

Submetido em: 06/11/2019

Aprovado em: 12/12/2019

TEORIA SISTÊMICA E DIREITOS HUMANOS: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA¹

MATTEO FINCO²

SÚMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 A MODERNIDADE COMPLEXA E A CONTINGÊNCIA. 3 O DIREITO DA SOCIEDADE: DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS. 4 A FUNÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E A INCLUSÃO. 5 DIREITO À SAÚDE PARA O STF: UMA CORTE QUE NÃO VÊ? 6 CONCLUSÃO: UMA ECOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS? REFERÊNCIAS.

RESUMO: O artigo trata dos direitos humanos na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, no fim do século XX. A contribuição dele e de outros autores – aqui o enfoque será, sobretudo, no trabalho do Professor italiano Raffaele De Giorgi –, em contraponto, especificamente, com o conteúdo de sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito à saúde. O objetivo do trabalho é desenvolver uma perspectiva sociossistêmica sobre direitos humanos, discutindo a função que eles desenvolvem na sociedade. Com o suporte das pesquisas bibliográfica e documental e do método hipotético-dedutivo, firma-se como hipótese que uma teoria que entende o social como comunicação e a sociedade moderna como sociedade mundial, funcionalmente diferenciada, pode destacar as funções latentes dos direitos humanos – além de ser “valores” – e o papel que têm na evolução da sociedade. No mesmo tempo, a análise empírica (sentenças do STF) tenta de ver se e em que medida o entendimento concreto do direito à saúde por parte dos tribunais pode representar um obstáculo por essa evolução.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito à saúde. Teoria dos Sistemas Sociais. Supremo Tribunal Federal.

¹ Professor Doutor na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (FDIR-UPM). Professor Permanente do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU. Endereço: Joaquim Eugenio de Lima, 1094, São Paulo. E-mail: fernando.lima@mackenzie.br. Telefone: 11997119424.

² Doutor em Social Sciences (Università degli Studi di Macerata, Italia). Bolsista pós-doutorado PNPd/CAPES, Uniritter (Porto Alegre). Agradece-se à CAPES pelo financiamento do projeto de pesquisa cujo desenvolvimento deu origem ao presente artigo. Endereço: Rua General Canabarro, 375, Porto Alegre. E-mail: fincomatteo@gmail.com. Telefone: 51995024838.

SYSTEMIC THEORY HUMAN RIGHTS: THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: The article deals with Human Rights from the perspective of social systems theory, developed by the German sociologist Niklas Luhmann in the late twentieth century. The contribution of him and other authors – here we will focus mainly on the work of Italian Professor Raffaele De Giorgi – will be analyzed reflecting specifically on the STF’s judgments on the right to health. The aim of this paper is to develop a socio-systemic perspective on human rights, discussing the role they play in society. Through bibliographic and documentary research and the hypothetical-deductive method, the hypothesis is: a theory that conceive the social as communication and the modern society as a functionally differentiated world society, can highlight the latent functions of human rights – in addition to being “values” –and their role in the evolution of society itself. At the same time, the empirical analysis (STFs judgments) tries to verify if and to what extent the concrete understanding of the right to health by the courts may represent an obstacle to this evolution.

KEYWORDS: Human rights. Right to health. Social systems theory. Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O artigo aborda os direitos humanos na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, desenvolvida pelo sociólogo Niklas Luhmann no fim do século XX. Além de fornecer essa moldura teórica ao tópico, por enquanto não muito investigado sob o ponto de vista sistêmico, analisa a importância desses direitos em um sentido **evolutivo** para entender qual é a contribuição (efetiva e potencial) do complexo dos direitos humanos para a evolução da sociedade moderna, verificando se são interpretados e “aplicados” concretamente, dentro do sistema do direito, especificamente, no nível do Supremo Tribunal Federal (STF).

As justificativas para descrever o tema sob as premissas da Teoria dos Sistemas, entre outros motivos, podem ser assim definidas: a) uma teoria que entende a sociedade mundial como comunicação pode destacar as funções latentes dos direitos humanos e a natureza deles, além de servir como valores, ou seja, ideais (nível estrutural); b) na modernidade, os direitos humanos – mais que normas básicas ou valores irrenunciáveis – podem (deveriam?) ser entendidos como referências indispensáveis para indicar o que é o **humano** nos seres humanos,

tanto para atribuir um sentido concreto à palavra **humanidade**, além das características biológicas, como para identificar os limites além dos quais a sociedade reage na forma de escândalos, indicando situações de violações que não são possíveis de aceitar, e, desta maneira, deduzir o que concretamente se entende por direitos humanos, também questionando se é possível pensar em normas indispensáveis³ (nível semântico); c) no centro do sistema do direito (tribunais) – nesse caso, no Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro – o entendimento da saúde como direito humano irrenunciável pode significar também concebê-lo como direito intocável, de fato, dificultando o operar jurídico diante das necessidades da sociedade, em constante evolução.

O problema que instiga a pesquisa é materializado pelas seguintes perguntas: o direito à saúde pode ser considerado um direito absoluto como tem decidido o STF e no mesmo sentido que este Tribunal entende? Esse entendimento poderia gerar um bloqueio no processo evolutivo da sociedade, tanto no operar jurídico quanto no papel dos direitos humanos?

Para responder a essas questões, a pesquisa utiliza uma parte teórica e uma empírica. Na parte teórica, concentrou-se em fontes bibliográficas divididas da seguinte forma: a) referências da matriz teórica adotada, ou seja, a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann⁴; b) textos de leitores privilegiados de Luhmann, como o Professor Raffaele De Giorgi, do qual se destaca o artigo intitulado **Por uma Ecologia dos Direitos Humanos**⁵; c) outros textos que abordem os direitos humanos de perspectivas diferentes (sociológica, filosófica, jurídica, política etc.).

O levantamento empírico ocorreu na jurisprudência do STF sobre o direito à saúde foi feito no acervo do seu site online⁶, mediante a seleção das expressões-chave: “direito à saúde e direitos humanos” e “direito à saúde e direitos fundamentais”.

2 A MODERNIDADE COMPLEXA E A CONTINGÊNCIA

³ Cf. LUHMANN, Niklas. **Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?** Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

⁴ Sobre essa teoria, ver, em geral: LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Bologna: il Mulino, 1990.

⁵ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, Unichristus, ano 13, n. 20, p. 324-340, 2017. Outras referências essenciais são as dos professores brasileiros Celso Fernandes Campilongo e Marcelo Neves.

⁶ Sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaAcervoStf>.

Complexidade denota a totalidade de eventos possíveis, ou seja, a situação, caracteristicamente moderna, em que sempre há mais possibilidades além das já efetivadas.⁷ A complexidade não é planejada, e por isso também não é controlável. As relações sociais ganham certeza somente após ocorrerem. Daí a razão de o futuro tornar-se pouco previsível. Além disso, a complexidade tem como consequência que as decisões já tomadas poderiam ter sido diferentes de forma legítima e que nenhuma delas é obrigatória intocável, ou seja, pela contingência duas ou mais opções seriam boas para a mesma situação. Neste sentido, as expressões contingência e complexidade são tentativas de captar os problemas da vida social.⁸

Assim, complexidade pressupõe a necessidade de reduzir, organizar a realidade social, não controlá-la – coisa impossível –, mas sim fazer com que a complexidade externa, no ambiente, esta mesma realidade tenha sentido para um sistema, ou seja, para um conjunto de elementos que desenvolvem uma função específica na sociedade (como o direito, a economia, a política etc.). Nesse sentido, a única maneira de lidar com a complexidade é aumentar a complexidade interna do mesmo sistema, de forma que possa reagir de uma maneira melhor – justamente mais complexa –, diante dos eventos e dos estímulos da realidade social⁹.

A sociedade moderna é o produto de contínuas modificações, de uma evolução. Aqui não há mais diferentes sociedades estratificadas em classes sociais¹⁰, mas uma única sociedade mundial (*World society*) funcionalmente diferenciada¹¹. Portanto, complexidade também

⁷ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 219: “Per complessità del mondo Luhmann intende la totalità degli eventi possibili. Il mondo è estremamente complesso laddove il margine di attenzione della nostra esperienza intenzionale e del nostro agire è estremamente ridotto: la sovrabbondanza del possibile supera sempre ciò che noi siamo capaci di elaborare attraverso l’azione o l’esperienza.”.

⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. v. I p. 44-46. Ver NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, p. 15: “Com a pretensão de um modelo explicativo mais abrangente a respeito da emergência da sociedade moderna, Luhmann utiliza, em primeiro lugar, o critério da complexidade entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas”.

⁹ Tra-se do princípio da *requisite variety* de W. R. Ashby (*Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems*, «Cybernetica» 1, 1958, p. 83-99), ou seja, quanto maior a complexidade interna de um sistema, maior a porção do mundo que ele consegue capturar e, portanto, mais diferenciadas suas respostas podem ser e maiores suas possibilidades de sobreviver.

¹⁰ Hoje categorias como essas nos dizem nada sobre a estrutura da sociedade contemporânea: “No nos informa solamente sobre aquello que las personas pueden esperarse según su colocación.”: CORSI, Giancarlo. **Redes de la exclusion**. In: **Redes de inclusión. La construcción social de la autoridad**. A cura di Fernando Castañeda Sabido; Angélica Cuéllar Vázquez; Adriana Berrueco García. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p. 29-42, p. 29.

¹¹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Globalization or World society: How to conceive of modern society?**. **International Review of Sociology**. Vol. 7, Issue 1, Mar 1997. p. 67-79; **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Jostxo Beriain; José María García Blanco (Ed.). Madrid: Editorial Trotta, 1998 e LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

significa produção de diferenças novas ou ampliação de diferenças já realizadas como as principais consequências dessa sociedade.¹²

Complexidade e contingência significam diversidade de alternativas que não se pode prever nem controlar. O futuro é apenas previsão, e não se pode esperar o seu acontecimento. Se, atualmente, temos “sim” como decisão, poderíamos no futuro ter o “não”. A tarefa de reduzir a complexidade do mundo é dos sistemas sociais, realizada pelo alto grau de diferenciação comunicativa.¹³ Essa referida complexidade social instaura-se também no sistema jurídico.¹⁴ Nesse sentido, além de Luhmann, destaca-se a contribuição do Professor Raffaele De Giorgi.¹⁵

3 O DIREITO DA SOCIEDADE: DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS

A teoria sistêmica concebe, dentro do sistema mais amplo da sociedade, subsistemas diferentes. O direito (*Recht*) tem a função de manter as expectativas normativas, garantindo que as normas permaneçam estáveis ao longo do tempo (perspectiva temporal), mesmo quando elas não são respeitadas. Com isso, o direito estabelece o que vai acontecer nesse caso. Trata-se de uma forma para, na medida do possível, reduzir a complexidade, ou seja, “controlar” o futuro. Além disso, o direito deve ser generalizável no nível material (ou seja, deve ser aplicável em diferentes circunstâncias, a diferentes casos) e ter um consentimento geral (perspectiva *social*). O direito é, portanto, o “sistema imunológico” da sociedade, que permite responder a situações anômalas e imprevistas.¹⁶

¹² Cf. DE GIORGI, Raffaele; CORSI, Giancarlo. **Ridescrivere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia, 1999. p. 21 e 25.

¹³ Cf. DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**, p. 219. Ver Celso Fernandes Campilongo, **Governo representativo versus governo dos juízes**. Belém: UFPA, 1998. p. 56. Ver ainda LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**, p. 225: “O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social”. Ver ainda LUHMANN, Niklas. **Sociologia del diritto**. p. 17. Quem trabalha, entre nós, com o conceito de sociedade, complexidade e contingência sob inspiração luhmanniana é Tercio Sampaio Ferraz Jr.: ver **Introdução ao estudo do direito**, p. 102.

¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e comunicação de massa. In: **O direito na sociedade complexa**, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 163.

¹⁵ Cf. DE GIORGI, Raffaele. Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial. In: **Direito, Tempo e Memória**.

¹⁶ Sobre o direito como sistema social, veja-se também LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Alberto Febbrajo (Ed.). Bologna: il Mulino, 1974 e **Introduzione generale: Economia e diritto. Problemi di collegamento strutturale**. In: **L’informazione nell’economia e nel diritto**. N. 6. Osservatorio “Giordano Dell’Amore” sui rapporti tra diritto ed economia del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, Congresso internazionale, 30-31 marzo 1989. Milano: Cariplo, 1990. p. 27-46.

O **código** do direito, ou seja, o seu princípio básico norteador, é *Recht/Unrecht* (direito/não direito): trata-se não apenas de distinguir o comportamento lícito daquele ilícito, mas de levar em consideração qualquer conflito que possa ser judicializado.¹⁷

O direito moderno não é mais o direito antigo, o direito natural, que distingue entre “*lex divina* ou *lex aeterna* e entre *lex naturalis* e *lex humana* ou *lex positiva*”¹⁸. O direito agora é positivo, não mais subordinado à imutabilidade. Possui os seus elementos fundamentais em si mesmo, tornando-se independente e adquirindo a possibilidade de mudar, a fim de responder melhor às necessidades da sociedade. Nesse sentido, as constituições têm um papel fundamental ao listar os princípios fundamentais de um Estado e sua estrutura organizacional, garantem a separação de funções entre o sistema político e o sistema jurídico e, conseqüentemente, a autonomia deles permite distinguir entre legislação e administração da justiça e estabelecer normas vinculativas ao mais alto nível (direitos fundamentais) que possibilitam uma estabilidade elevada (o que não significa que uma constituição não possa ser modificada).

A perspectiva dos direitos humanos descrita por um ponto de vista sistêmico procura focar na sua função interior e para a sociedade mundial. Esta perspectiva, se de um lado se afasta do jusnaturalismo, de outro também não se alinha com o positivismo de matriz kelseniana. Distanciando-se de ambos, o direito agrega valores, leis, decisões e muito mais; entretanto, tudo isso acontece em um cenário comunicacional de operações fechadas (o direito funciona somente com base no seu próprio código) e cognição aberta (o ambiente/entorno, ou seja, que não é parte do sistema, é fonte de **irritações**, mas não pode condicionar o sistema, que reage somente com base nos seus elementos estruturais), dentro de um processo ininterrupto, dito **autopoietico** (o direito se reproduz e sobrevive com a força do seu contínuo funcionamento, das suas operações específicas).

A proposta funcionalista de descrever os direitos humanos por meio da teoria sistêmica afasta o romantismo que normalmente norteia tal análise, o qual, ao se tornar ingênuo, muitas vezes coloca em risco as próprias conquistas legais e sociais.

O raciocínio da proposta funcionalista se sustenta em duas premissas, sendo que a primeira diz respeito à concepção de seres humanos dentro da teoria sistêmica: eles também são considerados sistemas. As **consciências** são sistemas que reproduzem pensamentos,

¹⁷ CORSI, Giancarlo. Prefazione. In: LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Milano: Paravia Bruno Mondadori, 2005, p. XII. Muitos tradutores preferiram traduzir *Recht/Unrecht* com “lícito/ilícito” ou “legal/ilegal”.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 112.

enquanto os **corpos** são sistemas biológicos. Este fato, por si só, permite descrever a participação dos seres humanos na comunicação, o que não implica assumir uma posição anti-humanista; pelo contrário, Luhmann descreveu cuidadosamente a evolução da individualidade especificamente moderna, que leva a uma nova concepção de ser humano. Na verdade, somente na modernidade ele é considerado: a) **indivíduos**, ou seja, o ser humano é valorizado a partir de sua própria individualidade, de uma identidade diferente para cada um (enquanto no passado a identidade era preestabelecida desde o nascimento em virtude de pertencer a um clã ou a uma tribo, a uma família, a uma classe social); b) **sujeitos** de direito, isto é, detentores de direitos (em número cada vez maior), que podem fazer pretensões; c) **peessoas**, capazes de participar nos diferentes âmbitos da sociedade, com relativa independência umas em relação a outras (pode-se ser mais ou menos rico e, ao mesmo tempo, realizar uma atividade intelectual ou manual, participar de diferentes formas na vida política etc.).¹⁹

A segunda premissa diz respeito à difusão na modernidade da ideia de “universalidade da razão humana”²⁰ e para a sua formação são particularmente necessários os ideais iluministas de igualdade e de liberdade. A propósito, universalidade da razão significa que o “direito é atribuído e reconhecido, é uma demarcação que determina o espaço da ação dentro da qual o agir é lícito”²¹. Ou seja, na modernidade o direito é acessível a todos, tornando-se universal, mas também pode ser especificado para cada um. Trata-se de equilíbrio entre igualdade e liberdade. A igualdade garante as pré-condições da comunicação e possibilita a ação generalizada, além das diferenças que limitavam essa generalização e que vinculavam a

¹⁹ Sobre a individualidade moderna e as ideias de indivíduo, sujeito e pessoa, ver em particular LUHMANN, Niklas. *Indivíduo, Individualidad, Individualismo*. **Zona Abierta**. 70-71, 1995. p. 53-157 (*Individuum, Individualität, Individualismus*. In: **Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft**. Band. 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. p. 149-259); *The Individuality of the Individual: Historical meanings and Contemporary Problems*. In: **Essays on Self-Reference**, New York: Columbia University Press, 1990. p. 107-122; *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins fuer die moderne Gesellschaft*. In: **Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft**. Band 2. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1981. p. 45-104).

²⁰ Tentou-se assegurar a racionalidade para a construção do bem comum. O fracasso desse ideário, entretanto, logo veio à tona: “Já no início do século a realização destas premissas tornou-se evidente, quando, no teatro do mundo – mundo da razão e da humanidade – começou, para usar a formulação hegeliana, a representação da tragédia na eticidade que o absoluto recita consigo. Uma tragédia que ainda continua.” (DE GIORGI, Raffaele. *Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial*. In: **Direito, tempo e memória**, p. 210). Ver, sobre a crítica de Luhmann ao iluminismo racional, CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 20. Podemos afirmar que a história mostrou que pensar em valores universais em previsão do futuro (sejam nas políticas públicas internas ou externas de nações), controle da humanidade e nas revoluções em nome do bem comum são formas de promover a barbárie. A certeza que se tem quando se fala de economia, em direito, no amor e, por que não dizer em boa parte dos fenômenos sociais, é a incerteza do porvir.

²¹ DE GIORGI, Raffaele. *Por uma Ecologia dos Direitos Humanos*, p. 325.

autorrepresentação individual a posições sociais pré-estabelecidas.²² A igualdade não exclui as desigualdades, mas limita a arbitrariedade: as discriminações não podem mais ser arbitrárias, não podem mais depender do tomador de decisão com base em seus sentimentos ou preferências (ou capricho). Em vez disso, devem basear-se em razões objetivas: o direito positivado não obriga a comportamentos conformes, mas protege aqueles que a eles se adaptam. A liberdade representa o outro pólo que autoriza todos a buscar sua própria autorrealização, de uma forma original e sem restrições. É por essa razão que outra ideia tipicamente moderna, a da *equidade*, intervém assumindo o papel de um “dispositivo de autocorreção do direito”.²³

Na sociedade mundial funcionalmente diferenciada, a inclusão (dos seres humanos) é regulada por vários subsistemas independentes, cada um de acordo com seus próprios critérios – os indivíduos “devem poder participar de todos os sistemas de função”²⁴. Igualdade de condições e liberdade de decisões são, portanto, direitos e produtos semânticos da diferenciação funcional. Os indivíduos devem poder participar das várias formas de comunicação (pagamentos na economia, decisões na política etc.) e mudar seus comportamentos, atitudes e disposições, adaptando-os aos diferentes sistemas, caso a caso, de momento a momento.

O ponto de conexão entre as duas premissas apontadas é outro resultado semântico da diferenciação funcional, ou seja, a **dignidade**. Para Luhmann, dignidade e liberdade são condições fundamentais para o sucesso da autorrepresentação individual, isto é, as condições prévias para a socialização do ser humano “entendido como personalidade individual”.²⁵ Se o indivíduo moderno for livre – para desenvolver a personalidade como individualidade autoconsciente, agir de maneira pessoal, protegido das violações e das interferências externas (sobretudo as do Estado) – e se, ao mesmo tempo, os papéis a que aderir se reconciliarem com uma autorrepresentação bem-sucedida, digna de consideração – ou seja, poder expressar autêntica e livremente “o que cada um é”, identificando-se com a própria **pessoa** –, terá realmente a possibilidade de ser incluído na ordem social. Essencialmente, **liberdade** e **dignidade**, em vez de direitos humanos inalienáveis, deveriam ser considerados produtos da diferenciação funcional, essenciais para garantir a inclusão. Deste ponto de vista, os direitos humanos essenciais (dignidade e liberdade), mais do que conquistas sociais, devem ser

²² DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. In: GALLINO, Luciano (Ed.). **Disuguaglianze ed equità in Europa**. Roma-Bari: Laterza, 1993. p. 359-378, p. 365.

²³ DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità, p. 370. *Tradução nossa*.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 625.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**, p. 110.

entendidos como requisitos que a própria sociedade, mesmo indiretamente, promove na forma de **garantias**.²⁶

Para De Giorgi, ‘universalidade da razão’ significa que o sujeito moderno é ‘unitário, racional e livre’ e que “os Direitos Humanos vêm sendo tratados como garantias do reconhecimento da individualidade dos indivíduos, de sua dignidade, de sua liberdade, de sua impossibilidade de repetição da pessoa humana.”²⁷

Portanto, a teoria sistêmica, por um lado, vê os direitos fundamentais e humanos como *instituições*²⁸ – isto é, construtos destinados a proteger a autonomia individual e a manter a separação entre os subsistemas da sociedade – e não como direitos invioláveis eternos; por outro, enfatiza a “função evolutiva” deles, ou seja, o fato de que “bloqueiam a involução, impede que o passado inunde o presente com seus detritos”.²⁹

Os direitos fundamentais e os direitos humanos³⁰ representam uma grande “aquisição evolutiva” da sociedade moderna, desde que consigam “fornecer as condições nas quais é possível estabilizar a forma de diferenciação social tipicamente moderna” e, portanto, constituem uma referência que o direito e a política podem utilizar para relacionar-se com o ambiente, fornecendo ao indivíduo um “longo horizonte” para “exercitar-se na prática de suas atividades decisórias”³¹.

Portanto, não é coincidência que as constituições contêm os direitos fundamentais e humanos³² e que, além de representar os valores solenemente reconhecidos em um Estado, oferecem as condições de inclusão e os núcleos semânticos em torno dos quais a política e o direito (subsistemas) são chamados a operar.

²⁶ “os Direitos Humanos são garantias, porque nada podem em relação à gestão real da inclusão e de suas consequências. Fixam as condições de generalização, ou seja, da indiferença em relação ao caso específico”: DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 327.

²⁷ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 325-326.

²⁸ LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Duncker & Humblot: Berlin, 1965.

²⁹ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 328.

³⁰ Como afirma M. Neves, “tantos os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro uma ordem constitucional estatalmente determinada. Os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional)”: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 226.

³¹ DE GIORGI, Raffaele. Periferias da modernidade. **Revista Direito Mackenzie**. V. 1. N. 2, 2017. p. 39-47, p. 46.

³² Sobre a relação entre Constituições e direitos fundamentais e humanos, veja-se também CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: Alberto Febbrajo; Giancarlo Corsi (Eds.), **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**. Abingdon-New York: Routledge, 2016, p. 11-29.

Assim, para a política e para o direito, os direitos humanos e fundamentais são, por um lado, referências indiscutíveis, valores intocáveis, condições básicas, por outro, temas permanentes, e o significado (de cada um deles e de todos) deve ser continuamente redefinido, expandido ou reduzido, detalhado e aplicado a novos contextos, situações, tradições. Em outras palavras, os direitos fundamentais e humanos são cada vez mais reivindicados e continuamente re-especificados nos mais diferentes contextos – onde são solenemente proclamados, mas muitas vezes não respeitados, e onde lutam para ser reconhecidos. Esses mesmos direitos são formulados não somente nas constituições, mas também em documentos internacionais (Cartas, Tratados, Convenções) e o propósito é garantir as condições de inclusão, na medida em que permitem a representação do outro.

3 A FUNÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E A INCLUSÃO

Quando direcionamos o olhar, a atenção para os direitos humanos especificamente, observamos que eles, passando por cima dos limites determinados das fronteiras nacionais³³, são “expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social”.³⁴ Assim ao reconhecer as condições básicas para a inclusão (o fato de ser humano e, portanto, de ter o direito de avançar reivindicações, ou seja, obter garantias de participação na esfera social) os direitos humanos asseguram que os sistemas permaneçam abertos ao ambiente, ao reconhecimento contínuo do outro³⁵ e, portanto, à evolução. Isso porque, como vimos, os sistemas são **operacionalmente fechados, cognitivamente abertos**, e devem continuamente ser capazes de conhecer e processar as irritações que têm suas origem no ambiente. “Os Direitos Humanos, em outras palavras, regulam a abertura e o fechamento ao mesmo tempo.”³⁶ Essa dinâmica faz o que os direitos humanos possam permanecer flexíveis, isto é, não

³³ Geralmente distingue-se entre “direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pelos Estados e direitos humanos protegidos internacionalmente, estes afirmados inclusive contra os Estados. Os seus conteúdos, porém, entrecruzam-se na categoria de direitos civis, políticos, sociais e novos direitos”: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 2009, p. 223.

³⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 225.

³⁵ “o esquema dos Direitos Humanos contribui para a estabilidade da sociedade moderna porque deixa aberto o espaço para a contínua produção do outro, para a contínua emergência daquilo que é outro.”: DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 329.

³⁶ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 333.

predeterminados, mutáveis, a fim de compreender novos casos, adaptar-se a situações concretas e a contextos culturais diferentes.

Os conflitos entre valores também podem ser resolvidos, definindo de tempos em tempos os casos em que um direito prevalece sobre outro (liberdade vs. dignidade, propriedade vs. igualdade etc.). A flexibilidade é alcançada de duas maneiras: mediante a intervenção do sistema político, chamado a efetivar os direitos e a criar e a especificar leis e normas; e por meio do sistema do direito (essencialmente tribunais, centro do sistema), chamado a interpretar as leis e julgar.

A forma dos Direitos Humanos, então, pode ser definida como um esquema que permite ao Direito expor-se à contínua evolução, isto acontece porque a moldura dos Direitos Humanos deixa aberta ao Direito a possibilidade de alcançar níveis sempre mais altos de artificialidade, níveis sempre mais refinados de sedimentação jurídica da comunicação social: aquela moldura deixa ao Direito a possibilidade de elaborar tecnologias conceituais sempre mais complexas. Isso ocorre também porque aquela moldura reabre continuamente o espaço social destinado ao sistema político.³⁷

O certo é que a evolução só se concretiza se o direito permanecer cognitivamente aberto. De fato, os tribunais, e concretamente os juízes, devem ser capazes de interpretar a realidade social na sua complexidade. Para tanto não devem, por exemplo, julgar ideologicamente, tomar uma postura conservadora, tampouco “fechar o sistema” às irritações do ambiente, mas sim “absorvê-las”, ou “aprender” e trabalhar com elas, produzindo nova comunicação. Saliente-se que barrar o acesso ao “novo” pode levar a uma represália muito forte sobre as comunicações sociais, a ponto de o sistema jurídico não aguentar a pressão externa e ruir ou gerar – para evitar a primeira opção (ruir) – comunicações não devidamente processadas, com a ânsia de atender a uma demanda social tardiamente.

Como o direito, a política deve compreender a realidade e processá-la, mantendo-se aberta para aprender. No âmbito da política, não raro, recusa-se aprender e tenta-se não só reduzir a complexidade com a adoção de idéias tradicionais (quando seria o caso de trabalhar com a semântica da sociedade, tentando desenvolvê-la), mas também assumir posições ideológicas, recorrendo a ações capazes de atrair facilmente o consentimento. A segurança, representada muitas vezes pelas guerras, armadas ou “frias” é bom exemplo nesse sentido. Hodiernamente, aqui e acolá, as pessoas são surpreendidas com ataques e atentados contra civis em nome da “paz” e para arrefecer a violência a primeira solução encontrada armar a população, quando o ideal seria restringir o acesso legal a uma arma. A óptica da razão, desta feita, torna-

³⁷ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 334.

se não universal, limitada a coletividades específicas, divididas em grupos unidos por diversos motivos, a saber: classes sociais, religiões, etnias etc. A peça é outra, afirma De Giorgi, valendo-se de linguagem teatral: e a imprevisibilidade é a principal característica da sociedade atual.³⁸

A nova peça em cartaz na sociedade mundial exhibe os direitos humanos como ponto de contato entre a política e o direito, de modo que a comunicação construída nas operações de cada sistema se potencializem. O **acoplamento estrutural** de Luhmann – cuja representação destacável é incorporada pela Constituição, como mencionado anteriormente, também definida como “aquisição evolutiva” – ajuda a construir uma estrutura de potencialização da comunicação, a qual aumentará a abertura de inclusão das novas potencialidades comunicacionais. Esse acoplamento torna-se, assim, um instrumento de evolução do sentido, uma vez que novas comunicações provocam variação e sucessivamente nova seleção: o processo evolutivo torna-se o resultado do permanente processo de variação, seleção e estabilização de estruturas.³⁹

A inclusão universal permitida pelos direitos humanos é correlata da universalidade da razão: o sujeito unitário, racional e livre pode ter acesso a todos os sistemas porque não há mais um direito natural, mas sim um direito positivo, com uma razão própria. Também, para cada um dos outros sistemas há uma razão específica, ou seja características, critérios, regras diferenciadas: a autoconservação da razão “significa que isso que se conserva são as razões de cada sistema social”.⁴⁰ Os direitos humanos garantem a estabilização das possibilidades do agir na sociedade moderna – garantem a potencial inclusão –, mas cada sistema tem uma seletividade própria.

Dessa assertiva, extrai-se que os direitos humanos parecem servir primariamente à sociedade, para (valorizar) os seres humanos: eles são uma necessidade da ordem social, que, ao aumentar a sua complexidade necessita de indivíduos que possam, em tese, acessar à sociedade (participar) de formas diferenciadas, mas improváveis. Por isso, os direitos humanos

³⁸ Ver todo o raciocínio em DE GIORGI, Raffaele. Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial. In: **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, p. 16: “Por um lado, supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional”.

³⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 23-24 e 88-89. Para Luhmann, a evolução é o resultado de um processo que inicia com uma variação, continua com uma seleção e acaba com uma restabilização. Ver: LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**.

⁴⁰ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 327.

representam uma modalidade que se multiplica, reproduzindo a ordem social – uma ordem cada vez mais complexa.

Neste ponto, alguns questionamentos são importantes. Como funcionam, concretamente, os direitos humanos? Como, por meio deles, é possível regular a inclusão? Essencial, nesse sentido, é a forma de apresentar os direitos humanos, ou seja, os “catálogos” – pense-se, sobretudo, nas declarações internacionais e em seus catálogos de direitos humanos, como

ambiente útil para que o direito e a política possam construir aquilo que é usado como realidade: um ambiente artificial, precisamente, que fornece o longo horizonte no qual o direito e a política podem exercer-se na prática de suas atividades decisórias.⁴¹

A forma do catálogo permite que uma lista estruturada de direitos sirva como referência para programas políticos.⁴² De Giorgi confirma, os catálogos “fornecem esquemas de referência úteis para a estabilização das possibilidades do agir nessa sociedade moderna”⁴³ nos diferentes âmbitos (subsistemas). Não por acaso, há declarações de direitos (catálogos) de diferentes tipos: direitos econômicos, sociais e culturais, direitos da infância, direitos dos doentes, entre outros. A inclusão pode ser universal, ou, ao menos ser cada vez maior, mais ampla.

A expansão da inclusão, exatamente, revela um problema característico da contemporaneidade: a hipertrofia de direitos (e também de direitos humanos),⁴⁴ ou seja, o pedido contínuo de direitos, dos pontos de vista quantitativo e qualitativo. Amiúde, reivindicam-se mais direitos (quantidade) e também direitos com maior eficácia (qualidade). Esta é uma característica do *Welfare State* (Estado de bem-estar): a garantia de direitos, por parte do Estado, progressivamente ampliada, encoraja e legitima as reivindicações, que aumentam e apresentam-se na forma de pedidos de direitos subjetivos. Assim, fica difícil limitar as

⁴¹ DE GIORGI, Raffaele. *Periferias da modernidade*, p. 47.

⁴² “Aqueles direitos estão expostos seja à Política, seja ao Direito, o que significa que são caracterizados por uma alta sensibilidade nos confrontos de ambos.”: DE GIORGI, Raffaele. *Por uma ecologia dos direitos humanos*, p. 335.

⁴³ DE GIORGI, Raffaele. *Por uma ecologia dos direitos humanos*, p. 334.

⁴⁴ DE GIORGI, Raffaele. *Por uma ecologia dos direitos humanos*, p. 335.

reivindicações (coisa que também leva a problemas do ponto de vista jurisprudencial).⁴⁵ Esse fenômeno pode ser definido como **inflação de reivindicações** (*Anspruchsinflation*).⁴⁶

Mas por que o indivíduo é legitimado para apresentar reivindicações? Exatamente porque no direito moderno positivado são criados e legitimados os direitos subjetivos. E por que isso acontece? Podemos ver que na modernidade mudam os conceitos de direito e de sujeito.

Na tradição mais antiga, *ius* significava o que era justo, com base em uma ordem objetiva, e *subiecto* aquele que estava “submetido” a um poder público ou privado. Desde a Idade Média, há um enfraquecimento do controle do Estado sobre o indivíduo e, em contraponto, uma emancipação progressiva das limitações tradicionais de classe, família etc. Fato é que as necessidades de uma sociedade em expansão, cada vez mais complexa, impõem uma remodelação da ordem social. O direito responde a essa necessidade: não é mais natural, objetivo, inalterável; o objetivo não é mais apenas a coerção, mas sobretudo a liberdade, a falta de restrições desnecessárias; mais conveniente do que reprimir a liberdade é limitar apenas quando necessário. Nesse contexto, avança a ideia de pacto social (contrato) com a possibilidade de fazer ou deixar de fazer.⁴⁷ Consequentemente, o ser humano não é mais o “objeto” das normas, mas o *subiectum*, no sentido de se tornar o protagonista absoluto delas.⁴⁸

Portanto, em uma sociedade diferenciada funcionalmente, que exige escolha e distinção, o impulso para decidir autonomamente (liberdade) é legitimado pelo direito, que fornece uma ferramenta adequada para o propósito dos direitos subjetivos. O sujeito legitimado, então, apresentará reivindicações – na forma de direitos –, precisamente para alcançar esse objetivo (individualidade autônoma). Enfim, na modernidade, a individualidade autônoma é encorajada

⁴⁵ “El Estado de Bienestar ha tenido incidencia sobre todo en la jurisprudencia de derechos fundamentales. Resulta difícil pasar por alto la vinculación de los derechos fundamentales a la forma de los derechos subjetivos. ¿Quién sino el titular de estos derechos puede decidir si goza o no de su derecho? Del programa de derechos fundamentales se obtuvo un programa de valores que, entretanto, sirvió principalmente para someter al legislador a los controles de la jurisdicción constitucional. Con ello, las demarcaciones entre política y judicatura se erosionan progresivamente. Así, estamos ante la presencia de una antigua discusión sobre derecho constitucional y realidad constitucional que dibuja y representa todas estas variaciones, pero no logra ir más allá.” (LUHMANN, Niklas. A modo de Introducción. In: Un Prefacio sobre Inclusión/Exclusión por Niklas Luhmann, sistemassociales.com, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://sistemassociales.com/un-prefacio-sobre-inclusion-exclusion-por-niklas-luhmann/>>).

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società (2015b). In: CORSI, Giancarlo (Ed.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015. p. 52-70.

⁴⁷ Su questo si veda Hobbes e a sua distinção entre *Jus* e *Lex*: HOBBS, Thomas. **Leviathan or, the matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiasticall and civil**, 1651.

⁴⁸ Esta transição de o *subiecto* para o *subiectum* é descrita por ORESTANO, Riccardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale. **Jus**. XI, 1950. p. 149-196.

e o direito se torna uma ferramenta não apenas para regular conflitos, mas também para “realizar” as individualidades. Como explica De Giorgi, o “agir que se autodetermina é legitimado na sua forma contingente, assim como o direito que se autoproduz é legitimado na sua validade”⁴⁹. Em última análise, os direitos subjetivos são inventados e estabilizados para tornar o sistema jurídico adequado à crescente complexidade social, constituindo “um mecanismo estável de contínua auto-reprodução do direito. Esta auto-reprodução, por sua vez, alimenta uma contínua auto-reprodução das pretensões ou, se preferirem, dos interesses”⁵⁰.

No Estado de bem-estar, a figura do direito subjetivo – e, portanto, uma subjetividade que pode apresentar reivindicações – é uma “ficcão operacional que permite ter constantemente aberta a cadeia de condicionalidades necessárias para a realização de programas políticos”⁵¹. Então, como enfrentar essa inflação de direitos e de reivindicações de direitos? E quais são as consequências dessas reivindicações? A seção seguinte procura responder a esses questionamentos examinando um caso concreto.

4 O DIREITO À SAÚDE PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA CORTE QUE NÃO VÊ

A fundamentação axiológica do direito à saúde nos julgamentos do STF gira em torno da vinculação de tal direito aos direitos humanos. A partir daí as ideias de indisponibilidade e de irrenunciabilidade, inerentes ao humanismo, são incorporadas integralmente à forma de pensar desta Corte. Com efeito, o Supremo Tribunal decidiu reiteradamente pela obrigação estatal ao fornecimento de fármacos e de tratamentos de saúde, independentemente do custo ou da existência de verba pública, sob o fundamento de que a saúde é um bem indisponível.

As decisões analisadas aventam a indisponibilidade de um bem com a sua manutenção mesmo diante de argumentos de difícil superação, como a efetiva escassez de recursos.⁵² Constrói-se, assim, a indisponibilidade do direito à saúde em desfavor da sua não concretude.

⁴⁹ DE GIORGI, Raffaele. *Semantica da idéia de direito subjetivo In: Direito, democracia e risco. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 99-112, p. 108.*

⁵⁰ DE GIORGI, Raffaele. *Semantica da idéia de direito subjetivo, p. 108.*

⁵¹ DE GIORGI, Raffaele. *Semantica da idéia de direito subjetivo, p. 109.*

⁵² Na literatura socio-jurídica recente o tema da “reserva do possível” é bastante desenvolvido. Por uma crítica, veja-se SCHWARTZ, Germano. A reserva do possível no Direito à Saúde: uma falácia aplicável no Brasil?. *Estado de Direito*, março-abril 2009. p. 19.

No Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário de n. 640722/SC, interposto pela União, deferiu-se a outorga de medicamentos ao autor.⁵³

No conjunto das decisões analisadas, o direito à saúde é considerado inviolável. A fundamentação de boa parte dessas decisões traz a lume outros entendimentos judiciais para ratificar a sua assertiva de que o STF já firmou posicionamento em favor da preservação do referido direito como direito humano fundamental. O direito à saúde, como direito inviolável que é, impõe a obrigação do Estado de intervir, de garantir o fornecimento de medicamentos, especialmente para atender portadores de doenças graves.⁵⁴ Trata-se de um dever do Estado (em sentido genérico), reconhecido e, concretizado, não pelo sistema político, mas pelo direito. O Estado, em outras palavras, atua não por meio do sistema político – que a cria leis e ações políticas diferentes –, mas pelo judiciário, o que denota uma evidente reversão de papéis.

O humanismo incorporado nas decisões vai ao encontro do próprio teor positivado pela Constituição Federal, de modo que as normas constitucionais programáticas consoante o material empírico coletado, tomam contorno completamente diverso da composição clássica desenvolvida por José Afonso da Silva, na década de 1960.

Nas decisões analisadas, parte-se do pressuposto de que o direito à saúde está disposto em norma programática, entretanto, a sua interpretação não poderia resultar em promessa inconsequente. Essa assertiva é concebida – no raciocínio dos juízes – como premissa incontestável. Bem por isso, é repetida como axioma em uma grande quantidade de decisões, como

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 640722/SC*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: União. Requerido: Ministério Público Federal. Intimado: Estado de Santa Catarina. Intimado: Município de Videira. Brasília, DF. Julgado em 24.05.2011. Publicado em 30.05.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936567/recurso-extraordinario-com-agravo-are-640722-sc-stf>>. Acesso em: 16 out. 2013. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “1. A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recurso financeiro o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves”. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “2. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”. Trecho do mesmo julgado, p. 1: “3. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

⁵⁴ Trecho do mesmo julgado, p. 1: “O agravo não merece acolhida. Isso porque, o julgado impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286- AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Salientou-se, ainda, no citado julgado, que a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro. No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: RE 393.175-AgR/RS e AI 662.822/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 566.575/ES, Rel. Min. Ayres Britto; RE 539.216/RS, Rel. Min. Eros Grau; RE 572.252/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 507.072/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; RE 535.145/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia; AI 635.766/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence”.

por exemplo, nos julgados AI n. 662822/RS, AGR no RE n. 393175/RS e no RE n. 535145-MT, cujo excerto é a seguir transcrito a título de ilustração:

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

O juiz, com esse proceder, acaba criando uma visão do direito à saúde consistente na união de dois pólos: direito à saúde com força vinculante e direito à saúde como norma programática⁵⁵, produzindo também uma interpretação enérgica dirigida para uma postura emocional e ideológica.

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

Ocorre, porém, que cada subsistema funcional está ligado diretamente à evolução da sociedade: obviamente isso vale também pelo direito⁵⁶, o qual, sob o prisma luhmanniano, evoluiu impulsionado pela complexidade, chegando ao estado atual, onde é caracterizado pela

⁵⁵ RISTER de SOUSA LIMA, Fernando. Descrição Pragmática da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à Saúde. **Quaestio Juris**. Vol. 9, n. 1, 2016. p. 56-83, p. 72.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. p. 625-664. Ver também NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, p. 18: “A evolução da sociedade como sistema social mais abrangente vincula-se diretamente à evolução dos seus subsistemas funcionais”. Niklas Luhmann apresentou uma classificação dos estados evolutivos da sociedade em que se conota a partir de específicos momentos sociais o seu respectivo direito. Assim, as sociedades caracterizada para uma diferenciação segmentarias correspondem ao direito arcaico, por exemplo. Ademais, o direito caracterizar-se-á pela hierarquia nas culturas avançadas pré-modernas.

positividade. É dessa forma que o direito positivo se transforma em direito da diferenciação funcional.⁵⁷

Essa referida positividade não é limitada ao sentido do positivismo jurídico tradicional.⁵⁸ Para Luhmann, é positivo o direito posto por uma decisão e alterável por outra⁵⁹; é distinto da moral. A positividade, além disso, é acompanhada das operações sistêmicas de reflexão interna, conduzidas por fechamento operacional (o direito funciona somente com base no seu código e nos seus programas), e ao mesmo tempo por uma abertura do sistema jurídico às comunicações vindas do externo ao direito (ambiente). A evolução do direito é motivada pelo mesmo fator que impulsiona o sistema social global, qual seja, a complexidade, em razão da diversidade do número de situações e de eventos possíveis.⁶⁰ Mas a evolução não é necessariamente positiva: evolução não significa progresso. Depois da variação e da seleção (relacionada a eventos), é necessário que a auto-organização dos sistemas, por meio da estabilização, torne a evolução possível.⁶¹ Daí é possível ocorrer a involução, entendida como não ingresso e processamento no direito de nova complexidade.

Como se vê, o STF busca uma realização simbólica do direito à saúde⁶² e, movido por um viés ideológico, julga sob uma racionalidade exclusivamente adjudicatória, sem tentar de aprender com as novas comunicações que vem do ambiente, nem processar a complexidade externa. Assim, ao favorecer uma minoria (aqueles que podem se dar o luxo de iniciar a judicialização) acabam excluindo a maioria da população que não teve acesso aos tribunais – maioria esta que também é prejudicada pelos recursos desviados da saúde para cumprir as decisões. Mas não é só. Ao tratar como intocável o direito à saúde, a Corte Suprema simplesmente tenta – talvez involuntariamente – fechar a operação jurídica às novas necessidades da sociedade. Trata-se de uma artificialidade muito usual no direito de outros

⁵⁷ Esse desenvolvimento não é um estado objetivo, mas um estado relativo de desenvolvimento, o que leva a pulos históricos, como ensina Neves: “de tal maneira que traços jurídicos das culturas avançadas pré-moderna e mesmo arcaicas podem ser encontradas no presente”; cf. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, p. 20.

⁵⁸ Cf., por exemplo, BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1965 e **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1979.

⁵⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**, p. 141 e NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã**, p. 24: “Só quando o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão é que se pode falar de positividade”.

⁶⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**, p. 38: “L’evoluzione viene concepita come accrescimento della complessità, come incremento del numero e della diversità delle situazioni e degli eventi possibili”.

⁶¹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft** (cap. 3).

⁶² Sobre isso, veja-se também RISTER de SOUSA LIMA, Fernando. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. **Revista de Direito GV**. Vol. 12, n. 3, 2016. p. 691-717; **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2015; Atuação da Suprema Corte Brasileira no Direito à Saúde: Simbólica ou Efetiva? In: *Sociologia do Direito. Teoria e práxis*. FEBBRAJO, Alberto; RISTER de SOUSA LIMA, Fernando; PUGLIESI, Marcio (Eds.). Curitiba: Juruá, 2015. p. 81-102.

tempos, cujo uso desmedido, desproporcional, pode superdimensionar a pressão social vinda do externo, a ponto de submeter o sistema à pressão muito maior do que a sua capacidade operacional pode suportar.

Os efeitos do fechamento cognitivo do direito é evidente no fenômeno, comum no Brasil, da judicialização da saúde, que representa expectativas na forma de reivindicações de direitos. Consequentemente, de um lado, há um alto risco de fazer prevalecer interesses individuais (do recorrente) sobre necessidades coletivas (representadas pelo direito à saúde, entendido como direito coletivo, como bem da comunidade, enfraquecido por causa de dinheiro gasto pelo Estado para executar as disposições das sentenças); de outro lado, há confusão entre as noções de “direito individual” e de “interesse”, valendo lembrar que a “Constituição menciona o direito à saúde, não o interesse individual”⁶³. Em rigor, esse problema não é jurídico nem médico. Trata-se de uma característica da sociedade mundial, funcionalmente diferenciada traduzida pela “impossibilidade de coordenar os diferentes subsistemas diante de expectativas que não podem ser simplesmente ignoradas”⁶⁴.

5 CONCLUSÃO: UMA ECOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS?

Identificamos nas garantias de inclusão – a partir das possibilidades (para os seres humanos) de construir a própria individualidade – um papel fundamental dos direitos humanos, porque, ao estabilizar as possibilidades do agir na sociedade moderna, os direitos humanos contribuem para bloquear a involução e impedir que “o passado inunde o presente com seus detritos”. Ou seja, os direitos humanos são os requisitos mínimos para a inclusão. A inclusão, porém, tem outro lado: a exclusão. Portanto, é suficiente pensar, por exemplo:

[...] na alteridade produzida pelo direito, pela cidadania; na alteridade produzida em consequência do empobrecimento de uma inteira população como consequência do financiamento da economia; na nova escravidão produzida a partir da deslocalização da produção; nas favelas produzidas pela

⁶³ CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. L’ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della *judicialização da saúde* in Brasile. **Sociologia del diritto**. N. 3, 2018, p. 29-44, p. 35 [“La Costituzione menziona il diritto alla salute, non l’interesse individuale”: *tradução nossa*].

⁶⁴ CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica – Unicuritiba**. V. 1, 2018, p. 62-75, p. 70 [“impossibilità di coordinare i diversi sottosistemi di fronte ad aspettative che non possono essere semplicemente ignorate”: *tradução nossa*].

abolição da escravidão; nos desertos provocados pela exportação da democracia.⁶⁵

Na verdade, o problema que os direitos humanos tentam enfrentar com o fornecimento de “garantias mínimas” cruza com o paradoxo dos direitos humanos, ou seja, a questão do seu fundamento: como é possível falar de direitos que sejam “humanos”; como o ser humano pode ter direito enquanto humano. Esse paradoxo foi resolvido de diferentes formas ao longo da modernidade. Essencialmente, como explica Luhmann⁶⁶, antes, por meio do contrato social (que reconhece e valida direitos convencionalmente estabelecidos), depois com a positivação dos direitos declarados nos textos normativos (constituições, declarações etc.); finalmente, com as dificuldades evidentes dos Estados em tornar efetivos os direitos humanos – o reconhecimento de normas básicas é obtido indiretamente, diante das violações explícitas e inaceitáveis, como por exemplo, a tortura.⁶⁷ Ou seja, hoje, mais do que leis escritas, são os **escândalos** que fundam a possibilidade de pensar normas indispensáveis. E, como definir um escândalo? Qual valor (direito) permite reconhecer algo como inaceitável: a dignidade (que – como vimos – é também uma condição para uma autorrepresentação bem-sucedida do indivíduo) parece ter as características de “supervalor”, de direito essencial, que paulatinamente se afirma além das fronteiras dos Estados e das culturas.⁶⁸

Então, essa solução – violações explícitas e dignidade humana –, além de possibilitar normas compartilhável em grande escala, válidas no nível mundial, e de “resolver” o paradoxo dos direitos humanos, poderia ser uma referência para evitar situações extremas de exclusão: escravidão, favelas, pobreza extrema, fome e outros. Tal solução impõe uma atenção especial

⁶⁵ DE GIORGI, Raffaele. Periferias da modernidade, p. 44.

⁶⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. O Paradoxo Dos Direitos Humanos E Três Formas De Seu Desdobramento. **Themis**. Fortaleza, 3, n. 1, 2000. p. 153-161.

⁶⁷ “Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos.”: LUHMANN, Niklas. O Paradoxo Dos Direitos Humanos E Três Formas De Seu Desdobramento, p. 158. Como explica Neves, “La tercera forma de desarrollo de la paradoja de los derechos humanos se refiere a la pretensión de validarlos en el plano internacional o incluso en un Derecho mundial [...] Es decir, la paradoja reside en el hecho que los derechos humanos son tanto más conocidos y afirmados cuanto más graves y frecuentes son las violaciones a los mismos. En este contexto, Luhmann limita los derechos humanos conceptualmente sólo a aquellas situaciones de violaciones escandalosas y especialmente vergonzosas a la dignidad humana en el ámbito de la sociedad mundial, sin ignorar el papel de los medios de comunicación en la construcción y control de los escándalos y en la provocación de la reacción correspondiente, muchas veces de forma selectivamente manipuladora.”: NEVES, Marcelo. La fuerza simbolica de los derechos humanos. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 27, 2004. p. 143-180.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?.

para o ambiente da sociedade, para as “alteridades” que ficam excluídas⁶⁹, discriminadas, para o **excedente**.⁷⁰ Como fazer isso?

A proposta de De Giorgi é operar de acordo com uma:

[...] ecologia dos Direitos Humanos, ou seja [...] uma perspectiva que observe como no ambiente da sociedade, a sociedade aloca as alteridades que produz, tal perspectiva poderia permitir-nos ver, realistamente, e perguntar-nos: qual é a função dos direitos humanos. E quais são as possibilidades de futuro que se podem construir a partir dessas observações.⁷¹

Nesse sentido, tentou-se esclarecer – com esteio na obra do Luhmann e nos contributos do De Giorgi – a função dos direitos humanos na modernidade, evidenciando o problema da inclusão e o efeito da criação da individualidade moderna com os sujeitos legitimados para apresentar reivindicações de direitos. Assim, a proteção dos indivíduos parece resultar, mais que um papel do humanismo, uma necessidade para a sobrevivência da própria sociedade. É necessário, então, proteger não somente os **corpos**, mas também as **pessoas**⁷² e as referências para a comunicação.⁷³

O trabalho abordou, a partir de uma específica perspectiva teórica, a função latente dos direitos humanos e, nessa linha, como a sociedade mundial (moderna) define o que é “humano” nos seres humanos. Destacou-se ainda como o fechamento cognitivo representa um obstáculo à evolução do direito, e como o entendimento do direito à saúde pelo STF corre o risco de representar exatamente tal fechamento, produzindo, entre outras coisas, uma realização simbólica do direito à saúde a encorajar o fenômeno da judicialização da saúde, com o prevailecimento dos interesses individuais (dos recorrentes) sobre as necessidades coletivas.

Por isso tudo, para que o direito não se revela um obstáculo para a evolução (do direito mesmo e da sociedade), identifica-se um papel essencial na ecologia do direitos humanos. Do

⁶⁹ DE GIORGI, Raffaele. Periferias da modernidade, p. 44.

⁷⁰ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 329.

⁷¹ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, p. 337.

⁷² Sobre a distinção pessoa/corpo na teoria sistêmica, veja-se LUHMANN, Niklas. Die Form „Person”. In: **Soziologische Aufklärung, Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995. p. 142-154.

⁷³ Mas, além de direitos que protegem os indivíduos, são necessários, como evidencia G. Teubner, direitos que protegem as esferas individuais e sociais (como liberdade de opinião, arte, educação, pesquisa) e direitos que protegem principalmente as esferas sociais (propriedade, família, direitos constitucionais políticos, etc.): cf., entre outros, TEUBNER, Gunther. The anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors. **Modern Law Review**: 69, 2006. p. 327-346.

ponto de vista da teoria sociológica, trabalhar nesse sentido, aprofundando esse tema, parece um objetivo digno de consideração.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1979.

CAMPILONGO, Celso. **Governo representativo versus governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico**. Belém: UFPA, 1998.

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

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

CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. *In*: Alberto Febbrajo; Giancarlo Corsi (Ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**: Abingdon-New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

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

CORSI, Giancarlo. Redes de la exclusion. *In*: **Redes de inclusión**. La construcción social de la autoridad. A cura di Fernando Castañeda Sabido; Angélica Cuéllar Vázquez; Adriana Berrueco García. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p. 29-42.

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

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

DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica**. A. 13. N. 20. Fortaleza: Unichristus, 2017. p. 324-340.

DE GIORGI, Raffaele. Periferias da modernidade. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 39-47, 2017.

DE GIORGI, Raffaele . **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. Semântica da idéia de direito subjetivo *In: Direito, democracia e risco*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 99-112.

DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. *In: GALLINO, Luciano (Ed.). Disuguaglianze ed equità in Europa*. Roma-Bari: Laterza, 1993. p. 359-378.

DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all'edizione italiana. *In: LUHMANN, Niklas (Org.). La differenziazione del diritto*. Milano: il Mulino, 1990.

DE GIORGI, Raffaele; CORSI, Giancarlo. **Ridescrivere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or, the matter, forme and power of a commonwealth, ecclesiasticall and civil**, 1651.

LUHMANN, Niklas. A modo de Introducción. **Un Prefacio sobre Inclusión/Exclusión por Niklas Luhmann**, sistemassociales.com, 1 fev. 2019. Disponível em: <http://sistemassociales.com/un-prefacio-sobre-inclusion-exclusion-por-niklas-luhmann/>. Acesso em: 20 fev. 2019.

LUHMANN, Niklas. Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società. *In: CORSI, Giancarlo (Ed.). Salute e malattia nella teoria dei sistemi*. A partire da Niklas Luhmann. Milano: Franco Angeli, 2015. p. 52-70.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Josetxo Beriain; José María García Blanco (Ed.). Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. Globalization or World society: How to conceive of modern society?. **International Review of Sociology**., London v. 7, Issue 1, p. 67-79, mar 1997.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. **Themis**. Fortaleza, 3, n. 1, p. 153-161, 2000.

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

LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. Alberto Febbrajo (Ed.). Milano: Giuffrè, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?** Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Raffaele De Giorgi (Ed.). Bologna: il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Bologna: il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. Introdução geral: Economia e direito. Problemi di collegamento strutturale. **L'informazione nell'economia e nel diritto.**, n. 6. Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, Congresso Internazionale, 30-31 marzo 1989. Milano: Cariplo, 1990. p. 27-46.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. v. 2.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del diritto**. Alberto Febbrajo (Ed.). Roma: Laterza, 1977.

LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Alberto Febbrajo (Ed.). Bologna: il Mulino, 1974.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Duncker & Humblot: Berlin, 1965.

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

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

NEVES, Marcelo. La fuerza simbólica de los derechos humanos. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 27, p. 143-180, 2004.

ORESTANO, Riccardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale. **Jus**. XI, p. 149-196, 1950.

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

RISTER de SOUSA LIMA, Fernando. Descrição Pragmática da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à Saúde. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 56-83, 2016.

RISTER de SOUSA LIMA, Fernando. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2015.

RISTER de SOUSA LIMA, Fernando. Atuação da Suprema Corte brasileira no direito à saúde: simbólica ou efetiva?. *In*: FEBBRAJO, Alberto; RISTER de SOUSA LIMA, Fernando; PUGLIESI, Marcio (Ed.). **Sociologia do Direito**. Teoria e práxis. Curitiba: Juruá, 2015. p. 81-102.

SCHWARTZ, Germano. A reserva do possível no direito à saúde: uma falácia aplicável no Brasil? **Estado de Direito**, Porto Alegre, março-abril 2009.

TEUBNER, Gunther. The anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors. **Modern Law Review**, London 69, p. 327-346, 2006.

