito utilize a concretização ou concreção do direito à saúde como um programa decisional, decisões judiciais com o código do sistema da saúde ou do sistema da política. O que acontece, diariamente, quando casos judiciais são levados à apreciação dos juízes e dos tribunais é que o direito à saúde é assegurado mediante decisões judiciais. Conforme já analisado em outro momento deste trabalho, o risco para o sistema são decisões judiciais com pouca capacidade de generalização ou decisões judiciais com referências alopoiéticas ou heterorreferenciais tomadas por juízes de primeiro grau ou pelos tribunais locais. Este risco que o próprio sistema do direito cria ao fazer uma distinção interna, é diminuído com o instituto da repercussão geral.

Toda a complexidade das relações internas do sistema do direito, toda a polêmica entre decisão legislativa (lei) e decisão judicial⁶⁹⁴ (jurisprudência) é consideravelmente diminuída com o instituto da repercussão geral em casos ligados ao direito à saúde. A judicialização tem o escopo de operacionalizar políticas públicas na área da saúde se se compreender que os sistemas do direito, da política e da saúde estão acoplados

⁶⁹⁴LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Mexico: Herder, 2005. p. 361.

estruturalmente e que os sistemas da política e da saúde compreendem as decisões judiciais como irritação, como ruído, todavia, face à abertura cognitiva existente, estes ruídos podem ser entendidos como variação e, se assim entendidos, serão variações selecionadas com o código da política e com o código da saúde e, posteriormente, serão estabilizadas no sistema e passarão a fazer parte a organização autopoietica dos sistemas da política e da saúde.

Igualmente, deve-se entender a judicialização da saúde como transferência de risco, pois os sistemas da política e da saúde não podem suportar os perigos⁶⁹⁵ que as decisões judiciais representam, sendo, portanto, necessário evoluir para que a autopoiese seja mantida.

Não suportam o perigo porque as decisões impostas pelo sistema do direito devem ser racionalizadas pelos sistemas da política e da saúde para que seja possível que estes sistemas trabalhem com seus próprios códigos e possam, dentro de suas estruturas e com as organizações que lhe são inerentes (postos de saúde, hospitais entre outros) tomar decisões com o código de cada sistema.

Tendo o sistema da política e o sistema da saúde de suportar decisões judiciais que tem a capacidade de provocar risco (as decisões judiciais são vistas como perigo pelos sistemas da política e da saúde) e sendo inúmeras as decisões ou sendo estas decisões impactantes no tocante ao orçamento público ou impactantes na estrutura de alguma organização do sistema da política ou da saúde, a consequência é que o sistema, interpretando o ruído externo, evolua, para que possa tomar decisões com seus códigos próprios e esta tomada de decisão garantirá que a autopoiese seja mantida. Acaso o sistema da saúde, por exemplo, por meio de uma organização hospitalar, aceitasse indistintamente decisões judiciais sem racionalizá-las⁶⁹⁶, estaria se sujeitando a trabalhar com um código que não lhe é próprio o que poderia prejudicar a autopoiese.

Sem dúvida esta é uma das maneiras como a operacionalização de políticas públicas ocorre em países de terceiro mundo, dentre estes o Brasil⁶⁹⁷, em países de modernidade tardia, em países de política simbólica: a judicialização da saúde como constante transferência de

⁶⁹⁵Renova-se o entendimento de Luhmann a este respeito. (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: cliUniversidad Iberoamericana, 2006, p. 67).

⁶⁹⁶O excesso de informação obriga que o sistema seja racional, selecionando informações do ambiente e absorvendo-as com o código próprio a fim de manter a autopoiese. Seria a diferença de “reflexão” apontada por Luhmann. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lienamentos para uma teoría general**. Barcelona: Anthropos. 1998, p. 395).

⁶⁹⁷Lembrando que a referência a países ou sociedades diz respeito ao Estado enquanto organização do sistema da política, pois para Luhmann há uma única sociedade mundial ou global.

riscos entre os sistemas do direito, da política e da saúde. Importa, no último item deste trabalho, abordar porque e como ocorre este fato.

3.2.4 O Instituto da Repercussão Geral como Estrutura Operacional da Centralidade do Supremo Tribunal Federal e como Estrutura de Fechamento Autopoiético do Sistema do Direito

Desvendar o porquê e como a operacionalização de políticas públicas na área de saúde se dá por meio de decisões judiciais, sob a ótica sistêmica⁶⁹⁸, é compreender o poder dado aos tribunais para exercer o controle das decisões judiciais e o fechamento autopoiético do sistema do direito no tocante à concretização ou concreção de direitos de segunda e terceira gerações (conceitos jurídicos indeterminados), dentre estes o direito à saúde.

O Poder Judiciário no Brasil costuma se dividir por meio de uma rígida hierarquização que se inicia com os juízes de primeiro grau e termina com os ministros do Supremo Tribunal Federal⁶⁹⁹. É possível que uma causa seja julgada por diversos órgãos do Poder Judiciário até que ocorra o que se denomina coisa julgada material⁷⁰⁰, ou seja, em algum momento, a decisão tomada por um dos órgãos será uma decisão final.

Para teoria sistêmica, a hierarquização é um entre as diversas maneiras de se conceber a organização dos sistemas ou sub-sistemas sociais, para teoria sistêmica a hierarquização⁷⁰¹ é uma das maneiras de se processar a diferenciação⁷⁰² entre os sistemas sociais, uma vez que

⁶⁹⁸Não se deve pensar que há corrupção de códigos ou fusão entre sistemas, apenas o sistema do direito age como ruído, como irritação que é captada pelos sistemas da política e da saúde. Há transferência de risco entre os sistemas, com a transformação, pelo sistema da saúde, de perigo (decisão do sistema do direito) em risco (absorção do perigo com os códigos do sistema da saúde). Vide LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 245-261.

⁶⁹⁹Constituição da República Federativa do Brasil, art. 102 e seguintes.

⁷⁰⁰Artigo 467 ao artigo 475 do Código de Processo Civil.

⁷⁰¹LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 42-43.

⁷⁰²“Desde los años sesenta hay tendencias que describen la diferenciación del sistema como <jerarquía>. Esto no significa la ordenación en instancias, ni tampoco una cadena de instrucciones de arriba a abajo. En este contexto, jerarquía significa, más bien, que los sistemas parciales pueden, a su vez, diferenciar sistemas parciales y se origina de esa manera una relación transitiva del estar incluido en el estar incluido. Las ventajas racionales de la jerarquización están a la mano; dependen, sobre todo, de que dentro de los sistemas parciales puedan formarse sistemas adicionales. Sin embargo, esta suposición es irreal. Puede valer, en gran medida, sólo para las organizaciones, ya que a estas se las puede asegurar mediante reglas formales. Sin embargo, en los sistemas sociales generales sólo se puede partir de un esquema básico de diferenciación – o por segmentos, o por estratos, o por funciones. No significa esto, por otro lado, que otras maneras de formación de sistemas

todos estão em constante acoplamento estrutural, não sendo um sistema, por si, mais importante que outro. Todavia, a hierarquização é uma maneira útil e prática de observar as diferentes organizações⁷⁰³, sendo, pois, uma modalidade de estruturação muito útil para que as organizações possam se auto-observar, se autorreferenciar e também ser observadas pelo entorno.

Trabalhar com a noção de hierarquia no seio do Poder Judiciário brasileiro é admitir que existe uma organização superior a outra, em cadeias hierarquicamente superiores ou inferiores e ideia de superioridade está ligada a ideia de poder⁷⁰⁴. Poder não é coação física⁷⁰⁵, poder está ligado à possibilidade de decisões. Esta discussão, no seio do Poder Judiciário composto de organizações, traz à baila discussão a respeito de quem teria maiores poderes: juízes ou ministros do STF?

Há um discurso⁷⁰⁶ existente nos mais variados setores da sociedade brasileira de que se deve, por meio de reformas no Código de Processo Civil, dar mais poderes aos juízes de primeiro grau, que há necessidade de que os julgamentos sejam céleres e que as decisões proferidas pelos juízes sejam cumpridas imediatamente. Não obstante a todo este discurso existente, as diversas reformas ou minirreformas⁷⁰⁷ em momento algum retiraram poder das Cortes Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal, ao contrário, aumentaram-no. Este paradoxo, essa contradição contida no discurso é perceptível ao se contrastar a legislação, as mudanças no Código de Processo Civil, com a possibilidade de questionamento das decisões mediante recurso ao tribunal imediatamente superior e, posteriormente, aos tribunais imediatamente superiores. Observa-se, igualmente, este paradoxo, ao se visualizar institutos como súmula vinculante, repercussão geral⁷⁰⁸, este último objeto de estudo deste trabalho, entre outros, demonstrando sob a ótica da teoria sistêmica, que os juízes de primeiro

sólo sean posibles dentro de esta clasificación global ya establecida.” (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 42-43).

⁷⁰³LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010. p. 68.

⁷⁰⁴Dentro dos paradigmas da teoria sistêmica. (LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora da Unb, 1992).

⁷⁰⁵“O poder deve ser, pois distinto da coação a se fazer algo de concretamente determinado. As possibilidades de escolha do coagido são reduzidas a zero. No caso-limite, a coação leva ao uso da violência física e à substituição do agir próprio pelo agir, inalcançável, de outros.” (LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora da Unb, 1992. p. 9).

⁷⁰⁶Na concepção de Foucault como uma cadeia enunciados apreensível por meio de um sujeito (FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000).

⁷⁰⁷A doutrina tem denominado de ‘microrreformas’ as mudanças que se tem feito no CPC desde a Lei nº 8.952/94, cujo pontapé inicial foi a mudança no processamento do agravo de instrumento. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28-35).

⁷⁰⁸ Ambos institutos jurídicos criados pela EC 45/2004.

grau e os tribunais locais não possuem o poder que imaginavam deter dentro do sistema do direito.

Não obstante, a natureza da diferenciação por meio de processos de hierarquização torna contraditório o discurso de que aos juízes de primeiro grau devem-se emprestar maiores poderes, pois estes estão no patamar inicial da hierarquia e sabe-se que toda hierarquia é baseada na acumulação de poder pelos (e nos) extratos superiores da cadeia, no caso, da cadeia recursal. Não haveria sentido imaginar que um juiz tivesse mais poder que um Ministro do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não haveria hierarquia entre eles na medida que o Ministro do STF não teria mais poder que os juízes. Analogia que pode ser feita com o contexto militar: um soldado não é superior a um sargento, não possui mais poder que um capitão e este que um general. Se existe hierarquia, há uma ordem crescente ou decrescente de poder.

Como escapar desta contradição? A alternativa é trabalhar com a noção de centro e de periferia. Os tribunais ocupam o centro do sistema do direito e todas as outras instituições são a eles periféricas⁷⁰⁹.

A noção de que os tribunais são o centro do sistema do direito possibilita realizar a diferenciação interna do sistema do direito⁷¹⁰, permite que o próprio sistema do direito construa suas decisões e permite igualmente que se mantenha de certa maneira um critério hierárquico em relação às demais organizações do Poder Judiciário.

Por meio desta nova observação – centro/periferia – é possível visualizar que as estruturas do Poder Judiciário, até a promulgação da Emenda Constitucional prevendo o instituto da repercussão geral e a consequente regulamentação por lei não estavam conseguindo realizar adequadamente a autopoiese, pois o Supremo Tribunal Federal, embora fosse uma organização central do Poder Judiciário, não estaria conseguindo impor suas decisões, não teria poder para diminuir o poder⁷¹¹ dos juízes e tribunais de primeiro grau, da Ordem dos Advogados do Brasil, representada pelos advogados litigantes, precipuamente.

⁷⁰⁹“Por eso queda a la mano sustituir el modelo jerárquico por el de una diferenciación entre centro y periferia.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 383).

⁷¹⁰“Tanto las reflexiones de la teoría de sistemas como las investigaciones empíricas sugieren la hipótesis de que el proceso de diferenciación de un sistema requiere del desarrollo simultáneo de una diferenciación interna.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 359).

⁷¹¹Para teoria sistêmica, poder está ligada a maior possibilidade de decisões. (“O poder do poderoso é maior quando ele pode escolher, para efetivação por via do poder, entre decisões diferentes. Ele é também maior quando poderoso pode efetua-lo diante de um parceiro que possua alternativas mais numerosas e diversas. O

Se observada a estatística do Supremo Tribunal Federal no tocante ao número de agravos de instrumento e atualmente agravo (artigo 544, do CPC) e de recursos extraordinários que lhe aportavam⁷¹², perceber-se-á que as decisões tomadas anteriormente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (centro) não tinham o condão de diminuir o poder⁷¹³ das organizações de periferia⁷¹⁴.

O poder do Supremo Tribunal Federal, como organização central do sistema do direito estaria no fato de ter maior contingência (mais opções de decisão) e, ao mesmo tempo, ser possível diminuir as opções de decisão⁷¹⁵ (menor contingência) de outras organizações periféricas do Poder Judiciário. O instituto da repercussão geral, quando utilizado em relação ao direito à saúde previsto na Constituição, faz com que as estruturas do Poder Judiciário

poder cresce com liberdades de ambos os lados; ele aumenta por exemplo, numa sociedade, na medida em que gera alternativas.” (LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora da Unb, 1992. p. 9).

⁷¹²Novamente, o número de recursos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal é significativo na medida que o sistema processual brasileiro, até a introdução do instituto da repercussão geral, não tinha um mecanismo que possibilitasse ao STF operacionalizar de maneira racional em relação à matéria que deveria julgar. As estatísticas mostram que até o ano de 2007 o número de agravos de instrumento (posteriormente, agravo) foi decaindo e igualmente o número de recursos extraordinários. A este respeito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em: 12 out. 2015.

⁷¹³“O poder do poderoso é maior quando ele pode escolher, para efetivação por via do poder, entre decisões diferentes. Ele é também maior quando o poderoso pode efetuá-lo diante de um parceiro que possua alternativas mais numerosas e diversas. O poder cresce com liberdades de ambos os lados; ele aumenta, por exemplo, numa sociedade, na medida em que gera alternativas.” (LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora da Unb, 1992. p. 9).

⁷¹⁴No Rio Grande do Sul, durante mais de quinze anos, os juízes de primeiro grau e o Tribunal de Justiça, conquanto o Supremo Tribunal Federal tivesse entendimento pacificado a respeito da interpretação a ser dada ao artigo 40, § 4º da Constituição (atualmente, §7º) – auto-aplicabilidade da norma constitucional prevendo pagamento da pensão integral às pensionistas do Instituto de Previdência do Estado – insistiam em julgar contra o entendimento do STF, ocasionando uma avalanche de recursos que eram invariavelmente providos por meio de decisões monocráticas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Este fato, este acontecimento mostra que os juízes e os desembargadores jamais tiveram reduzidas as possibilidades de decisão, jamais foram compelidos a seguir a decisão do STF, tinham poder, tinham mais possibilidades do que o STF.

Nesse sentido, veja-se a seguinte passagem: “Embora as decisões, no sistema do civil law, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica.

Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar.

Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 64-65).

⁷¹⁵LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Editora da Unb, 1992. p. 10-16.

confirmem o Supremo Tribunal Federal como órgão, como uma organização, pertencente ao centro e as demais – juízes, tribunais, advogados e outras organizações – como periferia, na medida que limita as opções de decisão dos magistrados⁷¹⁶ e limita a possibilidade de recurso dos advogados e tem o condão de realizar o fechamento autopoético do sistema, ponto a ser abordado a partir de agora.

Outro efeito prático do instituto da repercussão geral em casos ligados ao direito à saúde é o fechamento autopoético do sistema. Sob o enfoque de organização central do sistema do direito, a distinção interna é completada pela noção de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é capaz de fazer a distinção interna do sistema do direito ao permitir a compreensão entre decisão legislativa e decisão jurisprudencial ou judicial. O direito distingue-se enquanto sistema na medida que os tribunais e em especial o Supremo Tribunal Federal decide, uma vez que ao decidir, como organização central do sistema do direito, faz a marcação entre o que Luhmann denomina “direito judicial” e lei, faz com que o “direito judicial” se transforme em fonte “*sui generis*” do direito⁷¹⁷. Neste momento, o sistema

⁷¹⁶Convém observar o estranhamento causado em Marinoni o fato de juízes poderem decidir contrariamente às suas decisões anteriores com o argumento da posição pessoal; argumento que esmorece a distinção entre cargo e pessoa, necessária para manter o acoplamento estrutural das organizações. Eis a passagem: “Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere das dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou de decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isso, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65). Uma tradução sistêmica para a indignação de Marinoni seria afirmar que o juiz não deveria ter poder para decidir como atualmente decide, todavia tem esse poder. Como isto ocorre é que se torna importante compreender.

⁷¹⁷“El ‘derecho judicial’ se acepta como fuente *sui generis* de derecho. A consecuencia de ello, cada vez más, se entiende la relación entre competencia legislativa y judicial circularmente: restricción recíproca – no asimétrica lineal – del espacio de decisión.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 367).

está construindo as próprias estruturas, está se auto-observando e se autorreferenciando para que possa praticar autopoiese.

A diferença entre legislação e jurisprudência se resume a uma questão de “aplicação” do direito por meio de decisões aplicadas a casos particulares. As comunicações do sistema do direito são formadas por decisões dos tribunais por meio do código direito/não direito quando da “aplicação”⁷¹⁸ da lei. Por meio desta distinção torna-se possível falar em “direito judicial” como mais importante que “direito legislativo”, uma vez que a necessidade de decisão que se oferece aos tribunais é o fator que marcará a distinção passado/futuro. O tempo presente é a própria decisão que necessariamente não se vincula com o passado⁷¹⁹, com leis anteriores e no entanto projeta o futuro, pois foi necessário contingenciar o futuro para que se pudesse decidir. A decisão acaba sendo ou se tornando o ponto cego⁷²⁰ do sistema, o paradoxo do sistema não por outro motivo o sistema do direito é obrigado a decidir todos os casos (“non liquet”)⁷²¹. Acaso fosse permitido ao sistema do direito não decidir, acaso fosse permitido ao direito dizer que não poderia decidir a respeito de um caso particular (aplicar a lei ao caso particular), seria permitir que o meio, que o entorno fizesse parte do sistema e com isso a autopoiese seria totalmente prejudicada, pois o sistema estaria construindo suas estruturas com a interferência do meio⁷²², o sistema do direito seria um sistema aberto, sujeito à interferências do meio.

Não é outro o motivo porque o sistema do direito trabalha com argumentos consequentialistas⁷²³ quando decide, uma vez que tenta conter o risco futuro que a decisão

⁷¹⁸“A diferencia de la legislación, en la jurisprudencia se trata de la “aplicación” del derecho a través de decisiones aplicadas a los casos particulares.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 367).

⁷¹⁹“[...] la decisión no está determinada por el pasado (leyes, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 371).

⁷²⁰LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 370.

⁷²¹“En la actualidad no cabe la menor duda que desde el punto de vista puramente lógico no se excluye “non liquet”. El mundo no ofrece ninguna garantía para un orden lógico y su deducción. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 374).

⁷²²LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 368-369.

⁷²³“Por otro lado, la decisión tiene consecuencias para los presentes en el futuro. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da la voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones. Por más problemático que esto sea, se puede comprender por qué los tribunales cuidan las consecuencias de sus decisiones y tratan de legitimarlas mediante la valoración de las consecuencias. Aunque en sentido estricto, no pueden conocer las consecuencias de sus decisiones, ya que

possa causar, tenta limitar o futuro com a decisão, tenta estabilizar as prováveis consequências que a decisão possa causar no sistema e nos demais sistemas sociais.

Tornam-se importantes as decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante ao direito à saúde, por meio do instituto da repercussão geral, permite que o sistema não visualize o ponto cego⁷²⁴, permite que o sistema compreenda os princípios e os valores contidos na Constituição como direitos e, ao assim, visualizar, permite que o sistema do direito continue operando autopoieticamente com o código direito/não direito (legal/ilegal e lícito/ilícito), permite que o Supremo Tribunal Federal exerça a função centralizadora⁷²⁵ do sistema do direito, retirando poder (ou tendo maior poder) de todas as demais organizações que são consideradas periféricas no sistema do direito.

Este é o motivo porque o Supremo Tribunal Federal auto-observando-se, organizando ou reorganizando suas estruturas, tem decidido por meio de Temas vinculados ao instituto da repercussão geral. Decisões tomadas amiúde, no seio de processos individuais cujos reflexos não são passíveis de imposição aos sistemas da política e da saúde (perigo) e não são passíveis de imposição às outras “vozes” existentes na periferia do sistema jurídico, fizeram com que a organização denominada STF alterasse suas estruturas para manter a organização do sistema do direito (e se manter como centro do sistema), decidindo de modo a impor suas decisões às demais “vozes” da periferia do sistema do direito bem como as mesmas decisões tomadas por meio do instituto da repercussão geral tem o condão de impor que os sistemas da saúde e da política absorvam o perigo (externo) com seus códigos e transformem-no em risco.

Para o sistema da política, se houver decisão judicial com base no instituto da repercussão geral – tomadas pelo Supremo Tribunal Federal – estas decisões serão vistas como um perigo que deverá ser absorvido. A aparente aceitação, pelo sistema da política, deste perigo e a transformação em risco parte do pressuposto de que é possível interpretar o

harían intervenir más decisiones y la información quedaría incompleta. Tal vez esto – más que ninguna otra cosa – es lo que hace surgir la ilusión de que la decisión, en el sistema del derecho, puede quedar determinada por el pasado, entendido como procedimiento.” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005. p. 371).

⁷²⁴O direito aplicado pelo tribunal como direito (?); a possibilidade de se criar uma lei para o caso concreto (?); decisão com base em valores ou princípios (?); obrigatoriedade de decisão (?), poderia resumir no que foi objeto de análise de um artigo de Luhmann: décimo segundo Camelo. (LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: NIKLAS Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004).

⁷²⁵LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: liementos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos. 1998. p.42.

ruído com o código do sistema da política (seja o bem como seja governo/oposição) e transformá-lo em risco. Ao observar a decisão judicial e absorver a informação como risco, com os código do sistema da política, deve-se questionar se os próprios códigos da política não estariam inseridos na decisão judicial, uma vez que a fundamentação é feita por meio da Constituição.

Torna-se interessante observar como o sistema da política trabalha com a informação dada por meio de uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal quando da análise de um tema ligado ao direito à saúde em sede de repercussão geral: aceitação como uma política pública. O sistema da política que visualiza a Constituição como um conjunto de princípios e valores, suporta a decisão judicial como uma decisão contendo a execução de uma política pública, sem contudo, trabalhar especificamente com o código governo/oposição. É o paradoxo causado pela Constituição.

Para o sistema do direito, as decisões do STF em sede de repercussão geral ligadas ao direito à saúde são visualizadas como o cumprimento de uma “lei superior”, mesmo que o fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal sejam princípios e valores, vez que o sistema do direito visualiza a Constituição como um conjunto de normas e, portanto, juridicamente válidas.

Ao se visualizar os Temas já elencados no início do trabalho, podendo-se citar o de número 793⁷²⁶, percebe-se o efeito prático do instituto da repercussão geral: imposição para o sistema da política relativa à transformação do perigo das decisões judiciais relativas à divisão orçamentário-financeira no tocante ao fornecimento de tratamento médico aos necessitados pelo risco (absorção do ruído do entorno com o código do sistema da política) da tomada de decisão coletivamente vinculante e para o sistema do direito, o fechamento autopoietico na medida que foi criada a estrutura necessária para que haja recursividade e referência autopoietica em relação às decisões judiciais, sendo as do Supremo Tribunal Federal consideradas no centro do sistema do direito⁷²⁷. O resgate do STF como centro do sistema do

⁷²⁶**Tema 793:** Recursos Extraordinário. Constitucional e Administrativo. Direito à Saúde. Tratamento Médico. Responsabilidade Solidária dos Entes Federados. Reafirmação de Jurisprudência. Recurso Extraordinário Desprovido.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. **(Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde).**

⁷²⁷A centralidade reconquistada pelo STF bem como o poder que exerce sobre as demais organizações do sistema jurídico pode ser constatada por instituto da audiência pública. Ao contrário do que se poderia imaginar,

direito é o que permite que o funcionamento do sistema jurídico seja realizado de maneira autopoética e de acordo com a classificação centro/periferia.

questões relevantes para todo o país, questões relevantes para uma grande massa da população carente, questões relativas ao gasto público e questões relativas a tomada de decisões coletivamente vinculantes são discutidas no Supremo Tribunal Federal, por meio do instituto da audiência pública. Por meio destas audiências, o STF poderá “ouvir” a sociedade em geral e deliberar, ou não, a respeito da absorção da informação (irritação do meio) por meio do código do sistema do direito. Todavia, o que torna interessante e mostra tanto a centralidade quanto o poder dado (ou reconquistado) pelo STF é o fato de que, sob o ponto de vista do cidadão, a discussão é travada em local distante (Brasília/DF), sem a necessária presença de advogados, ou seja, direitos sociais positivados na Constituição são decididos por uma corte que não possui representatividade político-eleitoral, no entanto as decisões serão cumpridas por todas as demais organizações do sistema do direito e o sistema da política seguramente absorverá o risco e cumprirá a decisão tomada pelo STF. O instituto da audiência pública acaba se tornando um dispositivo que além de permitir o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito, da saúde, da política e o sistema psíquico, empresta ares de legitimidade “político-eleitoral” ao STF ao se dispor a “ouvir” a sociedade, conquanto, segundo estudo de Maria Célia Delduque, não mais do que vinte por cento seja efetivamente “absorvido” pelo sistema do direito com o código direito/não-direito (fechamento operativo). Novamente, uma mudança que permite e permitiu ao Supremo Tribunal Federal exercer papel de organização de centro do sistema do direito. (SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia e MENDONÇA, Ana Valéria Machado. **Os discursos na audiência pública da saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais.** <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v24s1/0104-1290-sausoc-24-s1-00184.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015)

4 CONCLUSÃO

Como ainda pensar em evolução do sistema do direito no atual quadro histórico, quando se aponta para existência de crise do Estado e conseqüentemente do sistema do direito no tocante à operacionalização dos direitos constitucionalizados, precipuamente, do direito à saúde trabalhado nesta tese.

Compreender e observar como o sistema do direito evoluiu ao ponto de alterar suas estruturas para manter sua autopoiese, conseguindo devolver confiança na generalização das decisões tomadas pelo STF, conseguindo transferir riscos aos sistemas da política e da saúde sem que haja corrupção de códigos, conseguindo devolver à centralidade (centro/periferia) ao Supremo Tribunal Federal em relação ao sistema do direito, conseguindo fazer com que o sistema do direito operacionalize princípios e valores sem causar estranhamento e, por fim, conseguindo fazer com que o STF, como organização central do sistema jurídico, tenha poder sobre as demais organizações é compreender e observar a evolução do sistema do direito por meio do instituto da repercussão geral.

Ao longo deste trabalho a proposição de estudo do instituto da repercussão geral em casos ligados ao direito à saúde foi em relação à tentativa de se enxergar as bactérias sem o uso do telescópio⁷²⁸, portanto, com o instrumento correto e com base em novos modelos paradigmáticos que permitissem enxergar o que para alguns seria crise, para outros seria judicialização da saúde, para outros politização do direito, para outros hermenêutica constitucional, para outros constituição dirigente, enfim a possibilidade de sentidos que se poderia dar às novas complexidades surgidas no seio da sociedade seriam várias e vários seriam os sentidos dependendo do ponto de vista (marco teórico) do observador.

A teoria sistêmica permitiu que se visualizassem as mudanças na estrutura da sociedade por meio das mudanças no sistema do direito, uma vez que não é possível, segundo Luhmann, a observação da sociedade como se nela não se estivesse inserido. A propalada crise do Estado é fruto da evolução do sistema do direito, uma vez que a confiança foi resgatada com a operacionalização do instituto da repercussão geral.

⁷²⁸CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 152-164.

A situação anterior ao surgimento do instituto da repercussão geral (antes da promulgação da Emenda Constitucional número 45, no ano de 2004) mostrava que a operacionalização do direito à saúde, pelo Poder Judiciário, por meio dos juízes, de maneira comprometedora em relação a autopoiese do sistema jurídico, vez que a confiança na possibilidade de generalização das decisões não estaria sendo observada.

Não estaria sendo observada porque no caso dos Temas 234 (RE-602324: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, caput, XXXVI, LV, § 2º; 37, caput; 195, § 10º; 197; e 199, § 1º, da Constituição Federal, o direito, ou não, ao reajuste das tabelas dos serviços hospitalares e ambulatoriais prestados ao Sistema Único de Saúde – SUS, em virtude das diferenças decorrentes da conversão monetária operada quando da implantação do Plano Real. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público") e 289 (RE-607582: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público"), exemplificativamente, a situação criada pelos juízes, ao decidir com base em princípios ou valores – Constituição – não seria passível de gerar confiança dentro do sistema do direito, uma vez que as estruturas existentes antes da criação do referido instituto da repercussão geral eram insuficientes para manter a autopoiese do sistema jurídico.

No caso específico do Tema 234, a situação criada pela possibilidade de decisões judiciais poderia ser um juiz, no Estado do Rio Grande do Sul, decidindo pela aplicação do índice geral de preços (IGP-m), outro juiz do Estado do Rio de Janeiro pelo índice nacional de preços ao consumidor (INPC) e outro juiz do Estado de São Paulo pela aplicação do índice de preços ao consumidor (IPC), todas decisões válidas, possíveis e justificáveis, uma vez que todos são tidos por índices oficiais ou confiáveis no tocante à medição da depreciação da moeda brasileira. No caso do Tema 289, a probabilidade de se discutir, previamente, a respeito da possibilidade dada ao juiz de realizar sequestro ou bloqueio em contas públicas para fornecer medicamento é uma discussão que poderia prejudicar o pedido feito pela parte autora, uma vez que haveria possibilidade de um juiz lotado no Estado do Maranhão ser favorável ao bloqueio de verbas públicas e um juiz lotado no Estado do Mato Grosso do Sul ser contrário à possibilidade de realizar o mesmo tipo de bloqueio nas contas públicas.

A sistemática anterior ao instituto da repercussão geral obrigaria que as partes, o particular ou Ministério Público, se fosse o caso de uma ação civil pública, como autores e como réu o Poder Público representado pela Advocacia-Geral da União recorressem até o Supremo Tribunal Federal por via de controle difuso, fazendo com que o mesmo STF tivesse de decidir inúmeras vezes a respeito do mesmo assunto com a desagradável possibilidade (risco) de que um dos Ministros que compõe a Corte se equivocasse e tomasse uma decisão contrária à da maioria da Turma ou tomasse uma decisão contrária ao entendimento pacificado ou sumulado no âmbito do próprio STF.

O que se assistia, portanto, eram, no exemplo dado anteriormente, três possibilidades de futuro no tocante à utilização de um índice de correção monetária para a tabela do SUS (Tema 234) e uma discussão a respeito da possibilidade, ou não, de sequestro de verbas públicas para aquisição de medicamentos (Tema 289).

O entorno, sempre mais complexo, não era absorvido pelo sistema do direito de maneira que a autopoiese fosse mantida, vez que a complexidade no tocante ao uso dos índices de correção monetária pelas decisões judiciais era mantida de maneira que a autopoiese do sistema do direito restava prejudicada. Embora os sistemas sejam sempre menos complexos que o entorno, no caso discutido neste momento, a complexidade no tocante a possibilidade de utilização de ao menos três índices de correção monetária de reajuste da tabela do SUS era uma fator que não gerava confiança no seio do Poder Judiciário, uma vez que a complexidade não havia sido diminuída de maneira que fosse possível gerar confiança do e no sistema do direito de maneira que não comprometesse a autopoiese.

Esta confiança não era gerada porque ao se ajuizar uma ação deve haver um contingenciamento no tocante ao futuro. A confiança para teoria sistêmica é ter a compreensão de que o futuro é previsível, é acreditar que é possível decidir no presente uma possibilidade futura e a existência de no mínimo três possibilidades de correção monetária da tabela do SUS faz com que seja possível generalizar três indexadores diferentes e o cálculo exponencial desta possibilidade geraria um sistema com pouca racionalidade, na medida que seria possível que diversos juízes escolhessem o IGP-m como o melhor índice para corrigir a tabela do SUS, outras centenas de juízes o IPC e outras dezenas de magistrados o INPC, exemplificativamente.

Na medida que uma decisão do Supremo Tribunal Federal torna-se vinculante a todos os demais membros dos demais tribunais do Poder Judiciário a consequência é o resgate de uma estrutura que permita operar confiança em relação às decisões judiciais dos juízes. O STF ao decidir a respeito da possibilidade de reajuste da tabela do SUS e qual o indexador aplicável, por meio do instituto da repercussão geral, cria a possibilidade de emprestar certeza ao futuro, cria as condições necessárias para que se possa, por meio das novas estruturas instituídas pela Emenda Constitucional número 45/04, generalizar esta decisão às partes que formularem um pedido semelhante em todos os foros e tribunais do Brasil. O sistema do direito torna-se racional e torna-se confiável ao possibilitar às partes confiança necessária na antecipação do futuro⁷²⁹ e na diminuição dos riscos⁷³⁰ na medida que a probabilidade é enorme de que o futuro se insinue no presente, por meio da decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Tema 234.

Em sociedades complexas como a brasileira é essencial que o sistema do direito apresente um grau de confiança e racionalidade no tocante as suas decisões que permita generalizações para o futuro. A autopoiese do sistema do direito é também apoiada na ideia da auto-observação e da autorreferencialidade, ou seja, para Luhmann, os sistemas sociais se alimentam de suas próprias decisões de maneira autorreferencial e esta repetição é necessária para que seja possível manter a autopoiese. Um sistema sem confiança na estabilização das futuras decisões, um sistema sem confiança na previsibilidade do futuro é um sistema que corre o risco de funcionar de maneira caótica, de maneira não racional e o funcionamento não racional, entendendo-se como dificuldade ou até mesmo impossibilidade de generalização das decisões, é uma sistema que está comprometendo sua autopoiese por não conseguir alterar suas estruturas.

Na medida que o sistema do direito, por meio dos juízes, por exemplo, não conseguia emprestar necessária confiança no tocante à generalização das decisões e na medida que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, não conseguia ser o órgão de centro (ponto que será abordado adiante), o que se tinha era um sistema com pouca confiança na previsibilidade do futuro, no caso, na previsibilidade de que índice de correção monetária seria possível aplicar no tocante à tabela do SUS, por exemplo. A complexidade, a

⁷²⁹“Por lo tanto debe podar el futuro de modo que se iguale con el presente, esto es, reducir la complejidad” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 21).

⁷³⁰LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, cap. II, p. 79-95.

contingência não era reduzida de maneira satisfatória ou confiável e com isso a autopoiese do sistema do direito estava sendo prejudicada a ponto de se questionar a função dos juízes, dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, vez que havia associação de que estar-se-ia vivenciando uma crise do Estado ou uma crise do direito.

Esta mesma confiança resgatada pelo instituto da repercussão geral é responsável por gerar a suposta agilidade que o sistema da política e o sistema da saúde, muitas vezes, não tem.

Devolvida a confiança por meio da fixação de um possível futuro como decisão a ser imposta no presente por meio do instituto da repercussão geral, deve-se indicar como ganho para o sistema da política e para o sistema da saúde o fato de o instituto da repercussão geral representar a operacionalização do acoplamento estrutural com o sistema da política e ser fator de irritação para o sistema da saúde, agindo, em ambos os casos, como transferência de perigo (externo e provocado pelas decisões judiciais) para risco (interno e racionalizado pelos sistemas da política e da saúde).

No caso do Tema 542 (RE-842844: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz do artigo 2º; do inciso XXX do art. 7º; do caput e dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, bem como da letra “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o direito, ou não, de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.) a discussão jurídica ou a discussão travada no seio do sistema do direito, diz respeito à possibilidade de servidora ocupante de cargo em comissão ser estendida licença maternidade em caso de gravidez em detrimento da possibilidade de demissão “ad nutum”. A não fixação de uma decisão futura no presente ou a não diminuição, no seio do Poder Judiciário, no tocante da contingência, poderia gerar decisões conflitantes nos mais diversos órgãos da justiça. Poderia a justiça do Estado do Amazonas entender que não seria possível a extensão da licença maternidade para servidoras ocupantes de cargo em comissão e a justiça do Acre ter entendimento diametralmente oposto.

Se se imaginar, no caso do Estado do Acre, que o Poder Judiciário decidisse pela aplicação da garantia constitucional da estabilidade para gestantes ocupantes de cargos em comissão, ter-se-ia o exemplo de transferência de peigo para o sistema da política e para o

sistema da saúde. A transferência de perigo para o sistema da política consistiria, se analisada a decisão judicial imposta aos administradores no âmbito municipal e estadual, por exemplo, na questão do gasto público em manter o pagamento de salários e outros consectários em relação às mulheres gestantes. Mesmo havendo intenção de demissão há necessidade de, no âmbito da administração, suportar uma situação que antes era indefinida ou que antes era possível escolher entre demitir sem qualquer tipo de pagamento ou suportar a gestante pelo prazo da gestação e nos cinco meses posteriores ao parto.

No âmbito do sistema da saúde, a mesma situação provocaria a necessidade das organizações envolvidas fornecerem exames regulares relativos ao embrião ou feto (pré-natal), garantia de assistência médica compatível com as exigências da gestante e todas as políticas públicas envolvidas numa situação como esta, tais como postos de saúde, compra de remédios entre outros.

A decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Tema 542 do instituto da repercussão geral teria o condão de ser vista, pelo sistema da política e pelo sistema da saúde como valor ou princípio e como irritação, respectivamente, na medida que impõe um provável dano aos sistemas.

É certo que as organizações apenas reconhecem como suas comunicações proferidas por seus membros⁷³¹ e, portanto, toda e qualquer decisão tomada por uma organização – e por seus membros – é uma situação que possivelmente tem a possibilidade de gerar riscos. Ao contrário, a decisão judicial que determina que o administrador não poderá demitir a gestante, durante a gravidez e no período de cinco meses após o parto, em cumprimento à garantia constitucional da estabilidade, é uma decisão que gera um risco ao administrador, uma vez que se desobedecer poderá ser processado judicialmente e ter que arcar com os custos do processo, com a publicidade e com o ônus de ter de suportar um gasto sem previsão orçamentária.

Todavia, ao incorporar a decisão judicial, aceitar seus fundamentos o administrador está apontando para o futuro, está transformando o perigo de dano da decisão judicial em

⁷³¹“Las organizacioines sólo reconocen como propias las comunicaciones de sus miembros, y esto ocurre exclusivamente cuando se comunican entre si qua membresía. Pero, sobre todo, las organizaciones pueden servirse de esta diferencia para condicionar el comportamiento de sus miembros, a diferencia de lo que ocurre con el comportamiento de sus no miembros. Son capaces de fijar condiciones para el ingreso o egreso (colocación o despido), presentando esto como deciones.” (LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 246-247).

risco inerente ao sistema da política, em risco por ter que tomar uma decisão política baseada na Constituição. O administrador, ao tomar uma decisão política para que o perigo da decisão judicial seja incorporado ao sistema da política, está transferindo o perigo (externo) para risco (interno) e está, conseqüentemente trabalhando com o código do sistema da política (cargo/pessoa e atualmente governo/oposição). O administrador estará ativando o sistema da política e dentro do sistema da política irá trabalhar com o fato de ter decidido implementar uma política pública no tocante ao caso das gestantes ocupantes de cargo comissionado (Tema 542). A internalização do perigo, transformado em risco, tem por característica a legitimação da decisão tomada no âmbito do sistema da política e tem como consequência imaginar que o instituto da repercussão geral tem a capacidade de acelerar a tomada de decisões políticas.

Assim como a promulgação de uma lei pelo sistema da política é um recurso que provoca a aceleração de uma futura decisão judicial o sistema do direito, por meio do instituto da repercussão geral, alterou suas estruturas e conseqüentemente evoluiu para que tivesse igualmente uma maneira de acelerar as decisões políticas.

A aceleração das decisões políticas por meio do instituto da repercussão geral se dá pelo fato de o sistema da política compreender a decisão do Supremo Tribunal Federal como uma decisão com o código do sistema da política. Se a Constituição participa de dois sistemas simultaneamente – alegoria do Deus Janus – é necessária uma estrutura que tenha capacidade de participar, para que se possa operacionalizar o texto constitucional, de ambos os sistemas (da política e do direito) sem contudo revelar o paradoxo de que para o sistema da política é uma decisão jurídica e para o sistema do direito uma decisão política.

Para o sistema da política a decisão prolatada pelo STF, quando da utilização do instituto da repercussão geral, é uma decisão que contém valores e princípios, portanto, uma decisão baseada na Constituição e, portanto, uma decisão política, uma decisão que está operacionalizando-se com o código do sistema da política, pois para o sistema é o ponto cego, é o paradoxo que o faz operar sem estranhamento. Igual raciocínio, modo inverso, é aplicável ao sistema do direito. Para o sistema do direito, a decisão do Supremo Tribunal Federal é jurídica, embora contenha a referida decisão como fundamento valores e princípios, ou seja, funcionamento alopoiético, sem contudo causar estranhamento ao sistema do direito.

A irritação provocada pelo sistema do direito no sistema da saúde, quando da tomada de decisão vinculada ao Tema 262 (RE-605533: "Recurso extraordinário em que se discute, à

luz artigos 2º; 127; 129, II e III; 196; e 197, da Constituição Federal, a legitimidade, ou não, do Ministério Público para ajuizar ação civil pública que visa compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia. Direito Processual Civil e do Trabalho”), está no fato de transferir o perigo de dano provocado pelo entorno (decisão judicial, sistema do direito) em risco a ser suportado pelo sistema da saúde e pelos códigos do sistema da saúde. Conquanto ainda não exista certeza a respeito da existência do sistema da saúde, é possível distinguir que há diferença nas comunicações quando se trata de gasto público para custear algum tipo de fármaco. A judicialização da saúde e a consequente tomada de decisões judiciais impondo ao Estado e suas organizações vinculadas à área da saúde suportar a compra, utilização e distribuição de um novo fármaco ou de um fármaco que o administrador já havia optado por não distribuir à população por exemplo, possui a capacidade de exigir que o sistema da saúde adote diversas outras medidas para absorver o perigo – e convertê-lo em risco - provocado pela decisão judicial.

Ao absorver a decisão judicial e trabalhar com os códigos próprios do sistema, o perigo transforma-se em risco e o risco poderá ser trabalhado pelas organizações que lhe são inerentes, por meio de cargos e membros que tenham a capacidade de tomar decisões no âmbito das organizações vinculadas ao sistema da saúde. A compra de medicamento que antes era uma imposição judicial, com os custos inerentes à compra de apenas um ou poucos fármacos, poderá se transformar numa política pública na área da saúde, com inclusão orçamentária, com discussão a respeito da pertinência e com a distribuição em postos de saúde, por exemplo.

Assim como o sistema da política possui uma estrutura capaz de acelerar as decisões judiciais (promulgação de leis), o sistema do direito carecia de uma estrutura capaz de acelerar a tomada de decisões políticas, obtida agora com o instituto da repercussão geral. O que eventualmente é conhecido como judicialização da saúde, quando ocorre por meio do instituto da repercussão geral, é uma estrutura capaz de provocar a aceleração de uma decisão política, uma vez que o sistema da política irá transformar o perigo em risco, absorvendo-o com o código da política. O instituto da repercussão geral transforma-se, quando observado pelo sistema da política, na estrutura que lhe permite ter ganho aquisitivo no tocante ao cumprimento da Constituição sem causar estranhamento relativo ao código de ingresso (abertura cognitiva) no pertinente à decisão judicial, assim como a promulgação da lei pelo

sistema da política não gera estranhamento no sistema do direito, fazendo com que o cumprimento da lei e o cumprimento de uma decisão judicial sempre estejam próximos, conquanto sejam distintos⁷³². O instituto da repercussão geral é o instrumento constitucional que permite ao sistema da política visualizar as decisões judiciais tomadas pelo STF em sede de repercussão geral como “lei” e, portanto, com a estrutura e os códigos que lhe são inerentes: decisão coletivamente vinculante. Paradoxalmente, o sistema da política não percebe, porque esta é a aquisição evolutiva que une e separa os sistemas (do direito e da política) permitindo que a complexidade da sociedade atual, em casos de aplicação do direito à saúde, seja reduzida pelo sistema do direito.

O instituto da repercussão geral permitiu que o sistema do direito funcionasse de maneira que os tribunais assumissem o papel de centralidade, permitiu que o Supremo Tribunal Federal seja considerado o centro⁷³³ do sistema jurídico e os demais órgãos sejam considerados como periféricos.

O fim do regime militar, no ano final da década de mil novecentos e oitenta, com as primeiras eleições livres e por meio de votação direta para Presidente da República marca o início do ingresso do Brasil numa era de complexificação cujas mudanças estruturais foram realizadas: STF como guardião da Constituição.

Embora existisse previsão constitucional a respeito do controle a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao controle da Constituição e conseqüentemente no tocante ao sentido do texto constitucional, o que ocorria até a promulgação da Emenda Constitucional número 45/04 era paradoxal. O paradoxo era criado porque a estrutura processual existente fazia com que as partes, mesmo sendo derrotadas nas instâncias inferiores, conseguissem que o Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário ou agravo de instrumento em recurso extraordinário, tivessem suas causas sempre conhecidas pelo STF. Inexistia uma estrutura jurídica que permitisse ao STF realizar um filtro em relação às matérias que lhe eram enviadas, inexistia possibilidade de o guardião da Constituição dizer o que era ou que não era constitucional, pois a ele eram dirigidos todos os recursos que envolvessem discussão ou interpretação do texto constitucional.

⁷³²LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005, p. 367.

⁷³³LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009, p. 408-412.

Se uma organização não consegue, por meio de seus membros e de suas decisões (autorreferencialidade), se diferenciar do entorno, então a autopoiese está sendo comprometida, porque estaria havendo, na estrutura do Supremo Tribunal Federal, enquanto organização do sistema do direito, a inclusão de fatores externos, a interferência do meio ou entorno e estaria acontecendo a perda da autopoiese na medida que juízes e não ministros estariam decidindo a respeito da interpretação da Constituição em caráter final.

Ao se trabalhar com a noção de centro e periferia, abandonando-se ou mitigando-se a estrutura de hierarquia, tem-se que admitir que as organizações que estejam no centro dos sistemas têm que se distinguir das organizações que estejam na periferia. O que se assistia, ante a exagerada judicialização existente na sociedade brasileira, era que o Supremo Tribunal Federal, mesmo sendo considerado um órgão de centro do sistema jurídico, mesmo sendo considerado o guardião da Constituição, não tinha instrumento, não tinha estrutura adequada para exercer o papel de centralidade. A ausência de centralidade do Supremo Tribunal Federal é sempre uma condição prejudicial à autopoiese do sistema do direito.

O que se viu, durante anos, foi o esgotamento da Corte (STF) com tentativas de mudanças estruturais para manter sua autopoiese como órgão de centro. Houve, depois da promulgação da Constituição de 1988, uma explosão no pertinente à edição de Súmulas, houve a criação ou utilização de institutos para cassar as decisões dos tribunais locais, tais como o revigoramento do instituto da reclamação, a criação do instituto da ação declaratória de constitucionalidade, a regulamentação do instituto da ação de descumprimento de preceito fundamental e até mesmo a criação do instituto da súmula vinculante. Todas as modificações no sistema do direito podem ser consideradas mudanças estruturais para que o Supremo Tribunal Federal pudesse manter sua autopoiese.

Não obstante, a mudança estrutural que permitiu ao STF ser considerado como organização de centro do sistema do direito, atualmente, foi o instituto da repercussão geral. Por meio do instituto da repercussão geral o Supremo Tribunal Federal foi capaz de impor, tanto jurisdicional como administrativamente, o teor de suas decisões aos demais órgãos periféricos do Poder Judiciário e foi capaz de retomar o caráter centralizador que lhe foi imposto com a promulgação da Constituição, uma vez que conseguiu dizer o que é e o que não é matéria constitucional, conseguiu realizar a diferença da unidade ao invés de suportar a totalidade que lhe era imposta por meio dos juízes e tribunais ao decidirem a respeito de

matéria constitucional em contrariedade ao entendimento que já estaria pacificado (ou sumulado) no âmbito do STF.

O que ocorria antes do instituto da repercussão geral era o fato de o Supremo Tribunal Federal ter de suportar uma decisão proferida por outro membro de tribunal, por outra organização a respeito do que era ou não matéria constitucional sem que o próprio STF pudesse ou tivesse uma estrutura capaz de absorver a crescente complexidade sem suportar uma certa dose de corrupção de códigos. Era como se o Supremo Tribunal Federal estivesse permitindo que outros tribunais dissessem o que era e o que não era constitucional; centralidade retomada com o instituto da repercussão geral.

Este era o paradoxo criado pelo sistema do direito no regime anterior à promulgação da Emenda Constitucional número 45/04. Juízes e desembargadores podiam decidir contrariamente ao que o Supremo Tribunal Federal, como órgão de centro do sistema jurídico, podiam dizer o que era e o que não era constitucional e o STF, como guardião da Constituição, não poderia decidir contrariamente a suas decisões. Não poderia decidir contrariamente porque há previsão constante no regimento interno do Supremo Tribunal Federal de que os ministros não podem decidir contrário às decisões já tomadas pela maioria dos membros das turmas ou do plenário (autorreferencialidade da organização), no entanto, juízes e desembargadores podiam não somente decidir de modo contrário ao órgão de centro como poderiam provocar que este mesmo órgão de centro tivesse que analisar decisões dos demais órgãos periféricos do Poder Judiciário, ou seja, o centro do sistema, as organizações que estariam exercendo o papel de centro do sistema eram os juízes e desembargadores e não os ministros do STF.

Esta situação enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal mostra o paradoxo da atual sociedade: complexidade que não era absorvida pela organização de centro e a consequência, sob o ponto de vista da observação de outros sistemas (sistema psíquico) era de que se estava vivenciando uma crise do direito, porque o sistema do direito não conseguia reduzir a complexidade do entorno ou, mesmo tentando reduzir, não tinha estrutura capaz de operacionalizar e absorver a complexidade do entorno, o que acabava por prejudicar a autopoiese do sistema do direito. O instituto da repercussão geral permitiu que o STF evoluísse e operacionalizasse a mudança garantindo-lhe manutenção de sua autopoiese.

Retomada a centralidade no sistema do direito pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto da repercussão geral é a estrutura que permite operacionalizar os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, princípios e valores, no seio do sistema do direito sem que sejam percebidos, ou, mesmo percebidos, sejam imediatamente apagados, constituindo o ponto cego do observador.

Se a Constituição é o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito e é vista pelo sistema jurídico como lei fundamental ou norma superior e pelo sistema da política como um programa contendo princípios e valores, certo este acoplamento estrutural precisa de uma estrutura que lhe permita operacionalizar, precisa conter uma estrutura que seja igualmente vista pelo sistema do direito como “decisão judicial” e seja visualizada pelo sistema da política como “valor ou princípio”, sem que ambos os sistemas percebam eventuais incongruências ou eventuais corrupções de códigos.

A evolução da Constituição, a evolução da positivação de direitos no corpo das Constituições modernas trouxe a inclusão de valores e princípios, sendo um destes o direito à saúde, portanto, o direito à saúde é um direito e é um princípio ou valor, simultaneamente, embora seja observado pelo sistema do direito como um direito e seja observado pelo sistema da política como um valor (novamente, alegoria do Deus Janus).

Ao se auto-observar, ao se autorreferenciar o sistema do direito foi capaz de autopoieticamente alterar suas estruturas para produzir uma mudança capaz de reduzir a complexidade do entorno e ser possível incluir, quando da prolação de decisões judiciais, a referencialidade necessária a valores e a princípios sem que sejam percebidos como tal.

O Supremo Tribunal Federal ao decidir com base no artigo 6º e 196 da Constituição, respectivamente, e com base em outros artigos do texto constitucional contendo valores e princípios – conceitos jurídicos indeterminados – fixa o sentido da norma constitucional, impõe uma interpretação dentre tantas possíveis, fixa o futuro no presente e empresta ares de positividade, de legalidade às futuras decisões judiciais que forem tomadas pelos demais órgãos periféricos do Poder Judiciário.

É a diferença de um juiz ou de um desembargador decidir uma causa utilizando-se como fundamentos da decisão prolatada (sentença ou acórdão, respectivamente) princípios e valores contidos nos artigos 6º e 196 da Constituição ou tomar a mesma decisão usando como

fundamento e como causa de decidir a decisão já prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em casos relativos ao instituto da repercussão geral.

No caso do Tema 312 (RE-580963: "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 203, V, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, de decisão judicial que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, deixa de computar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no referido dispositivo do Estatuto do Idoso, para fins do cálculo da renda familiar de que trata o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93. Direito Previdenciário"), o instituto da repercussão geral tem o condão de permitir que o juiz de primeiro grau, por exemplo, alegando que o Supremo Tribunal Federal em caso análogo permitiu que o Poder Judiciário interferisse, conferindo interpretação extensiva, a uma política pública de concessão de benefício assistencial, o STF permitiu que o Poder Judiciário tomasse uma decisão com base em valores ou princípios, todavia a decisão do Supremo Tribunal Federal tem o condão de cegar o julgador, uma vez que o juiz estaria operando no centro da estrutura que serve de acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, é o ponto cego, é o paradoxo que precisa existir e ao mesmo tempo precisa ser apagado. O instituto da repercussão geral é o instrumento que permite o jurista trabalhar com conceitos jurídicos indeterminados – valores e princípios – sem que haja estranhamento.

Se a Constituição é uma aquisição evolutiva da atual sociedade, se a Constituição se traduz no paradoxo de unir e separar os sistemas do direito e da política, necessário compreender como essa união e como esse apagamento ocorrem, como o paradoxo se operacionaliza em ambos os sistemas.

Os conceitos jurídicos indeterminados contem princípios e valores e por este motivo sempre foram contestados pelo sistema do direito desde que começaram a ser positivados nos textos constitucionais.

Discutia-se, não faz muito tempo – década de oitenta – questões ligadas à auto-aplicabilidade ou não do texto constitucional. A doutrina brasileira catalogava normas constitucionais programáticas – as que continham princípios ou valores - como normas não auto-aplicáveis, ou seja, como normas dependentes de regulação legislativa por meio de lei a ser formulada pelo sistema da política. Percebe-se, portanto, que embora existisse uma Constituição formalmente promulgada, não havia operacionalização no tocante às normas

programáticas, isto porque não tinha ocorrido uma mudança estrutural que permitisse ocorrência de uma aquisição evolutiva da própria Constituição.

O sistema da política e o sistema do direito eram e estavam separados pela Constituição e esta mesma Constituição, em dado momento histórico, não permitia a união e separação de ambos os sistemas, esta mesma Constituição não tinha evoluído.

Não obstante, a complexidade do entorno foi progressivamente aumentando e houve necessidade que o sistema do direito, acionado por meio de ações, decidisse a respeito da aplicabilidade ou não de conceitos jurídicos indeterminados (normas programáticas) e, devido à tomada de decisão, há o risco de manutenção ou alteração de suas estruturas, conseqüentemente, há influência na autopeiose do sistema do direito.

Neste ponto é que se deve observar a aquisição evolutiva da Constituição, pois mesmo não tendo ocorrido mudança na estrutura normativa, mesmo sendo a mesma redação dos artigos 6º e 196 da Constituição, desde a promulgação, num determinado momento, o que era considerado pelo sistema do direito como norma não auto-aplicável (valores e princípios) e pelo sistema da política como uma previsão para o futuro, uma política pública a ser realizada por meio de uma decisão coletivamente vinculante (lei), passou a ser considerada pelo sistema do direito como uma decisão judicial operacionalizada com o código do sistema do direito e para o sistema da política como uma “lei” promulgada por meio de uma decisão judicial. Este é o paradoxo existente quando se compara o momento anterior e o momento posterior à alteração das estruturas do sistema do direito com a promulgação da Emenda Constitucional número 45/04: repercussão geral.

O instituto da repercussão geral permite que se operacionalize o paradoxo da união e da separação dos sistemas do direito e da política, é o instituto que permite que a Constituição seja o paradoxo da união e separação de ambos os sistemas e é o instituto que permite que os conceitos jurídicos indeterminados sejam trabalhados no sistema do direito sem causar estranhamento.

O sistema do direito, as organizações periféricas do sistema do direito tais como juízes, tribunais locais, OAB, Defensoria Pública e MP incorporam as decisões do STF em sede de repercussão geral nas sentenças, acórdãos, nas petições iniciais e nas denúncias, respectivamente, sem perceber o paradoxo de estarem trabalhando com valores e princípios. As organizações periféricas compreendem as decisões do Supremo Tribunal Federal como

decisões tomadas com o código do sistema do direito e não percebem o ponto cego, o paradoxo de se trabalhar com valores vinculados ao sistema da política.

O sistema da política ao absorver a decisão do STF em casos vinculados ao cumprimento do direito à saúde compreende a decisão judicial tomada em sede de repercussão geral como uma decisão contendo valores e princípios, como uma “lei”, como uma política pública promulgada por uma “lei” e por este motivo não questiona eventuais códigos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no tocante às decisões judiciais em sede de instituto da repercussão geral.

Esta aquisição evolutiva da Constituição é uma resposta do sistema do direito ao crescente aumento da complexidade e a mudança estrutural foi feita por meio da criação do instituto da repercussão geral, estrutura que foi capaz de absorver, modificar e evoluir o sistema do direito ao ponto de permitir que fosse possível a inclusão de conceitos jurídicos indeterminados (valores e princípios) nas decisões judiciais.

O instituto da repercussão geral devolveu ou permitiu que o STF, enquanto organização de centro do sistema jurídico, tivesse poder sobre as demais organizações periféricas do sistema do direito.

O quadro anterior à promulgação da Emenda Constitucional número 45/04 cuja redação criou o instituto da repercussão geral, era que os juízes e desembargadores tinham poder maior que os ministros do Supremo Tribunal Federal. O poder era maior porque os juízes e desembargadores podiam escolher, tinham maiores opções de decisão, se e como decidiriam a respeito da interpretação da norma constitucional programática. Valores e princípios eram de uma maneira geral livremente interpretados pelos juízes e desembargadores, sem que lhes fosse possível impor algum tipo de restrição ou balizamento.

Eram, por assim dizer, livres para interpretar a Constituição e poderiam tanto seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes (confiança e racionalidade) como poderiam decidir de maneira contrária ou diferente do Supremo Tribunal Federal o que prejudicaria a confiança e a racionalidade do sistema do direito na medida que as decisões tomadas pelos juízes ou desembargadores contrárias as decisões pacificadas ou sumuladas do STF seriam de difícil generalização.

Os juízes e os desembargadores tinham mais opções que os ministros do Supremo Tribunal Federal e tinham mais opções de decisões que os ministros do STF, tinham, portanto, mais poder.

O instituto da repercussão geral devolve o poder ou garante ao STF um poder maior que o poder dado aos juízes e desembargadores, por exemplo. Na medida que os ministros do STF são obrigados a decidir apenas com base nas suas próprias decisões (autorreferencialidade da organização), na medida que o Supremo Tribunal Federal se diferencia do entorno enquanto organização por meio de decisões prolatadas por seus membros, torna-se imperioso que exista uma estrutura capaz de lhe garantir a centralidade no sistema do direito, vez que a complexidade da atual sociedade exige um órgão (organização) centralizadora para que se possa operar com o código centro/periferia.

As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo casos vinculados ao direito à saúde estudados nesta tese garantem a esta organização um poder maior que o poder dado aos juízes e desembargadores. Este poder é maior porque com a alteração constitucional contida na Emenda Constitucional número 45/04 é o STF quem tem maiores opções de decisão. O Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula (centro) poderá decidir e interpretar a constituição com base nos seus precedentes e com base em valores e princípios e os juízes e desembargadores dos tribunais bem como outras organizações periféricas do sistema do direito não poderão decidir de maneira contrária e, se decidirem, há um mecanismo que garante de maneira eficiente que a decisão judicial destoante seja eliminada, ou seja, juízes e desembargadores, por exemplo, não conseguem gerar sequer a possibilidade de que suas decisões sejam generalizadas, as decisões proferidas pelas demais organizações periféricas sequer possuem confiança para que haja um suporte mínimo de racionalização.

O instituto da repercussão geral torna-se o instrumento que retira o poder relativo à tomada de decisão das organizações periféricas, retirando-lhes a possibilidade de gerar confiança nas e das suas decisões. É como se não fosse possível, ante a evolução causada pela mudança estrutural no sistema do direito, que decisões judiciais proferidas pelos juízes e pelos tribunais (desembargadores) pudessem gerar algum tipo de expectativa jurídica, pudessem transmitir confiança no sentido de se poder auto-observar, autorreferenciar e no sentido de possibilitar generalização para futuras operações. O poder do poderoso (STF) é o poder de escolher o que os juízes e os tribunais devem julgar e como devem julgar.

O marco teórico adotado – teoria sistêmica – foi o que permitiu trabalhar com a repercussão geral como estrutura do sistema do direito e sendo estrutura do sistema do direito, deve operar de maneira a manter a organização autopoietica do sistema para que seja possível observar mudanças como evolução.

O ponto cego, o paradoxo é construído e reconstruído por meio da colocação (ou recolocação) do Supremo Tribunal Federal como organização de centro do sistema do direito. Paradoxalmente, até a promulgação da Emenda Constitucional número 45/04, criando o instituto da repercussão geral, o STF, mesmo sendo o guardião da Constituição, não tinha qualquer meio de autopoieticamente selecionar o que seria uma causa passível de julgamento e controle no tocante ao cumprimento da Constituição daquelas que não estariam afetadas ao julgamento em se tratando de matéria constitucional. Como todos os recursos extraordinários eram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, seja por meio do juízo positivo de admissibilidade, ou seja por meio de agravo de instrumento (posteriormente, recurso de agravo), a situação era efetivamente paradoxal: tudo era constitucional, portanto, nada era constitucional, vez que não havia como selecionar a unidade da diferença. Embora, para teoria sistêmica, haja necessidade de se trabalhar com a noção de centro/periferia, no Brasil, o que ocorria era um deslocamento deste centro para os juízes ou tribunais locais, fato que gerou a mudança nas estruturas do sistema do direito para que fosse possível, por meio do fechamento operacional, manter-se a autopoiese do sistema.

Assim, foi possível observar utilizando-se o instrumento adequado de que maneira na atual sociedade complexa foi possível compreender a Constituição como uma aquisição evoluiva e como as estruturas do sistema do direito se alteraram ou se modificaram para que fosse possível manter a autopoiese do sistema do direito.

Obviamente, esta tese foi o início de um longo caminho a ser percorrido, pois assim como foi possível observar a evolução na atual sociedade, será possível continuar observando as futuras evoluções do sistema do direito quando houver mudança nas suas estruturas, para este fim a teoria sistêmica se presta a captar a constante evolução dos sistemas, dentre estes, do sistema do direito.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- _____. A saúde como direito de todos e dever do estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. *In*: AITH, Fernando; et al. **Direito sanitário**: saúde e direito, um diálogo possível. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, 2010.
- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**. São Paulo: Graal, 2003.
- _____. **Montesquieu a política e a história**. Lisboa: Editorial Presença, 1977.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- _____. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ASSIS, Machado de. Memórias póstumas de Brás Cubas. *In*: **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 1.
- BADIE, Bertrand. **L'état importé**: l'occidentalisation de l'ordre politique. Paris: Fayard, 2008.
- BAGEHOT, Walter. **La constitución inglesa**. Madrid: CEPC, 2010.
- BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1992.
- _____. **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. São Paulo: Hucitec, 1998.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Questão de fato” em recurso extraordinário. *In*: ROCHA, Leonel Severo da; et al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Da função à estrutura. *In*: **CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.
- _____. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARTHES, Roland. **O grau zero da escrita**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS Anthony; LASH Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Unesp, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; et al. **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2008.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Constituições**. Brasília: Senado Federal, 1986.

_____. **Emenda constitucional nº 45/2004**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 02 dez. 2015.

_____. Governo Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015.

_____. Ministério da Educação. Disponível em: <www.mec.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Portal da Saúde. Disponível em: <www.portal.saude.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 602324**. Recorrente: União. Recorrido: Sociedade Beneficente Lar da Fraternidade. Relator atual. Min. Ellen Gracie. Santa Catarina, 19 de dezembro de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2695767>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 605533**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator atual. Min. Marco Aurélio. Minas Gerais, 30 de abril de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3791720>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 607582**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Marina Carolina Moraes Paz. Relator atual: Min. Rosa Weber. Rio Grande do Sul, 27 de agosto de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3819070>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 597064**. Recorrente: Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores. Recorrido: Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Relator atual: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, 29 de março de 2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2661252>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 580252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator atual: Min. Teoria Zavascki. Mato Grosso do Sul, 08 de junho de 2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 630852**. Recorrente: UNIMED – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo LTDA. Recorrido: Varna Rohsig. Relator atual: Min. Rosa Weber. Rio Grande do Sul, 31 de maio de 2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3959903>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 674103**. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Rosimere da Silva Martins. Relator atual: Min. Luiz Fux. Santa Catarina, 31 de maio de 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4205429>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 581488**. Recorrente: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: União. Relator atual: Min. Dias Toffoli. Rio Grande do Sul, 12 de setembro de 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4205429>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 684612**. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator atual: Min. Carmen Lúcia. Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4237089>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 778889**. Recorrente: Mônica Correia de Araújo. Recorrido: União. Relator atual: Min. Roberto Barroso. Pernambuco, 20 de novembro de 2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4482209>>.
Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 855178**. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator atual: Min. Luiz Fux. Sergipe, 05 de março de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 858075**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: União. Relator atual: Min. Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 21 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4685936>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 30 out. 2015.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

_____. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo, Martins Fontes, 2010.

CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem, teatro das sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

_____. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CHAVES, André Santos. **O instituto da suspensão de segurança e a efetivação do direito à moradia: entre a flexibilização dos paradigmas processuais e o efetivo diálogo necessário entre os poderes**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2451>. Acesso em: 24 ago. 2015.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetivação. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2006.

COLL, Agustí Nicolau; et al. **Educação e transdisciplinariedade II**. São Paulo. TRIOM, 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129707por.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção os Pensadores).

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Las reglas del método sociológico**. Buenos Aires: Puento de Encontro, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDUCAÇÃO e transdisciplinariedade. [S.l.]: CETRANS, [20--]. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127511por.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada: Comares, 2004.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado político**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2008.

FERREIRA, Maria Cristina Leandro (Org.). **Glossário de termos do discurso**. Porto Alegre: UFRGS, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GORENDER, Jacob. **Brasil em preto e branco**. São Paulo: Senac, 2000.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John Russel. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2004.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2015.

JAGUARIBE, Hélio. **Crise na república**: 100 anos depois: primeiro ou quarto mundo? Rio de Janeiro: Thex, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1996.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

_____. **La tension esencial**: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencias. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetivação do direito à saúde. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 6.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. **A sociedade da decepção**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOBO, Haddock. **História econômica e administrativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1963.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LUHMANN, Niklas. **¿Cómo es posible el orden social?** Mexico: Herder, 2009.

_____. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Passagens, 2006.

_____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. *In*: NIKLAS Luhmann. **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Herder, 2005.

_____. **La política como sistema**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2009.

- _____. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Herder, 2007.
- _____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora da Unb Brasília, 1980.
- _____. **Organización y decisión**. México: Herder, 2010.
- _____. **Poder**. Brasília: Editora da Unb, 1992.
- _____. **Sistemas sociales: lienamentos para uma teoria general**. Barcelona: Anthropos. 1998.
- _____. **Sociología del riesgo**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006.
- _____. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- _____. **Teoría política en el estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007.
- _____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, **Rechthistorisches Journal**, v. IX, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. *In*: _____. **Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MARX, Karl. **Do capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998.
- MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2011.
- _____. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal 2**. São Paulo: Atlas, 1992.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre (Org). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2001.

NABUCO, Joaquim. **A escravidão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

_____. **O abolicionismo**. Brasília: Senado Federal, 2003.

NEQUETE, Lenine. **Escravos & magistrados no segundo reinado**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1988.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise do discurso: princípios & procedimentos**. Campinas: Pontes Editores, 1999.

_____. **Discurso e texto: formulação e circulação dos sentidos**. Campinas: Pontes Editores, 2001.

_____. **Interpretação: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico**. Petrópolis: Vozes, 1996.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1971.

_____. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1974.

_____. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1969.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio**. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

PORTO ALEGRE. Departamento Municipal de Água e Esgotos. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/dmae/default.php?p_secao=352>. Acesso em: 30 out. 2015.

POULANTZAS, Nicos. **O estado em crise**. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. São Paulo: Ibrasa, 1976.

PRADO JR., Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 2007.

_____. **História e desenvolvimento**: a contribuição da historiografia para a teoria e prática do desenvolvimento brasileiro. São Paulo: Brasiliense, 1999.

_____. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 16 mar. 2015.

ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Carlos Francisco. O direito e o tempo social. *In*: _____. **A construção sociojurídica do tempo**: teoria do direito e do processo. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

SALDANHA, Nelson. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea**. Porto Alegre, 1978. (Coleção Osvaldo Vergara).

SANTOS, André Leonardo Copetti. O ensino do direito como condição de possibilidade para a concretização de um projeto de felicidade presente na Constituição Federal Brasileira. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituições, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAUSSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos**: crítica à standardização do direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005. v. 1.

_____. **O antigo regime e a revolução**. Brasília: Editora da Unb, 1979.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A democracia coroada**. Rio de Janeiro, José Olympio, 1957.

VEBLEN, Thorstein. **Teoría de la clase ociosa**. Mexico: FCE, 1974.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia e formas de inclusão – exclusão política nos sistemas políticos brasileiro, mexicano e italiano. *In*: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Sistema da saúde e transformação social. *In*: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado, 1999.

_____. **O ocaso do império**. Brasília: Senado Federal, 2004.

_____. **Populações meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Fabris, 2006.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**: ciência social para o século XXI. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 2009. v. 1.

_____. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 2009. v. 2.

ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

**ANEXO A – JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RELATIVOS AOS TERMOS ELECADOS NA TESE**

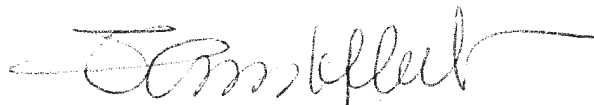
Os recursos extraordinários que foram objeto dos temas elencados a título de repercussão geral nesta tese estão contidos no anexo e foram extraídos diretamente do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, servindo como consulta em relação à motivação das decisões judiciais que serviram de base e de estudo para as pesquisas realizadas na presente tese.

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 602.324
SANTA CATARINA

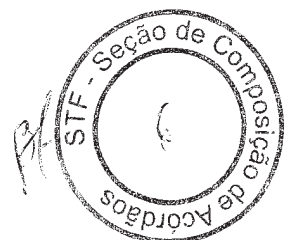
RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : SOCIEDADE BENEFICIENTE LAR DA
FRATERNIDADE
ADV.(A/S) : ARCIDES DE DAVID E OUTRO(A/S)

TABELAS DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. PLANO REAL. CORREÇÃO. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, recusou o recurso extraordinário ante a ausência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional.



Ministra ELLEN GRACIE
Relatora



REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 602.324-0
SANTA CATARINA

1. Trata-se de recurso extraordinário, alínea *a*, interposto contra acórdão que determinou o pagamento da correção das tabelas dos serviços prestados ao Sistema Único de Saúde – SUS, em virtude da implantação do Plano Real.

Alega-se violação aos arts. 2º; 5º, *caput*, XXXVI, LV, § 2º; 37, *caput*; 195, § 10º; 197; e 199, § 1º, todos da Constituição Federal.

2. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

3. Ambas as Turmas desta Corte firmaram o entendimento de que a discussão relativa ao reajuste das tabelas dos serviços prestados ao SUS não viabiliza o acesso ao recurso extraordinário. Decidiram que tais matérias são eminentemente infraconstitucionais e que sua revisão implicaria reexame de fatos e provas e de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de extraordinário (Súmulas STF 279 e 454).

Nesse sentido, cito: AI 587.608, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 06.08.2009; AI 671.310, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.05.2009; AI 725.790, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 29.06.2009; RE 593.467, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19.03.2009; AI 627.918, rel. Min. Menezes Direito, DJe 19.02.2008; RE 513.079, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 22.05.2009; AI 765.101, rel. Min. Carlos Britto, DJe 15.09.2009; AI 704.801, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31.03.2008; RE 429.067-AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJ 04.02.2005; e AI 656.062-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJe 12.03.2009.

4. Verifico que este Tribunal decidiu ser possível a aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral nos casos em que não há sequer matéria constitucional a ser discutida em recurso extraordinário, tendo em vista tratar-se de divergência solucionável

RE 602.324-RG / SC

pela aplicação da legislação federal. Cito o RE 584.608, de minha relatoria, o RE 583.747, rel. Min. Menezes Direito, o RE 598.363, rel. Min. Carlos Britto, e o RE 588.944, rel. Min. Cezar Peluso.

5. Assim, ante a impossibilidade do exame de matéria infraconstitucional em recurso extraordinário, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral de questão constitucional.

Brasília, 06 de outubro de 2009.


Ministra Ellen Gracie
Relatora

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 602.324 SANTA CATARINA**RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE****RECTE.(S) : UNIÃO****ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO****RECDO.(A/S) : SOCIEDADE BENEFICIENTE LAR DA FRATERNIDADE****ADV.(A/S) : ARCIDES DE DAVID E OUTRO(A/S)****PRONUNCIAMENTO****PADRÃO MONETÁRIO - CRUZEIRO
E REAL - PARÂMETROS - LEI Nº
9.069/95 - INOBSERVÂNCIA -
RECURSO EXTRAORDINÁRIO -
REPERCUSSÃO GERAL - SISTEMA
ÚNICO DE SAÚDE.**

1. A Assessoria bem retratou as balizas deste extraordinário:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 602.324/SC, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 16 de outubro de 2009, sexta-feira. As peças do processo foram disponibilizadas às 10 horas e 48 minutos do dia 19 de outubro de 2009.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região condenou a recorrente a pagar à recorrida as diferenças decorrentes da aplicação do fator de conversão diverso do previsto na Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1994, posteriormente convertida na Lei nº 9.069/1995, quando da mudança do padrão monetário de Cruzeiro Real para o Real. Por julgar necessária a observância da paridade entre a Unidade Real de Valor - URV e o Cruzeiro, teve por indevida a utilização do percentual fixado pelo Ministério da Saúde. A Corte limitou o pagamento às diferenças apuradas até novembro de 1999 e manteve os juros da mora fixados na sentença. Os declaratórios interpostos contra o acórdão foram desprovidos.

No extraordinário protocolado com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, articula-se com a transgressão dos artigos 2º, cabeça; 5º, cabeça e incisos XXXVI e LV; 37, cabeça; 195, § 10º; 197, cabeça, e 199, § 1º - todos da Constituição Federal. Aduz-se que o aumento dos repasses de recursos federais para Estados e Municípios, alterando a programação financeira do Tesouro Nacional, afronta a Lei de Diretrizes Orçamentárias e impossibilita o aumento dos tetos financeiros de assistência à saúde. Assevera-se a falta de

23

RE 602.324-RG / SC

prejuízo financeiro para o recorrido, pois os índices de desvalorização da moeda não geram direito à revisão automática dos valores das transferências. Sustenta-se: os artigos 197 e 199, § 1º, da Carta Política, por não serem autoaplicáveis, devem ser interpretados em conformidade com a Lei nº 9.069/95. Diz-se da competência do Conselho Nacional de Saúde para aprovar os critérios e valores das remunerações dos serviços prestados ao SUS.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta-se estar em jogo a segurança jurídica e os interesses coletivos indisponíveis, sendo evidente a gravidade da lesão econômica ao erário.

O recurso teve o trânsito obstado na origem. O agravo de instrumento interposto contra a decisão foi provido e convertido em extraordinário pela Ministra Ellen Gracie.

Eis o pronunciamento da relatora quanto à repercussão geral:

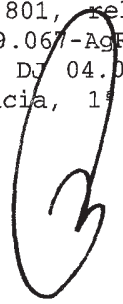
Trata-se de recurso extraordinário, alínea a, interposto contra acórdão que determinou o pagamento da correção das tabelas dos serviços prestados ao Sistema Único de Saúde - SUS, em virtude da implantação do Plano Real.

Alega-se violação aos arts. 2º; 5º, caput, XXXVI, LV, § 2º; 37, caput; 195, § 10º; 197; e 199, § 1º, todos da Constituição Federal.

2. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

3. Ambas as Turmas desta Corte firmaram o entendimento de que a discussão relativa ao reajuste das tabelas dos serviços prestados ao SUS não viabiliza o acesso ao recurso extraordinário. Decidiram que tais matérias são eminentemente infraconstitucionais e que sua revisão implicaria reexame de fatos e provas e de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de extraordinário (Súmulas STF 279 e 454).

Nesse sentido, cito: AI 587.608, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 06.08.2009; AI 671.310, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.05.2009; AI 725.790, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 29.06.2009; RE 593.467, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19.03.2009; AI 627.918, rel. Min. Menezes Direito, DJe 19.02.2008; RE 513.079, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 22.05.2009; AI 765.101, rel. Min. Carlos Britto, DJe 15.09.2009; AI 704.801, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31.03.2008; RE 429.067-AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 04.02.2005; e AI 656.062-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, unânime, DJe 12.03.2009.



RE 602.324-RG / SC

4. Verifico que este Tribunal decidiu ser possível a aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral nos casos em que não há sequer matéria constitucional a ser discutida em recurso extraordinário, tendo em vista tratar-se de divergência solucionável pela aplicação da legislação federal. Cito o RE 584.608, de minha relatoria, o RE 583.747, rel. Min. Menezes Direito, o RE 598.363, rel. Min. Carlos Britto, e o RE 588.944, rel. Min. Cezar Peluso.

5. Assim, ante a impossibilidade do exame de matéria infraconstitucional em recurso extraordinário, manifesto-me pela inexistência de repercussão geral de questão constitucional.

Brasília, 06 de outubro de 2009.

Ministra Ellen Gracie
Relatora

2. Surge o paradoxo. Após o indeferimento do trânsito do extraordinário na origem, a Ministra Ellen Gracie acolheu o pedido formulado em agravo de instrumento interposto pela União, convertendo, de imediato, os autos para, neles próprios, julgar o extraordinário. Então, a premissa somente poderia ser o envolvimento de tema constitucional na espécie, mas assim não assentou a relatora e acabou por confirmar a óptica do Juízo primeiro de admissibilidade, que serviria não para prover o agravo, e sim para desprovê-lo.

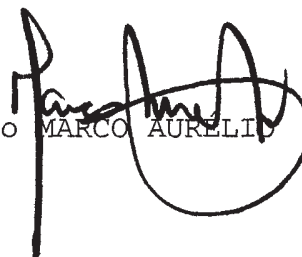
No mais, não há pronunciamento judicial capaz de ensejar o crivo do Supremo. O que decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região mostra-se baseado em interpretação de norma estritamente legal, a Lei nº 9.069/95.

3. Não existindo, no sistema referente à repercussão geral, campo para assinalar-se a inadequação do instituto, deve-se concluir pela falta de configuração.

4. Publiquem.

Brasília - residência -, 26 de outubro de 2009, às 16h15.

Ministro MARCO AURELIO



01/04/2010

TRIBUNAL PLENO

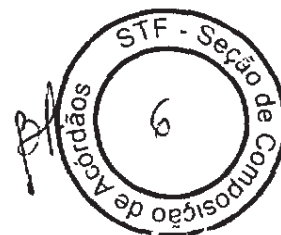
REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 605.533 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE. (S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS
GERAIS
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
MINAS GERAIS
RECDO. (A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO. (A/S) : ADRIANA AUXILIADORA REZENDE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS -
LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECUSA NA ORIGEM - Possui
repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do
Ministério Público para ajuizar ação civil pública com
objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos
a pessoas necessitadas.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão
geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros
Cezar Peluso e Eros Grau. Não se manifestaram os Ministros Cármen
Lúcia, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator



RECURSO EXTRAORDINÁRIO 605.533 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE. (S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROC. (A/S) (ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECDO. (A/S) : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
ADV. (A/S) : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
INTDO. (A/S) : **ADRIANA AUXILIADORA REZENDE**

PRONUNCIAMENTO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA -
FORNECIMENTO DE REMÉDIOS -
LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO - RECUSA NA ORIGEM -
RECURSO EXTRAORDINÁRIO -
REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.**

1. A Assessoria assim revelou as balizas do extraordinário:

Submeto a Vossa Excelência o tema objeto do Recurso Extraordinário nº 605.533/MG, para exame da oportunidade de incluir a matéria no sistema eletrônico da repercussão geral.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria de votos, mediante interpretação da Lei nº 7.357/1985 e do artigo 129, inciso III, da Carta da República¹, extinguiu ação civil pública mediante a qual o Ministério Público pretendia compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos a portadores de Hipotireoidismo e Hipocalcemia Severa. O Ministério Público não teria legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a entrega de medicamentos a pessoas determinadas. Por outro lado, a extensão da tutela jurisdicional a todos os portadores de Hipotireoidismo e Hipocalcemia Severa - conforme pleiteado - tornaria genérico o provimento jurisdicional, esbarrando nos artigos 286² e 460³ do Código de Processo Civil. No mérito, o pedido formulado no processo afrontaria o princípio da separação de poderes, por não ser atribuição do Poder Judiciário definir quais medicamentos devem ser disponibilizados



RE 605.533 / MG

pela Administração Pública. Os embargos de declaração interpostos contra o acórdão foram desprovidos.

No extraordinário interposto com alegada base na alínea 'a' do permissivo constitucional, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais articula com a ofensa aos artigos 2^o, 5^o, incisos LIV e LV⁵, 93, inciso IX⁶, 127⁷, 129, incisos II e III⁸, 196⁹ e 197¹⁰ da Constituição de 1988. Considera nulo o acórdão mediante o qual julgados os embargos declaratórios, ante a ausência de manifestação do Tribunal sobre omissões existentes no acórdão do agravo de instrumento. Evocando os artigos 127 e 129, inciso II, da Lei Maior, discorre sobre a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos interesses individuais indisponíveis. Argumenta que o caráter genérico do pedido formulado na ação civil pública - a entrega de medicamentos a todos os portadores de Hipotireoidismo e Hipocalcemia - é característica do direito coletivo, mostrando-se despropositada a extinção do processo por suposta violação aos artigos 286 e 460 do Código de Processo Civil. Menciona precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dispositivos da Lei Complementar n^o 75/93 e das Leis n^o 7.347/85 e 8.625/93. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, diz competir ao Estado como um todo - não apenas ao Poder Executivo - cuidar da saúde das pessoas carentes.

Sob o ângulo da repercussão geral, sustenta a existência de conflito entre o entendimento firmado na origem e a jurisprudência do Supremo.

O Primeiro Vice-Presidente da Corte de origem admitiu o recurso.

O Superior Tribunal de Justiça conheceu parcialmente do recurso especial interposto pelo Ministério Público, negando provimento ao inconformismo na parte conhecida.

Brasília, 25 de fevereiro de 2010.

2. Está-se a ver a importância da matéria no que, ao primeiro exame, envolve não o individual, não o subjetivo delimitado, mas interesses difusos e coletivos. Não é demais afirmar ser a saúde direito de todos e dever do Estado, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal. Tenha-se presente competir ao Ministério Público, no âmbito das funções institucionais a serem desenvolvidas, promover o inquérito e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, além do patrimônio público e social e do meio ambiente.

Cumpra ao Supremo definir se, na espécie - em que se busca compelir o Estado de Minas Gerais a proceder à entrega de remédios a portadores de certas doenças -, o Ministério Público tem, ou não, legitimidade para a ação civil pública, valendo notar que se mostraram indeterminados os indivíduos que necessitam dos medicamentos.



RE 605.533 / MG

3. A todos os títulos, admito a repercussão geral do tema, cuja base maior é, iniludivelmente, a Carta Federal.
4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.
5. Publiquem.

Brasília - residência -, 26 de fevereiro de 2010, às 16h.


Ministro MARCO AURELIO
Relator

¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].

² Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973).

³ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994).

⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

RE 605.533 / MG

⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...].

⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

RE 605.533 / MG

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.



13/08/2010

TRIBUNAL PLENO

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.582 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECDO.(A/S) : MARINA CAROLINA MORAIS PAZ
ADV.(A/S) : ELISANDRA BECKER

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro Eros Grau.


Ministra Ellen Gracie
Relatora



**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
607582**

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal contra acórdão que determinou o bloqueio das contas públicas para assegurar o adimplemento de obrigação de fornecimento de medicamentos.

2. O recorrente alega violação aos arts. 100, § 2º, e 167, II e VII, da Constituição Federal.

Sustenta que o bloqueio de verbas públicas com o fim de assegurar o direito à saúde e à vida não está previsto no art. 100, § 2º, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito no caso de quebra da ordem de preferência somente na fase executória.

Afirma que o seqüestro de verbas públicas provoca um desequilíbrio orçamentário, o que viola o art. 167, II e VII, da Constituição Federal.

3. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

A questão versada no presente apelo extremo possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil. É que o assunto interfere nas receitas públicas, alcançando, certamente, grande número de interessados.

Ressalte-se que, com o reconhecimento da existência da repercussão geral da matéria, deve ser aplicado o regime legal previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil, conforme procedimento já apreciado por esta Corte no julgamento das Questões de Ordem no RE 579.431, no RE 580.108 e no RE 582.650, todos de minha relatoria.

Ademais, verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Cito os seguintes julgados: AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008.

Desse modo, entendo que, com o reconhecimento da existência da repercussão geral e havendo entendimento consolidado da matéria, os Tribunais de origem e as Turmas Recursais podem, desde logo, com fundamento no § 3º do citado art. 543-B, aplicar a citada orientação anteriormente firmada por este Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, dada a pacificação de entendimento, entendo não ser necessária apreciação pelo Plenário desta Corte, possibilitando o julgamento monocrático deste recurso, nos termos do art. 325, *caput*, do RISTF, e, ainda, a aplicação dessa orientação pelos tribunais de origem.

4. Ante o exposto, manifesto-me pela ratificação da jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto discutido no presente recurso extraordinário e pela existência de repercussão geral da matéria, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Brasília, 16 de março de 2010.



Ministra Ellen Gracie

Relatora

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 607.582 RIO GRANDE DO SUL**PRONUNCIAMENTO****SAÚDE – SEQUESTRO DE VALORES –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
TRANCADO – AGRAVO PROVIDO –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.****1. A Assessoria prestou as seguintes informações:**

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 607.582/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 25 de junho de 2010, sexta-feira.

A 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 70018714022, sob o fundamento de que a prevalência do direito à saúde autoriza o bloqueio judicial de verbas públicas, tendo em vista a urgência que a medida requer.

No extraordinário interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Estado do Rio Grande do Sul articula com a ofensa ao artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal.

Sustenta que o artigo 100, § 2º, da Constituição Federal não autoriza que o Poder Judiciário determine o sequestro de verbas públicas, nem dispensa a observância da ordem de apresentação dos pedidos para as requisições de pequeno valor, limitando as possibilidades de sequestro a situações extremas.

Quanto à repercussão geral, aduz que a decisão atacada pode gerar sérios prejuízos às finanças estatais, dificultando ou impossibilitando a atuação estatal em outras searas.

A recorrida apresentou contrarrazões, nas quais alega que compete ao

RE 607.582 RG / RS

Estado cumprir a efetivação de políticas públicas aptas a prover um eficaz e rápido atendimento aos cidadãos. Assevera que os recursos estatais foram devidamente prestados e consumidos, descabendo o conhecimento do extraordinário.

O extraordinário não foi admitido na origem.

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs agravo de instrumento. A relatora determinou a subida dos autos para melhor exame do extraordinário.

A Ministra Ellen Gracie pronunciou-se nos seguintes termos:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
607582

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Federal contra acórdão que determinou o bloqueio das contas públicas para assegurar o adimplemento de obrigação de fornecimento de medicamentos.

2. O recorrente alega violação aos arts. 100, § 2º, e 167, II e VII, da Constituição Federal.

Sustenta que o bloqueio de verbas públicas com o fim de assegurar o direito à saúde e à vida não está previsto no art. 100, § 2º, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito no caso de quebra da ordem de preferência somente na fase executória.

Afirma que o seqüestro de verbas públicas provoca um desequilíbrio orçamentário, o que viola o art. 167, II e VII, da Constituição Federal.

3. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

A questão versada no presente apelo extremo possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil. É que o assunto interfere nas receitas públicas, alcançando, certamente, grande número de interessados.

Ressalte-se que, com o reconhecimento da existência da repercussão geral da matéria, deve ser aplicado o regime legal previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil, conforme procedimento já apreciado por esta Corte no julgamento das Questões de Ordem no RE 579.431, no RE 580.108 e no RE 582.650, todos de minha relatoria.

RE 607.582 RG / RS

Ademais, verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Cito os seguintes julgados: AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008.

Desse modo, entendo que, com o reconhecimento da existência da repercussão geral e havendo entendimento consolidado da matéria, os Tribunais de origem e as Turmas Recursais podem, desde logo, com fundamento no § 3º do citado art. 543-B, aplicar a citada orientação anteriormente firmada por este Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, dada a pacificação de entendimento, entendo não ser necessária apreciação pelo Plenário desta Corte, possibilitando o julgamento monocrático deste recurso, nos termos do art. 325, caput, do RISTF, e, ainda, a aplicação dessa orientação pelos tribunais de origem.

4. Ante o exposto, manifesto-me pela ratificação da jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto discutido no presente recurso extraordinário e pela existência de repercussão geral da matéria, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Brasília, 16 de março de 2010.

Ministra Ellen Gracie
Relatora

2. Evidencia-se a relevância do tema de fundo. Muito embora sejam reiteradas as decisões da Corte no sentido da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, há de julgar-se a matéria sob o ângulo da repercussão geral.

3. Tal como fez a relatora, Ministra Ellen Gracie, pronuncio-me pela configuração da repercussão geral.

4. Ao Gabinete, para acompanhar o incidente.

RE 607.582 RG / RS

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 8 de julho de 2010, às 12h10.

Ministro MARCO AURÉLIO

16/09/2010

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.963 PARANÁ

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: BLANDINA PEREIRA DIAS
ADV.(A/S)	: HÉLDER MASQUETE CALIXTI E OUTRO(A/S)

Recurso extraordinário. Benefício assistencial ao idoso (art. 203, V, da Constituição Federal). Discussão sobre critério utilizado para aferir a renda mensal *per capita* da família da requerente. Alegação de inconstitucionalidade de interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003. Tema que alcança relevância econômica, política, social e jurídica e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Repercussão geral reconhecida.

16/09/2010

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.963 PARANÁ

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: BLANDINA PEREIRA DIAS
ADV.(A/S)	: HÉLDER MASQUETE CALIXTI E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Cezar Peluso. Não se manifestaram as Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

Ministro GILMAR MENDES
Relator

16/09/2010

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.963 PARANÁ

M A N I F E S T A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alíneas a e b do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Juizado Especial Federal do Paraná que negou provimento à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para manter a sentença que concedeu à parte autora o benefício assistencial de prestação continuada ao idoso, previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal.

Em razões recursais (fls. 82/97), o instituto autárquico insurge-se contra o critério utilizado no acórdão recorrido para aferir a renda mensal per capita da família da autora. Sustenta que - diante da objetividade do art. 20 da Lei 8.742/93 - é defeso ao intérprete auferir a efetiva necessidade do auxílio no caso concreto.

Ainda em razões recursais, afirma-se que a situação descrita no artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03 comporta somente interpretação restritiva. No entender do INSS, a lei permite que seja deduzido da renda total da família tão somente benefício assistencial concedido a outro idoso. Repele, então, qualquer interpretação extensiva à hipótese excepcional criada pelo legislador, sob pena de afronta aos princípios da legalidade, da independência dos Poderes e da reserva legal (art. 2º, art. 44, caput, art. 48, caput, art. 59, III e art. 203, V, da Constituição Federal).

RE 580.963 RG / PR

Ademais, o INSS conclui que os critérios inovadores do acórdão recorrido configuram ofensa ao princípio da fonte de custeio total (art. 195, § 5º, da Constituição), porque ampliam as hipóteses de concessão do benefício assistencial, sem indicar a correspondente fonte de custeio.

Por derradeiro, a autarquia afirma que o acórdão recorrido diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colacionando decisões desta Corte.

Contrarrazões, às fls. 74, que invocam o óbice da Súmula 279/STF.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal a quo (fl. 79). O Ministro Cezar Peluso, então relator, deu provimento ao agravo de instrumento interposto (fls. 02/12), para convertê-lo neste recurso extraordinário (fl. 83).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso (fl. 93).

Submeto a matéria ao Plenário virtual para que sejam aplicados os efeitos legais da repercussão geral.

A questão a ser analisada refere-se à possibilidade de se interpretar extensivamente o artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03. Em suma, discute-se se é devido ou não - para os fins do cálculo da renda familiar mencionada na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) - o cômputo do benefício previdenciário já concedido a idoso, do benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou de qualquer outra situação não contemplada expressamente no Estatuto do Idoso.

Revela-se, portanto, que o tema alcança relevância econômica, política, social e jurídica e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

Assim, manifesto-me pela existência da repercussão

RE 580.963 RG / PR

geral.

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.963 PARANÁ

PRONUNCIAMENTO

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL – PESSOA IDOSA – VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR INTEGRANTE DO NÚCLEO FAMILIAR – RENDA *PER CAPITA* – ALCANCE DO TEXTO CONSTITUCIONAL – AFASTAMENTO NA ORIGEM DO BENEFÍCIO PARA CÁLCULO DA RENDA FAMILIAR – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 580.963/PR, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 19 horas e 50 minutos do dia 27.8.2010.

A Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná, no julgamento do Processo nº 2005.70.15.005122-0/PR, manteve sentença mediante a qual o INSS foi condenado a conceder benefício assistencial de amparo à pessoa idosa, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição da República. Segundo o entendimento, os benefícios de valor mínimo recebidos por idoso integrante do núcleo familiar deveriam ser excluídos do cálculo da renda familiar *per capita* ao qual faz referência o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

No extraordinário interposto com alegada base nas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional, o recorrente articula com a ofensa aos artigos 2º, cabeça; 44, cabeça; 48, cabeça; 59, inciso III ; 195, § 5º, e 203, inciso V, da Carta Política.

RE 580.963 RG / PR

Assevera estar o critério, para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada no valor de um salário mínimo ao portador de deficiência e ao idoso, fixado objetivamente no § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, motivo pelo qual não poderia o magistrado valer-se de outro referencial não previsto, sob pena de atuar como legislador positivo, prática vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Afirma que o artigo 34 da Lei nº 10.741/03, ao excluir do cálculo da renda familiar *per capita* os benefícios de natureza assistencial concedidos aos idosos, preveria uma exceção, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente.

Por fim, sustenta a impossibilidade de criação, concessão ou majoração de benefício assistencial sem a correspondente fonte de custeio, nos termos do artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, tendo em vista o princípio do equilíbrio atuarial do sistema.

Sob o ângulo da repercussão geral, diz estar em causa matéria relevante do ponto de vista econômico e social, haja vista o grande número de segurados que se encontra na mesma situação, inexistindo fonte de custeio nem previsão orçamentária para citado benefício. A importância jurídica estaria no risco do efeito multiplicador, caso a decisão recorrida seja mantida.

A recorrida, nas contrarrazões, aduz, em síntese, incidir o óbice do Verbete nº 279 da Súmula do Supremo, porquanto, no ato impugnado, reconheceu-se que tem direito ao benefício por não possuir rendimentos ou outros meios capazes de garantir a própria subsistência.

Diante da inadmissão do extraordinário na origem, foi interposto agravo de instrumento, provido pelo então relator, Ministro Cezar Peluso.

RE 580.963 RG / PR

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso extraordinário e, no mérito, pelo desprovimento.

Eis o pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes acerca da repercussão geral:

Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alíneas a e b do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Juizado Especial Federal do Paraná que negou provimento à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para manter a sentença que concedeu à parte autora o benefício assistencial de prestação continuada ao idoso, previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal.

Em razões recursais (fls. 82/97), o instituto autárquico insurge-se contra o critério utilizado no acórdão recorrido para aferir a renda mensal per capita da família da autora. Sustenta que - diante da objetividade do art. 20 da Lei 8.742/93 - é defeso ao intérprete auferir a efetiva necessidade do auxílio no caso concreto.

Ainda em razões recursais, afirma-se que a situação descrita no artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03 comporta somente interpretação restritiva. No entender do INSS, a lei permite que seja deduzido da renda total da família tão somente benefício assistencial concedido a outro idoso. Repele, então, qualquer interpretação extensiva à hipótese excepcional criada pelo legislador, sob pena de afronta aos princípios da legalidade, da independência dos Poderes e da reserva legal (art. 2º, art. 44, caput, art. 48, caput, art. 59, III e art. 203, V, da Constituição Federal).

Ademais, o INSS conclui que os critérios inovadores

RE 580.963 RG / PR

do acórdão recorrido configuram ofensa ao princípio da fonte de custeio total (art. 195, § 5º, da Constituição), porque ampliam as hipóteses de concessão do benefício assistencial, sem indicar a correspondente fonte de custeio.

Por derradeiro, a autarquia afirma que o acórdão recorrido diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colacionando decisões desta Corte.

Contrarrazões, às fls. 74, que invocam o óbice da Súmula 279/STF.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal a quo (fl. 79). O Ministro Cezar Peluso, então relator, deu provimento ao agravo de instrumento interposto (fls. 02/12), para convertê-lo neste recurso extraordinário (fl. 83).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso (fl. 93).

Submeto a matéria ao Plenário virtual para que sejam aplicados os efeitos legais da repercussão geral.

A questão a ser analisada refere-se à possibilidade de se interpretar extensivamente o artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03. Em suma, discute-se se é devido ou não - para os fins do cálculo da renda familiar mencionada na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) - o cômputo do benefício previdenciário já concedido a idoso, do benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou de qualquer outra situação não contemplada expressamente no Estatuto do Idoso.

Revela-se, portanto, que o tema alcança relevância econômica, política, social e jurídica e que ultrapassa os

RE 580.963 RG / PR

interesses subjetivos da causa.

Assim, manifesto-me pela existência da repercussão geral.

2. Conforme admitido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, a matéria extravasa os limites das balizas subjetivas do processo, podendo estar versada em um sem número de casos. Envolve tema de envergadura constitucional. Defina-se o alcance da Carta da República mediante dicção do guardião maior, ou seja, o Supremo.

3. Admito a repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 8 de setembro de 2010, às 13h15.

Ministro MARCO AURÉLIO

09/12/2010

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.064 RIO DE JANEIRO

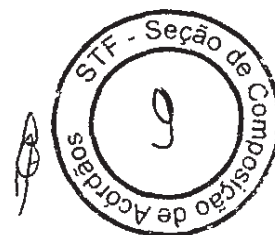
RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(s) : **IRMANDADE DO HOSPITAL DE NOSSA SENHORA DAS DORES**
ADV.(A/S) : **AUREANE RODRIGUES DA SILVA E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL FEDERAL**
INTDO.(A/S) : **SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES DE CURITIBA LTDA - UNIMED CURITIBA**
ADV.(A/S) : **FÁBIO ARTIGAS GRILLO E OUTRO(A/S)**

Recurso Extraordinário. Administrativo. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Ministro GILMAR MENDES

Relator



REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.064 RIO DE JANEIRO**Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 597.064/RJ**

Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, "a", da Constituição Federal, em face de acórdão do TRF-2, que negou provimento à apelação da Irmandade do Hospital Nossa Senhora das Dores, por alegada violação dos arts. 5º, II, XXXVI, LV; 154, I c/c 195, § 4º; 196 e 199 da Carta Magna.

No caso, o tribunal *a quo* manteve a sentença que declarou legal o débito cobrado a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), em decorrência de despesas referentes a atendimentos prestados aos beneficiários de seus planos de saúde pelas entidades, públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas pelo SUS, tendo como fundamento o art. 32 da Lei 9.656/98.

Em síntese, a recorrente, operadora de plano de saúde, alega a inconstitucionalidade do referido artigo 32 da Lei 9.656/98, sustentando que a participação das operadoras privadas de plano de saúde é de caráter suplementar, dado que o dever primário de assegurar o acesso à saúde é atribuído pela Constituição aos entes políticos que compõem a organização federativa brasileira. Ademais, argumenta que a imposição legal de ressarcimento ao SUS pelos gastos que tiver com atendimento dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde interfere na livre iniciativa assegurada pelo artigo 199 da Constituição. Além disso, a recorrente aduz que a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social só pode se dar por intermédio de lei complementar e que a aplicação do artigo 32 da Lei 9.656/98 aos contratos firmados antes da sua vigência viola o princípio da irretroatividade das leis.

A questão a ser analisada refere-se à constitucionalidade da exigência legal de ressarcimento ao SUS pelos custos com o atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde, prevista no artigo

RE 597.064 RG / RJ

32 da Lei 9.656/98.

Destaque-se que a presente controvérsia constitucional foi apreciada, em sede cautelar, na ADI-MC 1931/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 28.5.2004.

Submeto a matéria ao Plenário Virtual, a fim de que sejam aplicados os efeitos legais da repercussão geral.

Entendo configurada a relevância social, econômica e jurídica da matéria, uma vez que a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas este recurso específico, mas todos os processos em que se discute o ressarcimento ao SUS.

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.064 RIO DE JANEIRO

PRONUNCIAMENTO

**PLANO DE SAÚDE – USUÁRIO –
ATENDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO
DE SAÚDE – REEMBOLSO
RECONHECIDO NA ORIGEM –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.**

1. A Assessoria assim revelou as balizas deste recurso extraordinário:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 597.064/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 21 horas e 26 minutos do dia 19 de novembro de 2010, sexta-feira.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento à Apelação nº 387.583/RJ. Afastou a alegação de ofensa aos artigos 194, 196 e 199 da Carta Federal e manteve sentença na qual se assentou a constitucionalidade da cobrança relativa ao ressarcimento pelos planos privados de assistência à saúde ao Sistema Único de Saúde – SUS, tendo em vista o atendimento prestado por instituições públicas ou privadas, integrantes do referido sistema, aos beneficiários dos mencionados planos privados.

Proclamou, preliminarmente, a insubsistência da articulação acerca da nulidade da sentença, entendendo que a questão atinente à inconstitucionalidade do artigo 32 e parágrafos da Lei nº 9.656/98 e dos atos normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi devidamente enfrentada pelo órgão julgador, em embargos declaratórios.

RE 597.064 RG / RJ

Quanto ao tema de fundo, ressaltou ser pacífica a jurisprudência neste Tribunal no sentido da constitucionalidade do mencionado diploma. Aludindo ao julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931-8/DF, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, afirmou ter o Supremo adotado entendimento expresse sobre o tema.

Anotou estar-se diante de “implementação de política pública por meio da qual se visa, justamente, conferir efetividade à norma programática do artigo 196 da Constituição Federal”. Assentou caracterizar tal situação, ante o artigo 32 da Lei nº 9.656/98, a busca pela correção da “distorção consubstanciada na onerosidade imposta ao Estado em decorrência do atendimento que presta a indivíduos que, a despeito de serem beneficiários de planos de assistência à saúde, utilizam-se dos serviços de saúde do Estado”.

No mais, entendeu que o ressarcimento ao SUS pelos planos de saúde possui natureza meramente restitutória, não sendo o caso de tributo, mas de “mera recomposição do patrimônio público”, uma vez ter o legislador pretendido evitar que “as operadoras de planos privados de assistência à saúde acabem por obter um acréscimo patrimonial sem a respectiva causa, acréscimo esse resultante da comercialização dos planos privados de saúde aliada à omissão no que diz respeito ao atendimento aos contratados”. Entendeu não se poder considerar o ressarcimento em tela como intervenção do Estado na iniciativa privada, sendo legítimas as resoluções expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, ante o fato de o poder normativo da agência encontrar-se previsto na própria Lei nº 9.656/98.

No extraordinário interposto com alegado fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, a Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores articula com a ofensa aos artigos 5º, incisos II, XXXVI e LV, 196, 199, 195, § 4º, combinado

RE 597.064 RG / RJ

com os artigos 154, inciso I, 197 e 198, § 1º, da Carta Federal. Assevera ter como atividade social a operação de planos privados de assistência à saúde, estando sujeita à Lei nº 9.656/98.

Afirma ser a “atividade de saúde” predominantemente estatal, revelando-se dever do Estado “prover a saúde dos cidadãos brasileiros”. Salaria o caráter complementar e suplementar da atividade das prestadoras privadas de serviço de saúde, argumentando que, “nos locais onde a prestação de serviços oferecida pelo Estado não seja suficiente, poderá a pessoa jurídica de direito privado, através de contratos ou convênios firmados com as entidades governamentais, disponibilizar os seus serviços de atendimento à saúde à população e o Estado, por sua vez, remunerará tais entidades pela prestação dos referidos serviços”.

Destaca ter o ressarcimento em tela o caráter de intervenção na iniciativa privada. Defende a necessidade de lei complementar para impor obrigação aos planos privados de assistência à saúde, argumentando tratar-se, no caso, de verdadeira contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social.

Alega a impossibilidade de resoluções versarem a matéria. Discorre acerca de abusos no tocante ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde bem como aponta vulnerado o princípio do devido processo legal nos processos administrativos relativos às impugnações das cobranças do ressarcimento ao SUS. Por fim, articula com a inviabilidade de a referida lei alcançar atendimentos prestados a beneficiários de planos privados firmados anteriormente ao início da vigência da Lei nº 9.656/98.

Relativamente à repercussão geral, afirma ser a discussão do interesse das operadoras de plano de saúde bem como dos

RE 597.064 RG / RJ

consumidores e da Agência Nacional de Saúde Suplementar, com relevância nos campos social, econômico e jurídico.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, nas contrarrazões, alega a constitucionalidade do ressarcimento.

O extraordinário foi admitido na origem.

Eis o pronunciamento do relator acerca da repercussão geral:

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal em face de acórdão do TRF-2 que negou provimento a apelação da Irmandade do Hospital Nossa Senhora das Dores, por alegada violação dos arts. 5º, II, XXXVI, LV; 154, I c/c 195, §4º; 196 e 199 da Carta Magna.

No caso, o tribunal *a quo* manteve a sentença que declarou legal o débito cobrado a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), em decorrência de despesas referentes a atendimentos prestados aos beneficiários de seus planos de saúde, pela entidades públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas pelo SUS, tendo como fundamento o art. 32 da Lei 9.656/98.

Em síntese, a recorrente, operadora de plano de saúde, alega a inconstitucionalidade do referido artigo 32 da Lei 9.656/98, sustentando que a participação das operadoras privadas de plano de saúde é de caráter suplementar, dado que o dever primário de assegurar o acesso à saúde é atribuído pela Constituição aos entes políticos que compõem a organização federativa brasileira. Ademais, argumenta-se que a imposição legal de ressarcimento ao SUS pelos gastos que tiver com

RE 597.064 RG / RJ

atendimento dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde interfere na livre iniciativa privada assegurada pelo artigo 199 da Constituição. Além disso, a recorrente aduz que a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social só pode se dar por intermédio de lei complementar e que a aplicação do artigo 32 da Lei 9.656/98 aos contratos firmados antes da sua vigência viola o princípio da irretroatividade das leis.

A questão a ser analisada refere-se à constitucionalidade da exigência legal de ressarcimento ao SUS pelos custos com o atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde, prevista no artigo 32 da Lei 9.656/98.

Destaque-se que a presente controvérsia constitucional foi apreciada, em sede cautelar, na ADI-MC 1931/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 28.5.2004.

Submeto a matéria ao Plenário Virtual, afim de que sejam aplicados os efeitos legais da repercussão geral.

Entendo configurada a relevância da social, econômica e jurídica da matéria, uma vez que a solução a ser definida por este tribunal balizará não apenas este recurso específico, mas todos os processos em que se discute o ressarcimento ao SUS.

2. A saúde é direito de todos e dever do Estado. Surgem diversas as obrigações conforme decorrentes do disposto no artigo 196 da Constituição Federal ou de relação jurídica cujas balizas subjetivas envolvem o plano de saúde e o contratante. Cabe ao Supremo elucidar o alcance da Carta da República sobre a matéria e dizer se, cumprindo o Estado o dever previsto no citado artigo 196, sendo o beneficiário detentor de plano de saúde, pode vir a cobrar deste último o serviço

RE 597.064 RG / RJ

prestado.

Ao lado disso, há a problemática alusiva ao princípio da legalidade. Agências regulamentadoras não se substituem ao Congresso Nacional. Agências regulamentadoras, conforme a nomenclatura, têm a atribuição de regulamentar e não de normatizar no campo abstrato e autônomo, submetendo-se as atividades desenvolvidas à medula do Estado Democrático de Direito, que é a legalidade. Na Turma, busquei levar o tema ao Colegiado, no processo próprio, no que julgado recurso cuja apreciação é sumária, o agravo regimental, tendo, no entanto, ficado vencido. Já agora, vejo que o pensamento sobre a envergadura da matéria não é isolado. Trata-se, sim, de situação jurídico-constitucional que pode repetir-se em um sem número de processos.

3. Tal como fez o relator, manifesto-me no sentido da necessidade de haver o pronunciamento do Supremo.

4. À Assessoria, para acompanhar o incidente relativo à repercussão geral, em boa hora provocado pelo Ministro Gilmar Mendes.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 26 de novembro de 2010, às 13h.

Ministro MARCO AURÉLIO

17/02/2011

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
RECTE.(s) : **ANDERSON NUNES DA SILVA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**
RECDO.(A/S) : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL.

Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.



Ministro AYRES BRITTO
Relator

17/02/2011**PLENÁRIO****REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**

Cuida-se de recurso extraordinário, interposto por Anderson Nunes da Silva, com base na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Acórdão que ficou assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES REPARAÇÃO POR DANO MORAL
SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA ATO OMISSIVO DO ESTADO EM
GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO RESPONSABILIDADE
APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL
RAZOABILIDADE IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO
INDENIZAÇÃO INDEVIDA RECURSO PROVIDO.

2. Pois bem, o recorrente sustenta, preliminarmente, a presença da repercussão geral da questão constitucional discutida. No mérito, afirma que a decisão recorrida violou os incisos III e X do art. 5º, bem como o § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

3. Feito este resumo dos acontecimentos, passo a me manifestar. De saída, relembro que, no julgamento do RE 592.581-RG, esta nossa Corte reconheceu a presença da repercussão geral na questão alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de que se garanta a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos por ele custodiados. Em sua manifestação, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou que a solução da controvérsia poderia ensejar relevante impacto financeiro em face dos limites orçamentários dos entes federativos.

RE 580.252 RG / MS

4. Ora, no caso dos autos, também estão em debate os limites orçamentários do Estado. Porém, neste processo a chamada cláusula da reserva financeira do possível se contrapõe à pretensão do recorrente de obter indenização moral [...] em razão de ser submetido a tratamento desumano e degradante em face da excessiva população carcerária verificada nos presídios estaduais.

5. Presente essa moldura, tenho que a questão constitucional debatida na causa ultrapassa os interesses das partes e é relevante sob os pontos de vista econômico, político, social e jurídico.

Com estas breves considerações, manifesto-me pela presença do requisito da repercussão geral e submeto a matéria ao conhecimento dos demais ministros desta Suprema Corte (art. 323 do RI).

Brasília, 17 de dezembro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL**PRONUNCIAMENTO**

PRESO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO – DANOS – INDENIZAÇÃO – RESERVA DO POSSÍVEL ADMITIDA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – ADMISSÃO.

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 13 horas e 10 minutos do dia 17 de dezembro de 2010.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no julgamento dos Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.003179-7/0001-01, decidiu não ser devida indenização por danos morais em decorrência de superlotação carcerária e da falta de condições mínimas de saúde e higiene no estabelecimento penal. Segundo o entendimento, apesar de comprovadas as condições precárias do presídio e de ser assegurado ao preso o direito fundamental de ver garantida a integridade física e a psíquica quando do cumprimento da pena, as melhorias no sistema carcerário dependeriam da implantação de políticas públicas e, conseqüentemente, da disponibilidade de verba orçamentária para citadas obras. Consignou mostrar-se correta, dessa forma, a aplicação da teoria da reserva do possível bem como do princípio da razoabilidade, porquanto incumbiria ao ente público desfalcado de verba suficiente sopesar as necessidades públicas e, mediante o poder discricionário, utilizar os recursos nas mais urgentes e importantes. Ademais, assentou, ainda que

RE 580.252 RG / MS

demonstrados a conduta omissiva do Estado, o dano causado e o nexo causal, descaberia o pagamento de indenização para os diversos presos na mesma situação, tendo em vista que haveria enorme dano na distribuição do orçamento público, prejudicando outros setores da administração estatal.

O acórdão encontra-se assim ementado:

**EMBARGOS INFRINGENTES –
REPARAÇÃO POR DANO MORAL –
SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – ATO
OMISSIVO DO ESTADO EM
GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA
DO PRESO – RESPONSABILIDADE –
APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESERVA
DO POSSÍVEL – RAZOABILIDADE –
IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA
DO ESTADO – INDENIZAÇÃO
INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.**

Não foram interpostos embargos declaratórios.

No extraordinário protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente articula com a ofensa aos artigos 5º, incisos III, X e XLIX e 37, § 6º, da Carta Política. Aduz ser a responsabilidade do Estado objetiva, porquanto a omissão estatal estaria causando ao recorrente sofrimento incompatível com a pena que vem cumprindo. Diz do tratamento desumano e degradante dentro do estabelecimento prisional mantido pelo ente público, circunstância configuradora de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assevera não se poder admitir a aplicação da teoria da reserva do possível por revelar-se dever do ente público construir novos presídios, com condições dignas de sobrevivência, de modo a melhorar a vida dos

RE 580.252 RG / MS

internos, motivo pelo qual, segundo afirma, deveria existir uma política prisional e um planejamento orçamentário para executá-la. Por fim, sustenta ter o Estado reconhecido a situação precária do sistema prisional de forma expressa por meio de ato do Governador e, ainda assim, haver permanecido inerte.

Sob o ângulo da repercussão geral, aponta estar em causa matéria que transcende o interesse das partes, por tratar-se de violação do direito fundamental da dignidade da pessoa humana bem como de tratamento degradante e desumano de presos, motivado pela excessiva população carcerária. Tal tema seria relevante do ponto de vista econômico, pois a decisão do Supremo iria repercutir em todos os entes da Federação.

O Estado de Mato Grosso do Sul, intimado, não apresentou contrarrazões.

O extraordinário não foi admitido na origem.

O agravo de instrumento interposto contra a decisão foi provido e, posteriormente, convertido em extraordinário mediante ato do Ministro Carlos Ayres Britto.

Eis o pronunciamento do relator acerca da repercussão geral:

Cuida-se de recurso extraordinário, interposto por Anderson Nunes da Silva, com base na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Acórdão que ficou assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES REPARAÇÃO
POR DANO MORAL SUPERLOTAÇÃO
CARCERÁRIA ATO OMISSIVO DO ESTADO EM
GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO

RE 580.252 RG / MS

RESPONSABILIDADE APLICAÇÃO DA TEORIA
DA RESERVA DO POSSÍVEL RAZOABILIDADE
IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO
ESTADO INDENIZAÇÃO INDEVIDA RECURSO
PROVIDO.

2. Pois bem, o recorrente sustenta, preliminarmente, a presença da repercussão geral da questão constitucional discutida. No mérito, afirma que a decisão recorrida violou os incisos III e X do art. 5º, bem como o § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

3. Feito este resumo dos acontecimentos, passo a me manifestar. De saída, relembro que, no julgamento do RE 592.581-RG, esta nossa Corte reconheceu a presença da repercussão geral na questão alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de que se garanta a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos por ele custodiados. Em sua manifestação, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou que a solução da controvérsia poderia ensejar relevante impacto financeiro em face dos limites orçamentários dos entes federativos.

4. Ora, no caso dos autos, também estão em debate os limites orçamentários do Estado. Porém, neste processo a chamada cláusula da reserva financeira do possível se contrapõe à pretensão do recorrente de obter indenização moral [...] em razão de ser submetido a tratamento desumano e degradante em face da excessiva população carcerária verificada nos presídios estaduais.

5. Presente essa moldura, tenho que a questão constitucional debatida na causa ultrapassa os interesses das partes e é relevante sob os pontos de vista econômico,

RE 580.252 RG / MS

político, social e jurídico.

Com estas breves considerações, manifesto-me pela presença do requisito da repercussão geral e submeto a matéria ao conhecimento dos demais ministros desta Suprema Corte (art. 323 do RI).

Brasília, 17 de dezembro de 2010.

Ministro AYRES BRITTO

Relator

2. Vem-nos da Constituição Federal, como verdadeiro princípio ligado à dignidade do homem, o dever do Estado de preservar o respeito à integridade física e moral do preso – inciso XLIX do artigo 5º. Grande veículo de comunicação – Rede Globo, mediante os programas Fantástico e Bom Dia Brasil – escancarou as precárias condições das penitenciárias brasileiras. Ora, descabe tomar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocar em segundo plano a Carta da República. No mais, a situação jurídica versada no extraordinário extravasa o campo subjetivo do processo em que proferido o acórdão impugnado. Cumpre ao Supremo, como guardião-maior da Lei Fundamental, pronunciar-se sobre a matéria, tal como admitiu o relator, Ministro Ayres Britto.

3. Concluo pela configuração da repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 7 de fevereiro de 2011, às 19h45.

Ministro MARCO AURÉLIO

07/04/2011

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.852 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S) : UNIMED - COOPERATIVA DE SERVIÇOS DE SAÚDE DOS
VALES DO TAQUARI E RIO PARDO.LTDA
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO DO NASCIMENTO MARTINS E
OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : VARNA ROHSIG
ADV.(A/S) : LUCIANO ALMEIDA

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.



Ministra ELLEN GRACIE
Relatora

07/04/2011**PLENÁRIO****REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.852 RIO GRANDE DO SUL**

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.852

1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, a, da Constituição Federal interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte (fl. 153):

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. PREVISÃO CONTRATUAL. AUMENTO DE 50%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA LEI 9.656/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema dos planos de saúde: o consumidor e o idoso. Disto resultam alguns efeitos no âmbito do direito privado, destacam-se uma comprometida interpretação da lei e das cláusulas contratuais e um maior rigor no controle de cláusulas abusivas.

2. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada.

2. A recorrente sustenta que a aplicação da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) a contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor viola o art. 5º, XXXVI (ato jurídico perfeito).

3. Observados os demais requisitos de

RE 630.852 RG / RS

admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

Verifico que a questão versada neste apelo extremo possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil. É que o assunto alcança, certamente, grande número de idosos usuários de planos de saúde.

Ademais, esta Corte, no julgamento do RE 578.801, rel. Min. Cármen Lúcia, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria relativamente à incidência da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) sobre os contratos firmados anteriormente à sua vigência.

4. Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral.

Brasília, 1º de
fevereiro de 2011.

Ministra Ellen Gracie
Relatora

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.852 RIO GRANDE DO SUL

PRONUNCIAMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ORGANICIDADE DO DIREITO INSTRUMENTAL.

PLANO DE SAÚDE – FAIXA ETÁRIA – MAJORAÇÃO TIDA COMO ABUSIVA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. A Assessoria assim resumiu a espécie:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 630.852/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 18 de março de 2011.

A Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao Recurso Inominado nº 71002228070, mantendo a sentença mediante a qual se declarou abusivo o aumento de 50% da mensalidade de plano de saúde, em razão de o recorrido ter atingido a idade de 60 anos. Consoante afirmou, a entrada em vigor do Estatuto do Idoso implicou maior proteção aos idosos em face do agravamento das condições previstas nos contratos de assistência médico-hospitalar, por motivo de mudança de faixa etária, e, por serem considerados consumidores “duplamente

RE 630.852 RG / RS

vulneráveis”, mereceriam maior tutela por parte dos julgadores. Assentou que a majoração da mensalidade por alteração de faixa etária, por si só, não configura abuso, exceto quando revelar-se desarrazoada e desproporcional ao aumento dos riscos a que o contratante passou a estar sujeito, de modo a resultar em uma “cláusula-barreira”, cujo objetivo seria provocar a autoexclusão do beneficiário, por não conseguir suportar o valor elevado das parcelas. Por fim, entendeu aplicável ao caso concreto o disposto nos artigos 230 da Constituição Federal e 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, consignando inexistir afronta ao princípio da irretroatividade por tratar-se de contrato de longa duração, renovado por prazo indeterminado e celebrado quando já estava em vigor o Código de Defesa do Consumidor.

No extraordinário protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente articula com a ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Política. Aduz que o contrato teria sido firmado entre as partes em 1999, quando da vigência da Lei nº 9.656/98, e antes de o Estatuto do Idoso vir à balha. Diz da inconstitucionalidade da aplicação retroativa do referido Estatuto. Salieta ser a jurisprudência do Supremo consolidada no sentido de a norma legal, ainda que de caráter público, subordinar-se ao princípio do ato jurídico perfeito, não podendo retroagir. Aponta a inexistência de abuso no reajuste das mensalidades, haja vista o pequeno valor da mensalidade básica e os custos assistenciais despendidos pela recorrente.

Sob o ângulo da repercussão geral assevera estar em causa tema relevante do ponto de vista jurídico, por referir-se a interesse de mais de 37 milhões de consumidores de assistência suplementar à saúde no país. Consoante afirma, se ficar mantida, a decisão atacada, a contrariar entendimento do Supremo, acarretará o consequente aumento das mensalidades dos planos de saúde a uma parcela considerável da população brasileira.

RE 630.852 RG / RS

O recorrido, intimado, não apresentou contrarrazões.

O extraordinário não foi admitido na origem. O agravo de instrumento interposto veio a ser reautuado como recurso extraordinário por decisão da relatora, renovando-se a distribuição.

Eis a manifestação da Ministra Ellen Gracie acerca da repercussão geral:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 630.852

1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, a, da Constituição Federal interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte (fl. 153):

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. PREVISÃO CONTRATUAL. AUMENTO DE 50%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA LEI 9.656/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema dos planos de saúde: o consumidor e o idoso. Disto resultam alguns efeitos no âmbito do direito privado, destacam-se uma comprometida interpretação da lei e das cláusulas contratuais e um maior rigor no

RE 630.852 RG / RS

controle de cláusulas abusivas.

2. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada.

2. A recorrente sustenta que a aplicação da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) a contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor viola o art. 5º, XXXVI (ato jurídico perfeito).

3. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

Verifico que a questão versada neste apelo extremo possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil. É que o assunto alcança, certamente, grande número de idosos usuários de planos de saúde.

Ademais, esta Corte, no julgamento do RE 578.801, rel. Min. Cármen Lúcia, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria relativamente à incidência da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) sobre os contratos firmados anteriormente à sua vigência.

4. Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral.

Brasília, 1º de fevereiro de 2011.

Ministra Ellen Gracie
Relatora

RE 630.852 RG / RS

2. Sucedem os casos, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que, sem exame do agravo de instrumento interposto visando a subida do extraordinário, passa-se à autuação e à distribuição deste. O crivo quanto ao agravo, atinente ao conhecimento ou não, à procedência ou não, não guarda sintonia com manifestação, a encerrar simples despacho, no sentido de reautuarem-se os autos como recurso extraordinário.

De qualquer forma, relativamente ao extraordinário, está-se diante de questão a envolver o princípio constitucional da segurança jurídica.

Tenho o tema como de índole maior, ou seja, como constitucional e assento que repercute no tocante a inúmeros idosos usuários de planos de saúde.

3. Manifesto-me, ainda com alguma perplexidade quanto ao quadro alusivo ao agravo de instrumento, pela existência de repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.

5. Publiquem.

Brasília, 31 de março de 2011.

Ministro MARCO AURÉLIO

03/05/2012

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
674.103 SANTA CATARINA**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA
CATARINA**
RECDO.(A/S) : **ROSIMERE DA SILVA MARTINS**
ADV.(A/S) : **JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM E OUTRO(A/S)**

**DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E
TRABALHISTA. CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E
OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NÃO OCUPANTES DE
CARGOS EFETIVOS. GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA
PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO À LICENÇA-
MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º,
XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II,
ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS
TRANSITÓRIAS.**

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Ministro LUIZ FUX
Relator

ARE 674.103 RG / SC

03/05/2012

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
674.103 SANTA CATARINA**

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA. CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NÃO OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS. GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Discute-se, in casu, o direito de servidora pública contratada a título precário, mediante contratação por prazo determinado, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O acórdão recorrido ficou assim ementado:

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. ARTIGO 485, V, DO CPC. PROFESSORA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. GRAVIDEZ NO REFERIDO PERÍODO. TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA E DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA GESTAÇÃO. ACÓRDÃO OBJURGADO QUE NEGOU TAIS BENEFÍCIOS. DIVERGÊNCIA DA MATÉRIA NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO, PORÉM, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA OUTORGA DA CITADA ESTABILIDADE E POSSIBILIDADE DE

ARE 674.103 RG / SC

CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE. UTILIZAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ARESTO AOS ARTIGOS 7º, XVIII, E 39, § 3º, AMBOS DA CARTA MAGNA, BEM COMO AO ARTIGO 10, II, b, DO ADCT. DIREITO DA AUTORA À PERCEPÇÃO DOS VALORES REFERENTES AO PERÍODO QUE PERMANECEU INDEVIDAMENTE AFASTADA. ACTIO PROCEDENTE.

[...] A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem entendido que as servidoras públicas, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º inc, XVIII, da Constituição da República e o art. 10, inc. II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias [...] (Agravado de Instrumento n. 710203, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 9-5-2008). (fl. 219, grifei)

No recurso extraordinário, o Estado recorrente aponta ofensa aos artigos 2º, 7º, XXX, 37, caput, II e IX, da Constituição Federal, bem como ao artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Preliminarmente, afirma que a causa transcende o interesse das partes, ante sua relevância econômica e os desdobramentos no mercado de trabalho feminino. Alega, em síntese, que a estabilidade provisória concedida à gestante não alcança as admissões a prazo determinado, sob o argumento de que:

A condição de contratação da recorrida foi para vigor por tempo certo, determinado. Pretender elastecer seu

ARE 674.103 RG / SC

termo final, a pretexto da estabilidade provisória concedida à gestante, é descaracterizar esta espécie de admissão, transmudando-a para prazo indeterminado, inviabilizando, em consequência, até mesmo os fins para os quais o Estado foi autorizado a admiti-la. (fl. 241)

O tema sobressai do ponto de vista constitucional, porquanto a coexistência do vínculo a título precário com o direito à licença-maternidade e a garantia de emprego decorrente da estabilidade provisória, pode dar ensejo a consequências para as mulheres no mercado de trabalho, bem como trazer implicações legais aos contratantes, no que concerne ao princípio da autonomia da vontade.

A propósito, observo que as Turmas desta Corte já se manifestaram sobre a questão, consoante se verifica nos seguintes julgados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. MILITAR. ADMISSÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ISONOMIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO E ART. 10, II, b, DO ADCT. AGRAVO IMPROVIDO. I As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, b, do ADCT. II Demonstrada a proteção constitucional às trabalhadoras em geral, prestigiando-se o princípio da isonomia, não há falar em diferenciação entre servidora pública

ARE 674.103 RG / SC

civil e militar. III - Agravo regimental improvido. (RE 597.989-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 28/03/2011)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento. (RE 287.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para acórdão Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 30/06/2006)

À derradeira, colaciono acórdão proferido pelo Em. Min. Celso de Mello, no julgamento do RE 634.093-AgR, cuja controvérsia residia na concessão de estabilidade provisória e licença-maternidade a servidora pública detentora de cargo em comissão. O precedente restou assim ementado:

E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, b) CONVENÇÃO OIT N° 103/1952 INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO N° 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de

ARE 674.103 RG / SC

índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º) , sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes. (RE 634.093-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 06/2/2011)

ARE 674.103 RG / SC

A vexata quaestio , desta feita, cinge-se ao direito de trabalhadora gestante ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, à luz dos artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b , do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tenho, pois, que a questão constitucional ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da controvérsia e submeto a matéria à apreciação dos demais Ministros da Corte.

Brasília, 14 de março de 2012.

Ministro Luiz Fux

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
674.103 SANTA CATARINA**

PRONUNCIAMENTO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM
AGRAVO – REPERCUSSÃO GERAL –
INADEQUAÇÃO.**

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 674.103/SC, da relatoria do Ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 16 horas e 21 minutos do dia 13 de abril de 2012.

O Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao apreciar a Ação Rescisória nº 2009.003021-3, julgou procedente o pedido formulado para assentar o direito da recorrida, contratada em regime de trabalho temporário, à licença-maternidade e à estabilidade provisória, em razão de a gravidez ter sido confirmada na vigência do aludido contrato. Consignou a violação literal aos artigos 7º, inciso XVIII, e 39, § 3º, da Carta Federal e 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mencionou a existência de precedentes do Supremo no sentido de reconhecer à servidora contratada temporariamente os mencionados direitos.

No extraordinário protocolado com alegada base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, o Estado de Santa Catarina argui transgressão aos artigos 2º, 7º, inciso XXX, e 37, cabeça e incisos II e IX, do Diploma Maior e 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988. Destaca não ser a estabilidade provisória

ARE 674.103 RG / SC

constitucionalmente prevista aplicável às admissões com prazo determinado. Salieta que a controvérsia não se confundiria com a hipótese versada no Recurso Extraordinário nº 287.905-3/SC, ante a inexistência de contratações sucessivas e de dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante. Ressalta a impossibilidade de afirmar-se a ocorrência dos tipos de dispensa citados, porquanto tais modalidades somente diriam respeito às contratações por período indeterminado. Consoante sustenta, no acórdão impugnado, ao reconhecer-se a estabilidade provisória, transformou-se, unilateralmente, relação precária em contrato por prazo indeterminado, conduta vedada ao Poder Judiciário.

Sob o ângulo da repercussão geral, anota a relevância econômica do tema, por alcançar extenso quadro funcional das trabalhadoras temporárias do Estado, e jurídica, porque interessa a todos os entes da federação.

A recorrida não apresentou contrarrazões.

O extraordinário não foi admitido na origem.

O recorrente interpôs agravo. Reiterou os argumentos constantes do extraordinário.

A recorrida, na contraminuta, aponta o acerto da decisão atacada, ressalvando ter direito à estabilidade conferida à gestante.

Eis o pronunciamento do relator, Ministro Luiz Fux:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO
E TRABALHISTA. CONTRATOS POR PRAZO
DETERMINADO E OCUPANTES DE CARGOS EM
COMISSÃO NÃO OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS.
GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO

ARE 674.103 RG / SC

DOS SERVIÇOS. DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Discute-se, in casu, o direito de servidora pública contratada a título precário, mediante contratação por prazo determinado, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O acórdão recorrido ficou assim ementado:

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. ARTIGO 485, V, DO CPC. PROFESSORA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. GRAVIDEZ NO REFERIDO PERÍODO. TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA E DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA GESTAÇÃO. ACÓRDÃO OBJURGADO QUE NEGOU TAIS BENEFÍCIOS. DIVERGÊNCIA DA MATÉRIA NO ÂMBITO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO, PORÉM, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA OUTORGA DA CITADA ESTABILIDADE E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA MATERNIDADE. UTILIZAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. CARACTERIZAÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ARESTO AOS ARTIGOS 7º, XVIII, E 39, § 3º, AMBOS DA CARTA MAGNA, BEM COMO AO ARTIGO 10, II, b, DO ADCT. DIREITO DA AUTORA À PERCEPÇÃO DOS VALORES REFERENTES AO

ARE 674.103 RG / SC

PERÍODO QUE PERMANECEU INDEVIDAMENTE AFASTADA. ACTIO PROCEDENTE.

[...] A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem entendido que as servidoras públicas, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º inc, XVIII, da Constituição da República e o art. 10, inc. II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias [...] (Agravo de Instrumento n. 710203, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 9-5-2008). (fl. 219, grifei)

No recurso extraordinário, o Estado recorrente aponta ofensa aos artigos 2º, 7º, XXX, 37, caput, II e IX, da Constituição Federal, bem como ao artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Preliminarmente, afirma que a causa transcende o interesse das partes, ante sua relevância econômica e os desdobramentos no mercado de trabalho feminino. Alega, em síntese, que a estabilidade provisória concedida à gestante não alcança as admissões a prazo determinado, sob o argumento de que:

A condição de contratação da recorrida foi para vigor por tempo certo, determinado. Pretender elastecer seu termo final, a pretexto da estabilidade provisória concedida à gestante, é descaracterizar esta espécie de admissão, transmudando-a para prazo indeterminado, inviabilizando, em consequência, até mesmo os fins para os quais o Estado foi autorizado a admiti-la. (fl. 241)

O tema sobressai do ponto de vista constitucional, porquanto a coexistência do vínculo a título precário com

ARE 674.103 RG / SC

o direito à licença-maternidade e a garantia de emprego decorrente da estabilidade provisória, pode dar ensejo a consequências para as mulheres no mercado de trabalho, bem como trazer implicações legais aos contratantes, no que concerne ao princípio da autonomia da vontade.

A propósito, observo que as Turmas desta Corte já se manifestaram sobre a questão, consoante se verifica nos seguintes julgados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. MILITAR. ADMISSÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ISONOMIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO E ART. 10, II, b, DO ADCT. AGRAVO IMPROVIDO. I As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, b, do ADCT. II Demonstrada a proteção constitucional às trabalhadoras em geral, prestigiando-se o princípio da isonomia, não há falar em diferenciação entre servidora pública civil e militar. III - Agravo regimental improvido. (RE 597.989-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 28/03/2011)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos

ARE 674.103 RG / SC

do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento. (RE 287.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para acórdão Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 30/06/2006)

À derradeira, colaciono acórdão proferido pelo Em. Min. Celso de Mello, no julgamento do RE 634.093-AgR, cuja controvérsia residia na concessão de estabilidade provisória e licença-maternidade a servidora pública detentora de cargo em comissão. O precedente restou assim ementado:

E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, b) CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de

ARE 674.103 RG / SC

função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º) , sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assiste-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes. (RE 634.093-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 06/2/2011)

A vexata quaestio , desta feita, cinge-se ao direito de trabalhadora gestante ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, à luz dos artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b , do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tenho, pois, que a questão constitucional ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da controvérsia e submeto a matéria à

ARE 674.103 RG / SC

apreciação dos demais Ministros da Corte.

Brasília, 14 de março de 2012.

Ministro Luiz Fux

Informo não ter o relator provido, até a presente data, o agravo, consoante pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo.

2. Observem a organicidade do Direito. O instituto da repercussão geral refere-se a recurso extraordinário que veicule matéria de índole constitucional. É o que decorre do disposto no § 3º do artigo 102 da Carta Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Até aqui, para apreciação do Supremo, há o agravo interposto, que veio, ante a legislação instrumental, no próprio processo. Em síntese, o recurso extraordinário teve a sequência indeferida na origem. O interessado protocolou o agravo, o qual deve ser julgado pelo relator, o que ainda não ocorreu.

Descabe fragilizar o instituto da repercussão geral e isso acontecerá caso, de cambulhada, seja colado a processo que não se apresenta a este Tribunal com o recurso extraordinário admitido.

ARE 674.103 RG / SC

3. Concluo pela inadequação do instituto da repercussão geral.
4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.
5. Publiquem.

Brasília, 19 de abril de 2012.

Ministro MARCO AURÉLIO

30/08/2012

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S)	: JORGE ALCIBÍADES PERRONE OLIVEIRA
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: MUNICÍPIO DE CANELA
ADV.(A/S)	: ERIANE MORAES FOGAÇA
RECDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

RE 581.488 RG / RS

Ministro DIAS TOFFOLI
Relator

30/08/2012

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIFERENÇA DE CLASSE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO.

Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal (fl. 342).

No apelo extremo, a recorrente sustenta a repercussão geral da matéria versada no feito, assentando que a questão constitucional em disputa nos autos ultrapassa

RE 581.488 RG / RS

os interesses subjetivos das partes, pois versa sobre o Sistema Único de Saúde, de interesse de toda a população.

A questão posta em discussão nestes autos apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo extremamente relevante para a Administração Pública, que pode deparar-se com a multiplicação de demandas semelhantes a essa objeto do presente recurso, no qual se postula o acesso à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes.

Por isso, bem se vê que se cuida de discussão que pode vir a repetir-se em inúmeros processos, fato a exigir uma definitiva manifestação desta Suprema Corte sobre todos os aspectos envolvidos nesta ação.

Ante o exposto, manifesto-me pela repercussão geral da matéria.

Brasília, 10 de agosto de 2012.

Ministro Dias Toffoli

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

PRONUNCIAMENTO

SUS – INTERNAÇÃO HOSPITALAR – MELHORES ACOMODAÇÕES – ÔNUS DO PACIENTE RECONHECIDO NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO.

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 581.488/RS, da relatoria do ministro Dias Toffoli, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 16 horas e 16 minutos do dia 10 de agosto de 2012.

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à Apelação Cível nº 2003.71.07.009606-0/RS e assentou a impossibilidade de internação hospitalar pelo Sistema Único de Saúde – SUS em melhores acomodações do que as oferecidas pelo Poder Público mediante o pagamento pelo paciente da chamada “diferença de classe”. Consignou acarretar a aludida prática tratamento discriminatório entre os usuários de um sistema que preconiza o acesso universal e igualitário aos respectivos serviços, incorrendo em transgressão ao artigo 196 da Constituição Federal.

Não houve interposição de embargos declaratórios.

RE 581.488 RG / RS

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul argui ofensa ao artigo 196 da Carta da República. Defende o direito dos usuários do Sistema Único de Saúde à internação hospitalar em classe diferenciada, mediante a participação financeira do paciente nas despesas excedentes, e ressalta ser esse o posicionamento do Supremo. Aduz não ter ocorrido tratamento distinto entre pessoas na mesma situação. Defende a possibilidade de atendimento especial em situações diferentes, sem aumentar os direitos constitucionalmente previstos e sem ônus extra para o estado.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, por tratar-se de situação relativa ao Sistema Único de Saúde, de importância para toda a população.

A União, nas contrarrazões, anota a ausência de prequestionamento bem como da preliminar de repercussão geral. Quanto ao mérito, argumenta violar o princípio da isonomia a pretensão veiculada pelo recorrente.

O Município de Canela, na impugnação, alega que, se a tese sustentada no extraordinário for agasalhada, haverá duas espécies distintas de pacientes, os que pagariam um adicional para utilizar o Sistema Único de Saúde e os que nada poderiam pagar, incorrendo, pois, em desrespeito aos princípios da igualdade e da assistência à saúde.

O Estado do Rio Grande do Sul, intimado, não apresentou as contrarrazões.

O extraordinário foi admitido na origem.

RE 581.488 RG / RS

A Procuradoria Geral da República, em parecer, salienta estar a decisão atacada em sentido contrário à jurisprudência do Supremo. Opina pelo provimento do recurso.

Eis o pronunciamento do ministro Dias Toffoli:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIFERENÇA DE CLASSE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO.

Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal (fl. 342).

No apelo extremo, a recorrente sustenta a repercussão geral da matéria versada no feito, assentando

RE 581.488 RG / RS

que a questão constitucional em disputa nos autos ultrapassa os interesses subjetivos das partes, pois versa sobre o Sistema Único de Saúde, de interesse de toda a população.

A questão posta em discussão nestes autos apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo extremamente relevante para a Administração Pública, que pode deparar-se com a multiplicação de demandas semelhantes a essa objeto do presente recurso, no qual se postula o acesso à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes.

Por isso, bem se vê que se cuida de discussão que pode vir a repetir-se em inúmeros processos, fato a exigir uma definitiva manifestação desta Suprema Corte sobre todos os aspectos envolvidos nesta ação.

Ante o exposto, manifesto-me pela repercussão geral da matéria.

Brasília, 10 de agosto de 2012.

Ministro Dias Toffoli

Relator

Documento assinado digitalmente

2. A situação concreta envolve o princípio do tratamento igualitário. A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proveu apelação interposta em ação civil pública para assentar a impossibilidade de opção do paciente, mesmo que arque com as despesas, com a chamada “diferença de classe”, por melhores acomodações em internação hospitalar pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

3. Concluo estar configurada a repercussão geral.

RE 581.488 RG / RS

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.
5. Publiquem.

Brasília – residência –, 17 de agosto de 2012.

Ministro MARCO AURÉLIO

06/02/2014

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Luiz Fux. Impedido o Ministro Teori Zavascki. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestou o Ministro Luiz Fux. Impedido o Ministro Teori Zavascki.

RE 684612 RG / RJ

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Relatora

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

MANIFESTAÇÃO

REPERCUSSÃO GERAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE PROFISSIONAIS SUFICIENTES NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TRANSCENDÊNCIA DA MATÉRIA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos termos seguintes:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS VISANDO OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ARTIGO 127 DA CF/88). SITUAÇÃO CAÓTICA DO HOSPITAL SALGADO FILHO. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (ARTIGO 5º, CAPUT E 196) E DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. FATO QUE ATINGE PRINCIPALMENTE, A CAMADA MAIS POBRE DA POPULAÇÃO, QUE NÃO POSSUI PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL, FAZENDO OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ARTIGO 37 DA CF). INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE URGENTE DE CONTRATAÇÃO

RE 684612 RG / RJ

DE MÉDICOS E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, DE MODO A PERMITIR O REGULAR FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO PARA QUE SEJA CUMPRIDO O DÉFICIT DE PESSOAL, COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA PROVIMENTO DOS CARGOS DE MÉDICO E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, NOMEAÇÃO E POSSE DOS PROFISSIONAIS APROVADOS NO CERTAME, BEM COMO CORRIGIDOS OS PROCEDIMENTOS E SANADAS AS IRREGULARIDADES EXPOSTAS NO RELATÓRIO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, NO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS)” (fls. 327-328).

2. O Recorrente alega que teriam sido contrariados os arts. 2º e 196 da Constituição da República.

Sustenta que “o Judiciário pode, sim, rever o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; o que não pode, repita-se, é determinar que o agente público pratique um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence” (fl. 366).

Argumenta que “o implemento do direito social à saúde na construção de hospitais, na contratação de profissionais da saúde e demais conseqüências administrativas pertinentes está adstrito à esfera da discricionariedade administrativa. Logo, o controle judiciário resta afastado quando existam duas ou mais alternativas válidas ou mesmo quando isto implique em substituir o juízo de oportunidade e conveniência do Administrador Público pela discricção jurisdicional” (fl. 376).

3. A discussão sobre os limites do princípio da independência entre Poderes, quanto à adoção de providências relativas a políticas públicas

RE 684612 RG / RJ

para implementação de direitos e garantias previstos na Constituição da República, tem sido submetida, de forma reiterada, à análise deste Supremo Tribunal Federal.

A matéria assemelha-se ao objeto de outros recursos extraordinários pendentes de julgamento de mérito, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário virtual deste Supremo Tribunal, como se lê nas respectivas ementas:

“SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo”(Recurso Extraordinário n. 566.471, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 6, DJe 6.12.2007);

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL” (Recurso Extraordinário n. 592.581, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tema 220, DJe 19.11.2009);

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL” (Recurso Extraordinário n. 607.582, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tema 289, DJe 26.8.2010);

“SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM –

RE 684612 RG / RJ

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA” (Recurso Extraordinário n. 657.718, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 500, DJe 9.3.2012).

4. A matéria tem repercussão geral, pois a controvérsia refere-se aos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção (arts. 6º; 23, inc. II; 30, inc. VII; 34, inc. VII, al. e; 35, inc. III; 194, 196, 197 e 227).

Presente, portanto, a necessária relevância jurídica e social da matéria versada, além da transcendência da questão, sabido como é que, no Estado brasileiro, a inexistência condições satisfatórias na prestação do serviço de saúde, notadamente para as camadas sociais menos favorecidas, não é peculiaridade deste caso, o que torna a controvérsia recorrente nos tribunais do país.

5. Pelo exposto, evidenciada a relevância da matéria posta no recurso extraordinário, tanto no aspecto jurídico, quanto no social e no econômico, **manifesto-me pela existência de repercussão geral e submeto-o à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.**

Brasília, 29 de novembro de 2013.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

PRONUNCIAMENTO

**APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL – SUBMISSÃO –
INADEQUAÇÃO.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 684.612/RJ, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 6 de dezembro de 2013.

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao dar provimento à Apelação Cível nº 2006.001.08264, consignou a legitimidade do Ministério Público para defender interesses transindividuais. Assentou não haver ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Judiciário exerce controle sobre políticas públicas, com o objetivo de sanar quadro de omissão inconstitucional do Executivo, determinando a adoção de providências aptas a concretizar normas de caráter programático insertas na Carta da República. Afastou o óbice da falta de previsão orçamentária

RE 684612 RG / RJ

de recursos para o custeio das ações públicas sob o fundamento de que a lei de meios permite alocar receitas para programa de trabalho no qual estaria enquadrada a iniciativa pleiteada, assim como possibilita o remanejamento de verbas. Aduziu que a implementação de políticas públicas somente fica inviabilizada quando o respectivo financiamento pode efetivamente comprometer as contas do ente federativo. Citou o que decidido no Recurso Extraordinário nº 436.996/SP, da relatoria do ministro Celso de Mello, e no Recurso Especial nº 718.203/SP, relatado pelo ministro Luiz Fux.

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior, o Município do Rio de Janeiro argui desrespeito aos artigos 2º e 196 da Carta Federal. Assevera competir apenas aos agentes públicos detentores de mandato eletivo nos Poderes Legislativo e Executivo o estabelecimento de políticas públicas e ações prioritárias, tendo em vista a necessidade de promover adequadamente inúmeros interesses constitucionalmente tutelados. Salienta restringir-se à esfera da discricionariedade administrativa a articulação de iniciativas prestacionais, sendo descabido o Poder Judiciário substituir-se ao gestor público na definição da conveniência e da oportunidade para a prática de atos como a realização de concursos públicos, a contratação de servidores e a execução de obras.

Aponta ofensa aos princípios orçamentários, uma vez que, no acórdão recorrido, foram determinadas providências com impactos financeiros imediatos, criando-se despesas sem as correspondentes fontes de custeio. Argumenta que os direitos sociais, inclusive à saúde, não têm feição absoluta. Sublinha que a respectiva garantia depende de prestações positivas por parte do Estado, as quais requerem o investimento dos escassos

RE 684612 RG / RJ

recursos públicos de acordo com a ordem de prioridade. Ressalta que a proteção a tais prerrogativas deve ser precedida da edição de leis e atos normativos, por intermédio dos quais definido o grau e a forma de atendimento das demandas tendencialmente infinitas. Pondera ser necessário levar em conta, na tutela desses direitos, os limites expressos na Carta da República e a reserva do possível.

Não há preliminar de repercussão geral no presente recurso, tendo sido o acórdão alusivo ao julgamento dos embargos de declaração publicado em 7 de julho de 2006, ou seja, anteriormente à entrada em vigor do citado sistema.

O recorrido, nas contrarrazões, sustenta o não cabimento do extraordinário, ante a falta de prequestionamento, e a impossibilidade de reexame de matéria fática nesta via. No mérito, assinala a ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes.

O recurso não foi admitido na origem, tendo a relatora dado provimento ao agravo e determinado o processamento do extraordinário.

Eis o pronunciamento da ministra Cármen Lúcia:

MANIFESTAÇÃO

REPERCUSSÃO GERAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE PROFISSIONAIS SUFICIENTES NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TRANSCENDÊNCIA DA MATÉRIA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

RE 684612 RG / RJ

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA -
(Relatora):

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos termos seguintes:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS VISANDO OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ARTIGO 127 DA CF/88). SITUAÇÃO CAÓTICA DO HOSPITAL SALGADO FILHO. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (ARTIGO 5º, CAPUT E 196) E DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. FATO QUE ATINGE PRINCIPALMENTE, A CAMADA MAIS POBRE DA POPULAÇÃO, QUE NÃO POSSUI PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL, FAZENDO OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ARTIGO 37 DA CF). INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE URGENTE DE CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, DE MODO A PERMITIR O REGULAR FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE RECEITA

RE 684612 RG / RJ

ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO PARA QUE SEJA CUMPRIDO O DÉFICIT DE PESSOAL, COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA PROVIMENTO DOS CARGOS DE MÉDICO E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, NOMEAÇÃO E POSSE DOS PROFISSIONAIS APROVADOS NO CERTAME, BEM COMO CORRIGIDOS OS PROCEDIMENTOS E SANADAS AS IRREGULARIDADES EXPOSTAS NO RELATÓRIO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, NO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) (fls. 327-328).

2. O Recorrente alega que teriam sido contrariados os arts. 2º e 196 da Constituição da República.

Sustenta que o Judiciário pode, sim, rever o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; o que não pode, repita-se, é determinar que o agente público pratique um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence (fl. 366).

Argumenta que o implemento do direito social à saúde na construção de hospitais, na contratação de profissionais da saúde e demais conseqüências administrativas pertinentes está adstrito à esfera da discricionariedade administrativa. Logo, o controle judiciário resta afastado quando existam duas ou mais alternativas válidas ou mesmo quando isto implique em substituir o juízo de oportunidade e

RE 684612 RG / RJ

conveniência do Administrador Público pela discricção jurisdicional (fl. 376).

3. A discussão sobre os limites do princípio da independência entre Poderes, quanto à adoção de providências relativas a políticas públicas para implementação de direitos e garantias previstos na Constituição da República, tem sido submetida, de forma reiterada, à análise deste Supremo Tribunal Federal.

A matéria assemelha-se ao objeto de outros recursos extraordinários pendentes de julgamento de mérito, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário virtual deste Supremo Tribunal, como se lê nas respectivas ementas:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA -
MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO -
FORNECIMENTO. Possui repercussão geral
controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder
Público fornecer medicamento de alto
custo(Recurso Extraordinário n. 566.471,
Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 6, DJe
6.12.2007);

EMENTA: CONSTITUCIONAL.
INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS
PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER
EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS
EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA
JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA
QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA
DE REPERCUSSÃO GERAL (Recurso
Extraordinário n. 592.581, Relator Ministro

RE 684612 RG / RJ

Ricardo Lewandowski, Tema 220, DJe 19.11.2009);

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (Recurso Extraordinário n. 607.582, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tema 289, DJe 26.8.2010);

SAÚDE MEDICAMENTO FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA (Recurso Extraordinário n. 657.718, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 500, DJe 9.3.2012).

4. A matéria tem repercussão geral, pois a controvérsia refere-se aos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção (arts. 6º; 23, inc. II; 30, inc. VII; 34, inc. VII, al. e; 35, inc. III; 194, 196, 197 e 227).

RE 684612 RG / RJ

Presente, portanto, a necessária relevância jurídica e social da matéria versada, além da transcendência da questão, sabido como é que, no Estado brasileiro, a inexistência condições satisfatórias na prestação do serviço de saúde, notadamente para as camadas sociais menos favorecidas, não é peculiaridade deste caso, o que torna a controvérsia recorrente nos tribunais do país.

5. Pelo exposto, evidenciada a relevância da matéria posta no recurso extraordinário, tanto no aspecto jurídico, quanto no social e no econômico, manifesto-me pela existência de repercussão geral e submeto-o à apreciação dos Pares deste Supremo Tribunal.

Brasília, 29 de novembro de 2013.

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Relatora

2. Atribuo a inserção deste extraordinário no Plenário Virtual a mero equívoco. A razão mostra-se simples: em primeiro lugar, o recurso é regido pelas normas em vigor na data em que surge o interesse em recorrer. Isso se verificou em 2006. Na época, ainda não havia a regulamentação da repercussão geral. Em segundo lugar, ultrapassado tal obstáculo, ter-se-ia o vício formal. Nas razões do extraordinário, não se fez inserir, ante a premissa anterior, capítulo versando o instituto.

3. Manifesto-me no sentido da inadequação do instituto da repercussão geral.

4. Remetam cópia deste pronunciamento ao Gabinete da relatora,

RE 684612 RG / RJ

ministra Cármen Lúcia, para, se assim o entender, chamar à ordem o processo.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 31 de janeiro de 2014, às 12h25.

Ministro MARCO AURÉLIO

20/11/2014

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889
PERNAMBUCO**

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : MÔNICA CORREIA DE ARAÚJO
ADV.(A/S) : ANA CRISTINA CAVALCANTE BELFORT E
OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa: PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Ministro ROBERTO BARROSO

Relator

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889
PERNAMBUCO**

MANIFESTAÇÃO:

Ementa: PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Trata-se de recurso extraordinário no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com a seguinte ementa (fls. 186):

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO DE CRIANÇA. LICENÇA À ADOTANTE. EQUIPARAÇÃO COM AS SERVIDORAS GESTANTES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.112/90, ART. 210 E RESOLUÇÃO Nº 30/2008-CJF. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS.

1. No caso em apreço, a apelante, servidora pública federal, pretende a concessão de licença à adotante no total de 180 (cento e oitenta) dias em equiparação ao prazo concedido para a licença à gestante, em razão da obtenção de guarda de criança maior de 1 (um) ano de idade.

2. A diferenciação de períodos de licença-maternidade estabelecida pela Lei nº 8112/90, bem como pela Resolução nº 30/2008 para as servidoras que adotam uma

RE 778889 RG / PE

criança e para aquelas que geram os filhos naturalmente não ofende o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, eis que existem diferentes necessidades para ambas as mulheres, as quais não se encontram inseridas em uma mesma situação fática, motivo pelo qual existem prazos diversos para as licenças de cada uma.

3. As mães biológicas, durante a gestação, passam por transformações físicas e psicológicas, além de submeterem-se ao procedimento do parto, precisando de um maior período de tempo em repouso não só para a recuperação pós-parto, mas também para proteger sua própria saúde, haja vista que por questões fisiológicas não conseguem desempenhar suas atividades profissionais.

4. Não bastassem essas razões, a servidora que deu à luz necessita amamentar por 6 (seis) meses, período recomendado pelos médicos para que a criança se desenvolva de uma maneira saudável. As mães adotivas, por sua vez, não passam por qualquer intervenção médica, tampouco amamentam seus filhos, justificando, assim, a diferença entre as duas situações e a necessidade de concessão dos prazos diversos para a licença-maternidade.

5. O legislador estabeleceu tempo razoável à efetiva convivência familiar entre a mãe e o filho adotivo, possibilitando-se estreitar os laços afetivos entre ambos e assegurar o saudável crescimento do menor, não havendo como equiparar os períodos entre as licenças à gestante e à adotante.

6. Apelação improvida.

2. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. Defende-se a

RE 778889 RG / PE

inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e da Resolução CJF nº 30/2008 que preveem às servidoras adotantes prazos de licença-maternidade inferiores aos conferidos às servidoras gestantes, por violação aos arts. 39, § 3º, e 227, § 6º, ambos da Constituição. Quanto à Resolução do CJF, alega-se ainda extrapolação de seu papel meramente regulamentar do art. 2º da Lei nº 11.770/2008. A recorrente alega, em síntese, que a licença maternidade não equivale a uma licença médica para recuperação pós-parto, sendo um benefício que visa assegurar à mãe e ao filho a companhia um do outro, em prol do estabelecimento de laços afetivos essenciais ao surgimento de um adulto saudável. Diz ainda que tais distinções não ocorrem no regime celetista.

3. Com contrarrazões, o recurso foi admitido na origem.

4. O parecer ministerial, da lavra do Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, é no sentido de submeter o feito ao Plenário Virtual, para análise da repercussão geral. Caso preenchido esse último requisito de admissibilidade, requer nova vista (fls. 216).

5. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

6. O arts. 207 e 210 da Lei nº 8.112/1990 preveem o seguinte:

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos,

RE 778889 RG / PE

sem prejuízo da remuneração.

(...)

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

7. Por sua vez, o Decreto nº 6.690/2008, que Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, dispõe:

Art. 2º. Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

(...)

§ 3º. O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

- a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;
- b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e
- c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

RE 778889 RG / PE

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei n° 8.112, de 1990:

- a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e
- b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

§ 4°. Para os fins do disposto no § 3°, inciso II, alínea b, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2° da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

8. No mesmo sentido dispõem os arts. 18 e 21 da Resolução CJF n° 02/2008 e os arts. 1 e 3° da Resolução CJF n° 30/2008, aplicáveis às servidoras da Justiça Federal, como é o caso da ora recorrente.

9. Possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivos que preveem prazos distintos de licença-maternidade a servidoras gestantes e adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6°, da CRFB/1988, segundo o qual Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

10. A propósito, ressalte-se que as distinções de prazos de licença-maternidade que vigoravam no regime celetista para trabalhadoras gestantes e adotantes foram abolidas pela Lei n° 12.010/2009, que revogou os §§ 1° a 3° do art. 392-A da CLT, incluídos pela Lei n° 10.421/2002. Atualmente, para ambos os casos, o prazo é de 120 (cento e vinte) dias, com possibilidade de extensão por 60 (sessenta) dias (CLT, art. 392-A,

RE 778889 RG / PE

caput, e Lei nº 11.770/2008, art. 1º, § 2º).

11. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista econômico, social e jurídico: (i) econômico, porque discute a ampliação do período de afastamento remunerado hoje concedido às servidoras adotantes, com reflexos na prestação dos serviços públicos e no custo das licenças; (ii) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado (tanto que previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição para as trabalhadoras em geral, e aplicável às servidoras por força do art. 39, § 3º, da CRFB/1988), bem como do elevado interesse coletivo nas políticas relativas à adoção de menores, usualmente resgatados de condições de vida precárias; e (iii) jurídico, porque relacionado à absoluta prioridade conferida aos direitos da criança e do adolescente, biológicos ou adotados (art. 227, caput e § 6º), o que revela o caráter central do tema na ordem inaugurada pela Constituição de 1988.

12. Por fim, a discussão em exame é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento por esta Corte a fim de orientar a atuação da Administração e das servidoras interessadas em adoções. A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

13. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em exame.

14. É a manifestação.

RE 778889 RG / PE

Brasília, 29 de outubro de 2014

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889
PERNAMBUCO**

PRONUNCIAMENTO

**LICENÇA-MATERNIDADE – GESTANTE
E ADOTANTE – DIFERENÇA
ADMITIDA NA ORIGEM – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO
GERAL CONFIGURADA.**

1. O Gabinete prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 31 de outubro de 2014.

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento à apelação interposta por servidora pública federal, assentando não ofender o princípio constitucional da isonomia a existência de prazos diferenciados de licença-maternidade para gestantes e adotantes, conforme dispõem os artigos 207 e 210 da Lei nº 8.112/90 bem como os artigos 1º e 3º da Resolução nº 30/08 do Conselho da Justiça Federal. Afastou a alegação de tratamento discriminatório, na medida em que se encontram em situações fáticas diversas e possuem necessidades distintas. Consignou que as mães biológicas, em face da gestação e do parto, passam por transformações físicas e psicológicas, precisando de maior período de repouso para recuperação, além de necessitarem aleitar os filhos por seis meses, segundo o recomendado por profissionais de saúde, enquanto as mães adotivas não sofrem qualquer intervenção médica nem amamentam. Afirmou não veicularem as Leis nº 11.770/08 e 12.010/09 qualquer norma que assegure tratamento igualitário entre mães biológicas e

RE 778889 RG / PE

adotivas. Ressaltou que a servidora obteve guarda judicial de criança maior de um ano de idade, tendo direito a trinta dias de licença à adotante e mais quinze dias de prorrogação, consoante estabelecido na legislação de regência.

Não houve a interposição de embargos declaratórios.

No extraordinário, protocolado com suposta base na alínea “a” do permissivo constitucional, aponta-se desrespeito aos artigos 7º, inciso XVIII, 39, § 3º, inciso XVIII, e 227, § 6º, do Diploma Maior. Sustenta-se que a Carta Federal, ao estipular a licença-maternidade de no mínimo cento e vinte dias, não fez qualquer distinção entre maternidade biológica ou por adoção, prevendo, ainda, a equiparação do filho biológico ao adotivo. Aduz-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não previu licença-maternidade para mães adotantes, vindo a ser acrescentado o artigo 392-A pela Lei nº 10.421/02, a estabelecer os prazos de cento e vinte, sessenta e trinta dias, dependendo da idade da criança adotada. Esclarece-se que o § 1º e o § 3º do referido dispositivo foram revogados por meio do artigo 8º da Lei nº 12.010/09, garantindo-se às mães adotantes, de modo igualitário, a licença de cento e vinte dias. Frisa-se que essa evolução legislativa demonstra a intenção do legislador ordinário de consolidar a igualdade da licença-maternidade biológica e por adoção. Ressalta-se que a concessão de menos de cento e vinte dias ofende o Diploma Maior e argui-se a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/90. Assevera-se que a Lei nº 11.770/08, mediante a qual foi instituído o Programa Empresa Cidadã, ao prever a prorrogação do benefício por sessenta dias, garantiu, no § 2º do artigo 1º, igual prerrogativa à empregada adotante. Sublinha-se ser autoaplicável o direito à prorrogação, apesar de o artigo 2º da citada lei apenas autorizar o Poder Público a instituir o programa, pois não há necessidade de se regulamentar o mencionado preceito. Anota-se que a referida Resolução nº 30/08, ao dispor sobre o instituto, não poderia ter inovado no

RE 778889 RG / PE

ordenamento jurídico, estabelecendo período inferior ao legal. Enfatiza-se que a licença não está vinculada à gravidez e ao restabelecimento do pós-parto, mas ao bem-estar da criança. Destaca-se visar a licença-maternidade da adotante o desenvolvimento do laço afetivo entre mãe e filho bem como os cuidados com a saúde da criança, ainda mais neste caso, pois a menor foi abandonada e não se tem conhecimento de doenças genéticas ou congênitas.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta-se que o tema debatido no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, possuindo relevância jurídica e social, pois envolve o reconhecimento do direito à igualdade entre mãe biológica e adotiva. Argumenta-se que a questão debatida no extraordinário repercutirá em diversos processos.

A União, nas contrarrazões, articula, inicialmente, com a inviabilidade do exame de matéria infraconstitucional. No mérito, aponta o acerto do ato recorrido, sustentando ser razoável a distinção estabelecida na Lei nº 8.112/90.

O extraordinário foi admitido na origem.

A Procuradoria Geral da República, em parecer, opinou pela submissão da matéria ao “Plenário Virtual”.

Eis o pronunciamento do ministro Luís Roberto Barroso:

Ementa: PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do

RE 778889 RG / PE

art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(RELATOR)

1. Trata-se de recurso extraordinário no qual se pede a reforma de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com a seguinte ementa (fls. 186):

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO.
SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO DE
CRIANÇA. LICENÇA À ADOTANTE.
EQUIPARAÇÃO COM AS SERVIDORAS
GESTANTES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.112/90,
ART. 210 E RESOLUÇÃO Nº 30/2008-CJF.
INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO
DA ISONOMIA. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS.

1. No caso em apreço, a apelante, servidora pública federal, pretende a concessão de licença à adotante no total de 180 (cento e oitenta) dias em equiparação ao prazo concedido para a licença à gestante, em razão da obtenção de guarda de criança maior de 1 (um) ano de idade.

2. A diferenciação de períodos de licença-maternidade estabelecida pela Lei nº 8112/90, bem como pela Resolução nº 30/2008 para as servidoras que adotam uma criança e para aquelas que geram os filhos naturalmente não ofende o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, eis que existem diferentes necessidades para ambas as mulheres, as quais não se encontram inseridas em uma mesma situação fática, motivo pelo qual existem prazos diversos para as licenças de cada uma.

3. As mães biológicas, durante a gestação, passam por transformações físicas e psicológicas, além de submeterem-se ao procedimento do parto,

RE 778889 RG / PE

precisando de um maior período de tempo em repouso não só para a recuperação pós-parto, mas também para proteger sua própria saúde, haja vista que por questões fisiológicas não conseguem desempenhar suas atividades profissionais.

4. Não bastassem essas razões, a servidora que deu à luz necessita amamentar por 6 (seis) meses, período recomendado pelos médicos para que a criança se desenvolva de uma maneira saudável. As mães adotivas, por sua vez, não passam por qualquer intervenção médica, tampouco amamentam seus filhos, justificando, assim, a diferença entre as duas situações e a necessidade de concessão dos prazos diversos para a licença-maternidade.

5. O legislador estabeleceu tempo razoável à efetiva convivência familiar entre a mãe e o filho adotivo, possibilitando-se estreitar os laços afetivos entre ambos e assegurar o saudável crescimento do menor, não havendo como equiparar os períodos entre as licenças à gestante e à adotante.

6. Apelação improvida.

2. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. Defende-se a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e da Resolução CJF nº 30/2008 que preveem às servidoras adotantes prazos de licença-maternidade inferiores aos conferidos às servidoras gestantes, por violação aos arts. 39, § 3º, e 227, § 6º, ambos da Constituição. Quanto à Resolução do CJF, alega-se ainda extrapolação de seu papel meramente regulamentar do art. 2º da Lei nº 11.770/2008. A recorrente alega, em síntese, que a licença maternidade não equivale a uma licença médica para recuperação pós-parto, sendo um benefício que visa assegurar à mãe e ao filho a companhia um do outro, em prol do estabelecimento de laços afetivos essenciais ao

RE 778889 RG / PE

surgimento de um adulto saudável. Diz ainda que tais distinções não ocorrem no regime celetista.

3. Com contrarrazões, o recurso foi admitido na origem.

4. O parecer ministerial, da lavra do Subprocurador-Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, é no sentido de submeter o feito ao Plenário Virtual, para análise da repercussão geral. Caso preenchido esse último requisito de admissibilidade, requer nova vista (fls. 216).

5. Feita a breve descrição da hipótese, passo à manifestação.

6. O arts. 207 e 210 da Lei nº 8.112/1990 preveem o seguinte:

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

(...)

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

7. Por sua vez, o Decreto nº 6.690/2008, que Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, dispõe:

Art. 2º. Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

RE 778889 RG / PE

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

(...)

§ 3º. O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;

b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e

c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade;

e

b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

§ 4º. Para os fins do disposto no § 3º, inciso II, alínea b, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

8. No mesmo sentido dispõem os arts. 18 e 21 da Resolução CJF nº 02/2008 e os arts. 1 e 3º da Resolução CJF nº 30/2008, aplicáveis às servidoras da Justiça Federal, como é o caso da ora recorrente.

RE 778889 RG / PE

9. Possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivos que preveem prazos distintos de licença-maternidade a servidoras gestantes e adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CRFB/1988, segundo o qual Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

10. A propósito, ressalte-se que as distinções de prazos de licença-maternidade que vigoravam no regime celetista para trabalhadoras gestantes e adotantes foram abolidas pela Lei nº 12.010/2009, que revogou os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT, incluídos pela Lei nº 10.421/2002. Atualmente, para ambos os casos, o prazo é de 120 (cento e vinte) dias, com possibilidade de extensão por 60 (sessenta) dias (CLT, art. 392-A, caput, e Lei nº 11.770/2008, art. 1º, § 2º).

11. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista econômico, social e jurídico: (i) econômico, porque discute a ampliação do período de afastamento remunerado hoje concedido às servidoras adotantes, com reflexos na prestação dos serviços públicos e no custo das licenças; (ii) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado (tanto que previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição para as trabalhadoras em geral, e aplicável às servidoras por força do art. 39, § 3º, da CRFB/1988), bem como do elevado interesse coletivo nas políticas relativas à adoção de menores, usualmente resgatados de condições de vida precárias; e (iii) jurídico, porque relacionado à absoluta prioridade conferida aos direitos da criança e do adolescente, biológicos ou adotados (art. 227, caput e § 6º), o que revela o caráter central do tema na ordem inaugurada pela Constituição de 1988.

12. Por fim, a discussão em exame é passível de repetição em inúmeros feitos, impondo-se o julgamento

RE 778889 RG / PE

por esta Corte a fim de orientar a atuação da Administração e das servidoras interessadas em adoções. A decisão, assim, ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

13. Diante do exposto, manifesto-me no sentido de reconhecer o caráter constitucional e a repercussão geral do tema ora em exame.

14. É a manifestação.

Brasília, 29 de outubro de 2014

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO
Relator

2. Conforme ressaltado pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, o tema envolve as esferas econômica, social e jurídico-constitucional, tendo em conta princípio que, de início, deve estar presente na interpretação do texto constitucional – o do tratamento igualitário.

3. Pronuncio-me no sentido de mostrar-se configurada a repercussão geral.

4. À Assessoria, para o acompanhamento do incidente no denominado Plenário Virtual, inclusive visando providências nos processos que, no Gabinete, aguardam exame e versam idêntica matéria.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 8 de novembro de 2014.

Ministro MARCO AURÉLIO

05/03/2015

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECDO.(A/S) : **MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia.

Ministro LUIZ FUX

RE 855178 RG / SE

Relator

05/03/2015

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe

Relator:Min. Luiz FuxRecte.(s):União Proc.(a/s)
(es):Advogado-geral da União Recdo.(a/s):Maria Augusta
da Cruz Santos Proc.(a/s)(es):Defensor Público-geral
Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.

Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela UNIÃO, com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição da República, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que possui a seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde. Édito judicial que condenou o Estado e a União a fornecer medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg). Falecimento da autora. Pretensão da União em ver reconhecida sua ilegitimidade passiva para eximir-se do cofinanciamento do custeio do medicamento. Impossibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria.

RE 855178 RG / SE

Apelo e remessa oficial improvidas.

Noticiam os autos que a autora ingressou com esta ação visando à obtenção da medicação de nome BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg /125mg), tendo logrado êxito já em sede de antecipação de tutela deferida em audiência realizada em 19/10/2009, que determinou a aquisição do medicamento pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento). O Estado de Sergipe, em cumprimento à referida decisão, procedeu à entrega do medicamento em 23/11/2009, através de sua Secretaria da Saúde. O juízo a quo ratificou a tutela antecipatória na sentença, e aproximadamente dois meses após esta sobreveio o falecimento da autora, o que provocou a cessação da obrigação de fazer. Contudo, persistiu o inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe.

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União, os Estados-membros e os Municípios, e que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente, nos termos da ementa acima transcrita.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Irresignada, a recorrente interpôs o presente recurso extraordinário. Em suas razões recursais, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação aos artigos 2º e 198 da CRFB/88. Argumenta, em suma, a ilegitimidade da UNIÃO para figurar no polo passivo da demanda, alegando que o SUS é guiado pelo

RE 855178 RG / SE

princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais.

É o relatório.

Destaco, inicialmente, que a discussão posta nos autos não se confunde com aquela travada no RE 566.471-RG, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se debate o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito, em síntese, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e à alegação de ilegitimidade passiva da União.

Observados os demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos.

A discussão transborda os interesses jurídicos das partes, uma vez que envolve a temática de repartição constitucional de atribuições institucionais, tendo em conta a legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que versa sobre o fornecimento de tratamento e medicamentos por parte do Poder Público.

Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Por oportuno, trago à

RE 855178 RG / SE

colação a ementa do referido julgado:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30/4/2010).

Extrai-se do voto condutor:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Examinemos cada um desses elementos.

[...]

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

RE 855178 RG / SE

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos

RE 855178 RG / SE

do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde.

O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em

RE 855178 RG / SE

sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol; Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Verifica-se, desse modo, que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovemento do recurso.

Ex positis, demonstrado que o tema constitucional versado nestes autos transcende interesse das partes envolvidas, sendo relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, manifesto-me pela existência de repercussão geral e pela reafirmação da jurisprudência sobre o tema (art. 543-A, § 1º, do CPC c/c art. 322, parágrafo único do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2014.

Ministro Luiz Fux

Relator

Documento assinado digitalmente

RE 855178 RG / SE

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE

PRONUNCIAMENTO

**RESPONSABILIDADE DOS ENTES
FEDERATIVOS – FORNECIMENTO DE
REMÉDIO – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO –
ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA – JULGAMENTO PELO
PLENO.**

1. O assessor Dr. José Marcos Vieira Rodrigues Filho prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, da relatoria do ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 13 de fevereiro de 2015.

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento à remessa oficial e à apelação, assentando a legitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda, juntamente com o Estado de Sergipe. Consignou ser solidária a responsabilidade dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos e ao funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS. Por fim, asseverou que as questões alusivas ao repasse de recursos ao SUS pelos entes envolvidos deve ser resolvida administrativamente ou em ação judicial própria.

Os embargos declaratórios apresentados foram desprovidos.

No extraordinário, protocolado com base na alínea “a” do permissivo constitucional, a União argui desrespeito aos artigos

RE 855178 RG / SE

2º e 198 da Carta da República¹ e aponta a respectiva ilegitimidade para ocupar o polo passivo da ação. Sustenta que a organização constitucional do sistema de saúde estabelece a descentralização dos serviços, destinando-lhe tarefas específicas, entre as quais, a formulação de diretrizes, políticas e planejamentos bem como a transferência de recursos às fazendas estaduais e municipais, a quem compete executar e operacionalizar o sistema ambulatorial, nele incluído o fornecimento de medicamentos. Aduz não ter a obrigação de

1 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

RE 855178 RG / SE

custear o remédio requerido, quando, de modo indireto, já a cumpriu ao liberar verbas para os demais entes federados. Salienta observar os próprios deveres constitucionais, não podendo ser responsabilizada pela omissão dos outros entes, sob pena de assumir o papel de verdadeira seguradora universal da saúde pública.

Ressalta a necessidade de impor limites à ingerência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente em matéria de saúde. Destaca o efeito multiplicador das decisões judiciais e a imprevisibilidade do impacto no orçamento, com reflexos nas ações e programas já estabelecidos pelo Poder Público. Entende que o artigo 196 da Constituição Federal², ao assegurar o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, garantindo o acesso universal e igualitário, e não às situações individualizadas, como o fornecimento de remédios excepcionais e de alto custo que não se encontram na lista do SUS.

Sob o ângulo da repercussão geral, sublinha que o tema já teve a transcendência reconhecida no Recurso Extraordinário nº 566.472/RN, da relatoria de Vossa Excelência e que trata de

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

2 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

RE 855178 RG / SE

fornecimento de medicamento de alto custo.

A recorrida, apesar de intimada, não apresentou contrarrazões.

O extraordinário foi admitido na origem.

Consta da presente repercussão geral questão relativa à reafirmação da jurisprudência do Tribunal no sentido de ser obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente das carentes.

Eis o pronunciamento do ministro Luiz Fux:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.

Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela UNIÃO, com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição da República, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que possui a seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde. Édito judicial que condenou o Estado e a União a fornecer medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER

RE 855178 RG / SE

62.5mg/125mg). Falecimento da autora. Pretensão da União em ver reconhecida sua ilegitimidade passiva para eximir-se do cofinanciamento do custeio do medicamento. Impossibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria. Apelo e remessa oficial improvidas.

Noticiam os autos que a autora ingressou com esta ação visando à obtenção da medicação de nome BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg /125mg), tendo logrado êxito já em sede de antecipação de tutela deferida em audiência realizada em 19/10/2009, que determinou a aquisição do medicamento pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento). O Estado de Sergipe, em cumprimento à referida decisão, procedeu à entrega do medicamento em 23/11/2009, através de sua Secretaria da

Saúde. O juízo a quo ratificou a tutela antecipatória na sentença, e aproximadamente dois meses após esta sobreveio o falecimento da autora, o que provocou a cessação da obrigação de fazer. Contudo, persistiu o inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe.

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União, os Estados-membros e os Municípios, e que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente, nos termos da ementa acima transcrita.

RE 855178 RG / SE

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Irresignada, a recorrente interpôs o presente recurso extraordinário. Em suas razões recursais, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação aos artigos 2º e 198 da CRFB/88. Argumenta, em suma, a ilegitimidade da UNIÃO para figurar no polo passivo da demanda, alegando que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais.

É o relatório.

Destaco, inicialmente, que a discussão posta nos autos não se confunde com aquela travada no RE 566.471-RG, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se debate o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito, em síntese, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e à alegação de ilegitimidade passiva da União.

Observados os demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos.

A discussão transborda os interesses jurídicos das partes, uma vez que envolve a temática de repartição constitucional de atribuições institucionais, tendo em conta a legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que versa sobre o fornecimento de tratamento e medicamentos por parte do Poder Público.

Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355,

RE 855178 RG / SE

Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Por oportuno, trago à colação a ementa do referido julgado:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30/4/2010).

Extrai-se do voto condutor:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Examinemos cada um desses elementos.

[...]

RE 855178 RG / SE

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das

RE 855178 RG / SE

ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde.

O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90.

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as

RE 855178 RG / SE

instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol; Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Verifica-se, desse modo, que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovimento do recurso.

Ex positis, demonstrado que o tema constitucional versado nestes autos transcende interesse das partes envolvidas, sendo relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, manifesto-me pela existência de repercussão geral e pela reafirmação da jurisprudência sobre o tema (art. 543-A, § 1º, do CPC c/c art. 322, parágrafo único do RISTF).

Publique-se.

RE 855178 RG / SE

Brasília, 19 de dezembro de 2014.

Ministro Luiz Fux

Relator

2. O tema é passível de análise pelo Colegiado em reunião física, presente a responsabilidade dos entes federativos quanto ao fornecimento de remédio, considerados os artigos 2º, 196 e 198 da Carta Federal.

3. Limito-me a admitir a existência de repercussão geral.

4. À Assessoria, para o acompanhamento do incidente, inclusive em relação a processos que, no Gabinete, versem a mesma matéria.

5. Publiquem.

Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

Ministro MARCO AURÉLIO

21/05/2015

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 858.075 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU

ORÇAMENTO – APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS NA ÁREA DA SAÚDE – CONTROLE JUDICIAL – SEPARAÇÃO DE PODERES – ALCANCE DOS ARTIGOS 2º, 160, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, E 198, § 2º E § 3º, DO CORPO PERMANENTE E 77, INCISO III, § 3º E § 4º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CARTA DE 1988 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário impor aos municípios e à União a aplicação de recursos mínimos na área da saúde, antes da edição da lei complementar referida no artigo 198, § 3º, da Constituição Federal, considerados os preceitos dos artigos 2º, 160, parágrafo único, inciso II, e 198, § 2º e § 3º, do corpo permanente e 77, inciso III, § 3º e § 4º, do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

RE 858075 RG / RJ

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 858.075 RIO DE JANEIRO

PRONUNCIAMENTO

ORÇAMENTO – APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS NA ÁREA DA SAÚDE – CONTROLE JUDICIAL – SEPARAÇÃO DE PODERES – ALCANCE DOS ARTIGOS 2º, 160, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, E 198, § 2º E § 3º, DA CARTA DA REPÚBLICA E 77, INCISO III, § 3º E § 4º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. O assessor Dr. José Marcos Vieira Rodrigues Filho prestou as seguintes informações:

O Ministério Público Federal formalizou ação civil pública contra o Município de Nova Iguaçu e a União para ver cumpridas as regras previstas nos artigos 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 160, parágrafo único, inciso II, e 198, § 2º e § 3º, do corpo permanente da Carta da República, relativas à aplicação de recursos orçamentários mínimos nas ações e serviços públicos de saúde.

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes nos seguintes termos:

Isso posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para determinar ao Município de Nova Iguaçu que inclua, no orçamento do exercício financeiro vindouro à intimação para cumprimento desta sentença, previsão de utilização de recursos para ações e serviços de saúde pública no valor de R\$ 2.662.030,00 (dois bilhões e

RE 858075 RG / RJ

seiscentos e sessenta e dois mil e trinta reais), corrigidos monetariamente a contar de 1º de janeiro de 2003, sem prejuízo da aplicação do percentual mínimo constitucionalmente estabelecido (art. 198, § 2º, da CRFB c/c art. 77, inciso III, do ADCT). Deverá o Município-Réu adotar idêntico procedimento em relação ao exercício financeiro subsequente àquele retromencionado, nele incluindo a quantia de R\$ 1.447.140,00 (um milhão e quatrocentos e quarenta e sete mil e cento e quarenta reais), corrigida monetariamente a contar de 1º de janeiro de 2004. Os recursos em foco deverão ser depositados no Fundo Municipal de Saúde (art. 77, § 3º, do ADCT) e efetivamente utilizados no decurso dos exercícios financeiros anteriormente mencionados.

Condeno a União Federal a promover o acompanhamento do ora determinado, condicionando a entrega de recursos referentes à repartição de receitas tributárias, a que alude o artigo 159, inciso I, alínea "b", da CRFB, à comprovação, por parte do Litisconsorte-réu, do integral atendimento desta sentença.

A União interpôs apelação, provida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. EC 29/00. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. ATIVISMO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. PROVIMENTO.

1. A questão em debate diz respeito a possível descumprimento por parte do Município de Nova Iguaçu da determinação contida na Emenda Constitucional n. 29/00 relativamente aos anos de 2002 e 2003 envolvendo um mínimo anual de recursos que deveria ter sido aplicado no Sistema Único de Saúde referente à localidade. E, no que tange à União Federal, a pretensão

RE 858075 RG / RJ

deduzida se refere à circunstância de não haver cumprido sua atribuição prevista no art. 160, III, da Constituição Federal, referente à retenção dos recursos previstos nos arts. 158 e 159, do texto constitucional, devido ao descumprimento do dever jurídico do Município de Nova Iguaçu.

2. Com base na Emenda Constitucional n. 29/00, foi atribuída à União Federal a possibilidade de suspender a entrega de recursos decorrentes de receitas tributárias aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não cumprirem a aplicação mínima dos percentuais constitucionais em ações e serviços públicos de saúde com base no art. 198, § 2, II e III, da Constituição Federal.

3. Contudo, a própria Constituição reservou à lei complementar a regulamentação dos preceitos básicos para garantir a efetiva realização do repasse de verbas decorrente da repartição constitucional das receitas tributárias.

4. Considero inviável que o Poder Judiciário substitua a atuação da União Federal via órgãos e entidades próprias para o fim de condenar o Município de Nova Iguaçu e a própria União Federal em determinadas obrigações que ainda não se revelam claras no ordenamento jurídico brasileiro relativamente ao modo como deve ser concretizada a possível sanção ao ente constitucional violador da norma do art. 198, § 2º, II e III, da Constituição Federal.

5. Revela-se clara afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º) a determinação feita na sentença recorrida no sentido de condenar o Município de Nova Iguaçu a incluir, em dois exercícios financeiros seguidos, valores já fixos para destinação em ações e serviços de saúde pública devido à alegada insuficiência dos valores que de fato foram destinados a tais atividades nos exercícios de 2002 e de 2003.

6. Não se desconhece a possibilidade de o Poder

RE 858075 RG / RJ

Judiciário atuar quando houver omissão relevante e injustificável de alguns dos outros dois Poderes da República a respeito de questão da mais alta relevância, como ocorreu no julgamento do tema referente às uniões de pessoa do mesmo sexo (ADI 4.277 e ADPF 132), bem como na questão relativa ao custeio de medicamentos e tratamentos de alto custo a pessoas portadoras de doenças graves (Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211, 278, Suspensões de Segurança ns. 3274, 2944, 2361, 3345 e 3355, e Suspensão de Liminar 47).

7. A própria ocorrência de ativismo judicial exige uma situação de absoluta excepcionalidade que, com a devida vênia, não se verifica na hipótese em questão, em especial por não ter sido editada a lei complementar que deverá regulamentar o disposto nas normas constitucionais que preveem o percentual mínimo do orçamento que deverá ser destinados às ações e serviços de saúde pública.

8. Ainda que se possa identificar o descumprimento dos preceitos constitucionais a respeito – como aparentemente ocorreu com o Município de Nova Iguaçu nos anos de 2002 e 2003 –, caberia à União Federal analisar, com base em critérios de conveniência e oportunidade, a viabilidade de aplicar medidas concretas e sancionatórias contra o Município, o que não ocorreu.

9. Há, inclusive, justificativa apresentada pela União Federal no sentido de considerar possivelmente as verbas aplicadas nos exercícios de 2004 a 2006 como compensatórias daquelas não investidas nos períodos de 2002 e 2003. Tal alegação, por si só, se revela apta a demonstrar que não houve omissão desprovida de razoabilidade, ou que a União não levou em consideração determinadas circunstâncias para não tomar a medida extremada prevista na Constituição Federal.

10. Apelação e remessa necessária providas.

RE 858075 RG / RJ

Por meio do extraordinário de folha 675 a 682, o Ministério Público Federal pleiteia seja reformado o acórdão e restabelecida a sentença. Afirma, em caráter preliminar, que a questão constitucional tratada no recurso possui repercussão geral, haja vista atingir um grande número de pessoas, ser comum à maioria dos municípios e versar efetivação do direito fundamental à saúde.

Sustenta ter o Tribunal local violado os artigos 2º, 5º, § 1º, 160, parágrafo único, inciso II, e 198, § 2º, inciso III, e § 3º, da Carta da República e 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao concluir pela impossibilidade de o Poder Judiciário obrigar (1) o Município a aplicar os percentuais constitucionais mínimos na área da saúde e (2) a União a fiscalizar o cumprimento desses índices.

A União, em contrarrazões, diz do acerto do pronunciamento impugnado, alegando não caber àquele ente controlar nem assegurar a observância dos percentuais constitucionais mínimos de recursos a serem destinados à área da saúde pelos municípios. Aduz ter agido com respeito à autonomia federativa do Município de Nova Iguaçu, ao efetuar as transferências das receitas tributárias determinadas pela Lei das Leis. Anota a inexistência de lei complementar à época, especificando a forma por meio da qual deveriam ser atendidos os comandos constitucionais relativos à vinculação de receitas orçamentárias, de sorte que o Poder Judiciário não poderia criar uma regra para esse caso sem violar o artigo 2º do Diploma Maior.

O Município de Nova Iguaçu, apesar de intimado, não apresentou contrarrazões.

O extraordinário foi admitido na origem.

2. Ante o disposto no artigo 2º da Carta da República e a não edição da lei complementar referida no artigo 198, § 3º, da Lei Maior, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região assentou que o Poder Judiciário não pode substituir-se às instâncias administrativas e reformou sentença na qual declarada a procedência parcial dos pedidos para condenar o Município

RE 858075 RG / RJ

de Nova Iguaçu a incluir, no orçamento, previsão de recursos para ações e serviços públicos de saúde, em observância aos preceitos dos artigos 198, § 2º, do corpo permanente da Carta da República e 77, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Consignou que a União deve acompanhar a realização das dotações orçamentárias, condicionando a entrega de recursos decorrentes da repartição de receitas tributárias, como autoriza o artigo 160, parágrafo único, inciso II, à comprovação do cumprimento da sentença pelo Município.

Os dispositivos constitucionais preveem:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...)

II – ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...)

RE 858075 RG / RJ

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Art. 77, ADCT. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

RE 858075 RG / RJ

(...)

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Eis tema a reclamar o crivo do Supremo, definindo-se o alcance das normas em jogo, ou seja, cabe ao guarda maior da Constituição Federal elucidar se os preceitos contemplam obrigação a ser imposta pelo Poder Judiciário aos municípios e à União, antes mesmo da edição da lei complementar referida no artigo 198, § 3º, da Carta da República.

3. Pronuncio-me no sentido de ter como configurada a repercussão geral. Uma vez admitida, colham o parecer da Procuradoria Geral da República, visando a apreciação da controvérsia e, portanto, o julgamento do recurso extraordinário.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto aos processos que, no Gabinete, versem a mesma matéria.

5. Publiquem.

Brasília, 29 de abril de 2015.

Ministro MARCO AURÉLIO