

**O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE ÀS PRETENSÕES DO ESTADO  
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM SOCIEDADES  
PERIFÉRICAS: ANÁLISE DE CAUSAS E EFEITOS DA POLÍTICA DE  
DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS NO BRASIL**

***THE JUDICIAL ACTIVISM CONSIDERING THE CLAIMS OF THE DEMOCRATIC  
CONSTITUTIONAL RIGHT IN PERIPHERAL COMPANIES: ANALYSIS OF CAUSES  
AND EFFECTS OF EXCEPTIONAL DISPENSATION OF POLICY IN BRAZIL***

Maria Sueli Rodrigues de Souza<sup>1</sup>

Ana Beatriz Belo de Carvalho<sup>2</sup>

Bruna Machado Araújo<sup>3</sup>

Recebimento em julho de 2014.

Aprovação em agosto de 2014.

**Resumo:** Trata o presente trabalho da atuação do Poder Judiciário no que concerne à deliberação das políticas públicas, com ênfase à análise da política de dispensação de medicamentos excepcionais estabelecida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a partir da análise de caso concreto que envolve o fornecimento de um medicamento – não contemplado pela Política Farmacêutica da Rede Pública - para o tratamento de duas crianças com enfermidades raras. Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, aspectos da teoria Dworkiana presentes na decisão judicial do caso, para então discutir se há deferimento de uma possível interferência ilegítima do Judiciário no Sistema Político, utilizando-se, posteriormente, de categorias analíticas da teoria de Luhmann.

**Palavras-chave:** Política de Medicamentos Excepcionais. Interpretação principiológica.

**Abstract:** Treats the Judiciary current performance on what concerns the public policies deliberation, emphasizing the analysis of the policy of dispensation of exceptional medicaments, established by the Sistema Único de Saúde (SUS), out of the analysis of a concrete case that involves the supplying of medicines – non contemplated by the Pharmaceutical Public Policy - for the treatment of two children with rare diseases. Therefore, shall be analyzed, first of all, aspects of the Dworkin's Theory present in the judicial decision of the case, and then be discussed if there is the grant of a possible illegitimate interference of the Judiciary on the Political System, making use later of the analytical categories of Luhmann's Theory.

**Keywords:** Policy of Exceptional Medicaments. Principiological Interpretation. Systems Theory.

## **INTRODUÇÃO**

A transferência de poder para o Judiciário, no que tange à sua atuação envolvendo um extenso alcance político, é traço marcante na paisagem constitucional e democrática em

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Piauí, Teresina-PI, Brasil. Advogada. Professora do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Teresina-PI, Brasil. Email: mariasuelirs@ufpi.edu.br

<sup>2</sup> Estudante do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina-PI, Brasil.

<sup>3</sup> Estudante do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina-PI, Brasil.

que se deflagra a situação política do Brasil. É sabido que as decisões judiciais podem provocar grande impacto econômico e social, principalmente quando envolvem políticas públicas. No caso específico do Brasil, tem-se percebido a situação de inoperância dos órgãos de administração estatal, fato que leva o cidadão a recorrer ao Poder Judiciário para cobrar a prestação dos direitos sociais positivados.

Como exemplo das demandas sociais que chegam ao Judiciário, pretende o presente trabalho analisar um exemplo bastante notório no contexto atual: trata-se da política de dispensação de medicamentos excepcionais em caso de enfermidades raras. O objeto de análise do trabalho consiste no caso concreto que trata do pedido de suspensão de liminar, ajuizado pelo Estado da Bahia, em face da decisão proferida pelo juízo da Comarca de Camacan, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no julgamento que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) para o atendimento de duas crianças portadoras portadores da Síndrome de Maroteaux-Lamy.

O estado da Bahia requereu a suspensão da liminar, alegando que o medicamento em questão não está registrado na ANVISA e que nem mesmo sua comercialização é permitida pela instituição (por lei, o governo só tem o dever de fornecer um medicamento se este tiver registro). Além disso, defende que o custo mensal do tratamento é por demais dispendioso. Para o estado da Bahia, a alocação de recursos necessária para o tratamento da doença causa grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, o que acarreta grande prejuízo para a comunidade que também necessita de assistência.

Ao analisar a decisão, evidenciam-se argumentos que dão embasamento teórico à questão que se propõe no dado trabalho. Dentre eles, cabe aqui avaliar a expressão do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que em peso de texto constitucional estabelece o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Diante deste dispositivo constitucional, inúmeras decisões são pleiteadas segundo uma interpretação, via judicial, que se caracteriza pelo sopesamento de princípios. A argumentação teórica das partes traz à tona um binômio inerente à interpretação principiológica dessa análise casuística: a necessidade de compatibilização entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Nesse sentido, diante das necessidades sociais ilimitadas e dos recursos finitos, nota-se insuficiência de recursos para atender as demandas sociais, e tal insuficiência implicaria da

adoção de medidas trágicas pautadas por critérios de macrojustiça. Assim, não sendo possível atender a todos, há que se escolher aqueles que serão atendidos.

Diante disso, percebe-se que é tarefa complicada para o juiz decidir pela garantia de um direito individual, pois se a sua resolução tiver grande impacto sobre a verba pública, a alocação de recursos em prol do requerente pode prejudicar um grande número de pessoas que precisam de assistência básica. Ronald Dworkin, grande filósofo do Direito contemporâneo, se destacou no meio jurídico-científico ao tratar justamente de “casos difíceis” como esse. No caso apresentado, o magistrado se depara com a contraposição entre o que Dworkin chama de “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. Os argumentos de princípio protegem o direito individual (direito à vida e à saúde por parte das crianças), enquanto os argumentos de política protegem o coletivo (direito à vida e à saúde por parte da comunidade que depende dos recursos). Perante esse impasse, o autor defende que as normas jurídicas são dotadas de regras e de princípios, os quais orientam a conduta do juiz na decisão judicial, numa atitude interpretativa que leva à única resposta correta. Tal resposta é encontrada levando em conta critérios como justiça, equidade e devido processo legal, ancorada por justificação que leva em conta a integridade, economicidade argumentativa e coerência.

Diante da categoria em que se encontra o caso em análise, em que a decisão jurídica consolida-se no custeamento de medicamentos e tratamentos que não constam nas listas do Ministério da Saúde ou das Secretarias Municipais e Estaduais, e ainda que se tratam de medicamentos ou tratamentos experimentais – situação não abarcada pelos critérios e requisitos da lei 6360/76 regulamentada pelo Estado no que diz respeito à dispensação de medicamentos, mas que encontra respaldo em via constitucional na garantia dos direitos subjetivos positivados - percebe-se uma transferência de poder ao Judiciário, caracterizando um estágio de ativismo, em matéria de políticas públicas, diante da imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público. A partir dessa constatação, cabe aqui analisar o contexto atual de “ativismo” instaurado no Brasil. A análise será feita a partir de elementos categóricos da teoria sistêmica de Luhmann, abortando - em face de a formulação teórica luhmanniana ter sido reflexo de um contexto euro-americano, o que se distancia notadamente da característica periférica de modernidade brasileira – dos seus aspectos conclusivos. Isso decorre da ineficiência da administração pública, que gera expectativas frustradas na sociedade. Esse tipo de conjuntura se faz presente em países periféricos, cuja diferenciação funcional não foi suficientemente definida.

A proposta do trabalho, oriunda do estudo de autores do Positivismo Jurídico por via acadêmica, é descrever a importância e o papel da interpretação jurídica e da decisão judicial no âmbito social sob a visão de Direito como integridade de Dworkin e analisar a autonomia funcional do Direito a partir das categorias analíticas utilizadas por Luhmann, tendo como pressuposto a Teoria dos Sistemas. Para isso, utilizou-se abordagem dedutiva e procedimento analítico/crítico, através de pesquisas, com consultas a livros, artigos, jurisprudência e legislação vigente.

## **1. BASES DE ENTENDIMENTO DA TEORIA DE DWORKIN**

A partir da análise da decisão judicial do caso apresentado, é interessante invocar as ideias do jusfilósofo Ronald Dworkin, principalmente no que concerne à interpretação principiológica de casos difíceis, para então adentrar em discussões mais aprofundadas, como o papel do Judiciário no cenário no Estado Constitucional Democrático de Direito em sociedades periféricas. Cabe aqui destacar que o termo “Estado Constitucional Democrático de Direito” utilizado neste trabalho foi elucidado por Luis Roberto Barroso:

É somente através da realização plena da democracia nessa dimensão mais profunda e da concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente no que pertine aos princípios constitucionais responsáveis pelo estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, que se pode falar em Estado Constitucional Democrático de Direito, sem o qual, frise-se, não há vida digna, sequer o desfrute efetivo da liberdade. (BARROSO, 2011, p. 42)

Os “hard cases” ou casos difíceis são aqueles casos, na concepção do autor, nos quais a ação judicial não pode ser submetida a uma regra de Direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição. Nessas situações, para Dworkin (2010), o juiz deve buscar o direito das partes para chegar à única resposta correta. Nesse sentido, explicita Cattoni de Oliveira:

A tese da única resposta correta pressupõe, indissociavelmente, uma reconstrução acerca do que é Direito moderno de uma sociedade democrática compreendida como comunidade de princípios: o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado, nem se dissolve em diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. E também como interpretar o Direito: para além do dilema entre descobrir ou inventar uma decisão, a tese segundo a qual o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram (OLIVEIRA, 2008, p 22).

Em resumo, as teorias positivistas tratam o Direito como um sistema de regras. Diante de um caso no qual não seja possível aplicar a subsunção diretamente, o Positivismo Jurídico delega ao juiz o uso de seu poder discricionário. Dessa maneira, o juiz está autorizado a ir além do Direito pré-existente: não está fazendo valer um direito, está criando norma.

Dworkin, contudo, rejeita a discricionariedade, pois afirma que o juiz legisla novos direitos jurídicos e os aplica retroativamente. Esse aspecto, como demonstra o autor, configura o calcanhar de Aquiles do Positivismo, tendo em vista que é claramente injusto criar uma regra para um caso que já ocorreu [*ex post facto*]. Por isso, o autor defende que a função do juiz não é inventar direitos; sua tarefa é garantidora, não criadora. Ele deve buscar a única resposta correta, por meio de uma atitude interpretativa que almeja alcançar a superação de lacunas e imprecisões do ordenamento pré-existente. A resposta não é dada às claras, mas pode ser construída argumentativamente, através de uma interpretação construtiva num exercício reflexivo de resgate de precedentes. Para ilustrar isso, Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia, na qual compara o juiz com um romancista: a cada decisão que ele toma, deve agir como um escritor, que interpreta os capítulos anteriores do romance para que o próximo seja o mais coerente e adequado possível.

Dworkin destaca ainda, que no ato interpretativo da decisão judicial, o juiz não pode se desvincular dos princípios provenientes da moralidade política, pois são eles que orientam as normas. Assim, o Direito, na visão do autor, não constitui apenas um apanhado de regras, mas deve ser considerado como uma integridade entre regras e princípios, no qual as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que combinam elementos voltados tanto para o passado como para o futuro, interpretando a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento. (STRECK, 2008, p. 306).

Nesse diapasão, é patente explicitar a distinção entre regras e princípios para Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...] Os princípios possuem uma

dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. (DWORKIN, 2010, p. 39-42).

Em suma, no ato da decisão judicial, o juiz ideal, representado por Dworkin na figura do juiz Hércules (figura de caráter e capacidade sobre-humanos), deve se debruçar não só sobre o texto da lei, mas também sobre os princípios que o fundamentam, sem ignorar o processo histórico e conjuntural dinâmico que acompanha a sociedade. Seu papel é mensurar qual princípio tem mais peso, para então fundamentar sua decisão através da justificação racional do princípio eleito.

De posse dessas premissas doutrinárias, é possível agora relacionar o caso apresentado com a teoria Dworkiana.

## **2. APLICAÇÃO DA TEORIA DE DWORKIN AO CASO CONCRETO**

Ao analisar os argumentos das partes, pode-se inferir que há um conflito de regras e princípios.

As crianças portadoras da síndrome de Marateaux-Lamy, amparadas pelo Art. 1º da Constituição Federal (que traz como fundamento a dignidade da pessoa humana), pelo Art. 5º da CF/88 (que garante a igualdade de todos perante a lei e a inviolabilidade do direito à vida) e pelo Art. 196 da CF/88 (que estabelece o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos), reclamaram ao Poder Judiciário para que o estado da Bahia assumisse sua condição de tutor e assegurasse o acesso ao devido tratamento. Em contrapartida, o governo baiano reagiu alegando que o medicamento não consta nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, não sendo, conseqüentemente, contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Além disso, foi argumentado pelo governo do estado da Bahia que o alto custo do tratamento traria risco de desequilíbrio financeiro ao orçamento destinado para a saúde, visto que o gasto com os dois pacientes é tão alto que pode comprometer o acesso de toda a coletividade à assistência básica.

Nesse contexto de controvérsias, cabe inserir a distinção que Dworkin faz entre argumentos de princípio e argumentos de política:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os

argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2010, p. 129-130).

A relação com o caso em questão é automática: de um lado, são usados argumentos de princípios em favor das crianças, que se destinam à garantia de um direito individual. De outro, o estado da Bahia se utiliza de argumentos de princípios que visam à proteção de um objetivo coletivo. Nesse sentido, Dworkin afirma que os argumentos de princípio, via de regra, se sobressaem aos argumentos de política. É o advento dos “direitos como trunfos”, que se realiza na concepção de certos direitos individuais fundamentais e inalienáveis, como comandos inegociáveis que não cedem mesmo quando confrontados com interesses da maioria como um todo. Para ele, o judiciário, como guardião desses direitos, resguardados em princípios constitucionais, tem o dever de garantir sua efetividade, como fez o ministro Gilmar Mendes diante do caso das crianças com a síndrome de Marateaux-Lamy.

A argumentação teórica do governo baiano, baseada na realocação de recursos da coletividade em prol de tratamentos individuais, suscita a discussão que gira em torno da crítica da decisão judicial pautada em critérios de microjustiça, que levanta a hipótese de o juiz ignorar os reflexos de sua decisão aos demais beneficiários do sistema de saúde pública. Nesse entorno, a efetivação do direito individual à saúde encontra obstáculos quando o estado alega insuficiência de recursos financeiros, fato que traz à tona a questão da necessidade de compatibilização entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

A limitação de recursos é uma realidade que não pode ser ignorada. No entanto, vale salientar que os objetivos principais estabelecidos na Carta Magna são, além de proteger os direitos individuais (como liberdade e igualdade), assegurar condições mínimas de uma existência digna (correspondentes a educação, saúde e renda). Portanto, o alcance do mínimo existencial é prioridade orçamentária, sendo vedada ao Estado a possibilidade de invocar a cláusula da reserva do possível com o objetivo de se eximir do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Afinal, a verba pública existe para atender às necessidades constitucionais e não o contrário. Depreende-se, então, que a concretização dos direitos sociais, os quais exigem a atuação afirmativa do Estado, depende, portanto, de um binômio que compreende, de um lado, o sopesamento entre os interesses individuais e sociais e, de outro, a disponibilidade financeira. Nessa seara, o cidadão deve ter acesso a, pelo menos, um limite mínimo da dignidade humana relacionado à saúde, do qual nenhum cidadão pode estar abaixo.

No caso apresentado, por exemplo, pode-se identificar que a dispensação do medicamento foi deferida em face da omissão política no tocante ao direito a saúde, tendo em vista que os órgãos administrativos não conseguiram absorver a demanda populacional, fato que se reflete na situação de subintegração de uma parcela da sociedade. Assim, a decisão judicial atestou a ampliação do mínimo existencial nesse caso concreto, na medida em que obrigou o governo a fornecer medicamento que, embora não estivesse devidamente registrado, era o único meio de salvaguardar o direito à saúde e garantir o alcance desse mínimo, visto que as crianças pertenciam à situação excepcional de enfermidade rara. Essa decisão judicial pode se ancorar em critérios de justiça e equidade, valores considerados por Dworkin como necessários na construção da resposta mais adequada.

### **3. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS ADVENTOS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL EM PAÍSES PERIFÉRICOS**

O modelo de Dworkin é compatível com a doutrina da Separação de Poderes, tendo em vista que o operador do Direito está subordinado à lei. Sua teoria evita que esse juiz, portanto, constitua-se em legislador, pois sua função é apenas garantir direitos individuais pré-estabelecidos e exercer o controle de constitucionalidade. Logo, o papel do juiz não é criar políticas públicas ou legislar novos direitos para aplicá-los retroativamente (o que constitui exercício de poder discricionário). Todavia, diante de um cenário constitucional democrático, é dever do Judiciário assegurar a implementação de ações estatais que cumpram o que foi prometido nas normas da maneira mais justa e igualitária possível.

Ainda sobre a ação estatal a serviço da concretização dos direitos resguardados na Constituição, a má gestão da administração pública em países periféricos, como o Brasil, demonstra uma implantação quase sempre onerosa de políticas públicas. Assim, diante da inoperância dos poderes Executivo e Legislativo, o poder Judiciário tem aparecido cada vez mais como garantidor da efetivação desses direitos.

Essa situação de omissão estatal perante os anseios do povo enseja uma profunda crise de representatividade política, a qual se expressa na falta de credibilidade de representantes eleitos, fato que dá lugar a dois fenômenos: a judicialização e o ativismo judicial. Conforme distingue Luis Roberto Barroso:



Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...]. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência do espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2009, p 71-91)

No caso concreto sobre o qual se debruça este trabalho, nota-se postura ativista por parte do Ministro Gilmar Mendes, levando em conta que ele condena o estado da Bahia a custear medicamento e tratamento que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde. Ele fundamenta sua sentença com base em interpretação principiológica da Constituição, prevendo o máximo respeito aos direitos fundamentais.

No que tange à jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, é possível encontrar elementos na teoria Dworkiana que asseveram a legitimidade democrática do Poder Judiciário como tutor dos direitos fundamentais. Essa tutela não consiste na criação deliberada de políticas públicas, assumindo funções legislativas, e sim no dever de garantir a aplicação dos princípios.

O autor considera que a Suprema Corte tem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade, tendo em vista que o *judicial review* evita deliberações parlamentares que possam ferir os direitos fundamentais prescritos na Constituição. Dworkin chama atenção para o fato de que, no âmbito constitucional democrático, a vontade da maioria deve sempre ceder aos direitos fundamentais individuais em caso de conflito. Ter um direito fundamental é ter um “direito como trunfo”, que resiste até mesmo ao arbítrio da maioria, mesmo quando as decisões majoritárias seguem procedimentos democráticos instituídos. Assim, o judiciário se torna também uma garantia contramajoritária. Seu papel, segundo Dworkin (2000) é zelar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios.

Diante desse contexto, vale a pena se ater aos conceitos de constitucionalismo e democracia para discutir o papel do Judiciário nesse cenário. Barroso ensina que:

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações

administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. (BARROSO, 2008, p. 11).

Na situação em que se deflagra a realidade brasileira, cada vez mais o cumprimento dessas leis existentes depende da postura ativista do Judiciário. Conforme aponta Barroso (2009), a despeito dos riscos da judicialização e do ativismo - que envolvem, sobretudo, a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias -, a jurisdição constitucional do Judiciário tem se mostrado benéfica e conveniente, na medida em que supre a negligência dos órgãos públicos e consegue sanar problemas individuais daqueles que a ele recorrem.

O discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, quando da solenidade de posse do ministro Ayres Britto como presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), demonstra o sentimento que nutrem as autoridades jurídicas sobre o ativismo:

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. [...]. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2012, p 8-9).

Em suma, depreende-se que o Poder Judiciário só tem legitimidade para intervir em esfera reservada aos outros poderes caso seja comprovada, nos termos da lei, uma omissão ou violação da incumbência constitucional por parte de seus representantes eleitos. No entanto, em face da inoperância dos Poderes Executivo e Legislativo constatada no cenário político brasileiro, essa intervenção tem sido convocada com cada vez mais frequência. Nesse sentido, o caso sobre o qual se detém o projeto é um exemplo claro da dimensão da interpretação principiológica defendida por Dworkin e também da atuação do Judiciário como guardião dos direitos fundamentais no Estado Democrático Constitucional de Direito, que tem se expressado por meio da judicialização e do ativismo judicial.

#### **4. BASES DE ENTENDIMENTO DA TEORIA DE LUHMANN**

As pressões engendradas pela dinâmica da sociedade mundial e pelos conflitos étnicos e fundamentalistas sobre o Estado democrático de direito que, enfraquecedoras de sua capacidade funcional e força integrativa, acabam por necessitar a busca de mecanismos, procedimentos e instituições que forneçam alternativas, com caráter jurídico e político, à incapacidade regulatória e déficits funcionais do Estado. O “ativismo” instaurado no Brasil, que vislumbra o conflito existente entre Judiciário e Executivo, encaixa-se perfeitamente nesse contexto e, por assim o ser, será analisado a partir de elementos categóricos da teoria sistêmica de Luhmann, abortando, no entanto, dos seus aspectos conclusivos. Isso decorrerá em face de a formulação teórica luhmanniana ter sido reflexo de um contexto euro-americano, o que se distancia notadamente da característica periférica de modernidade brasileira.

De acordo com Marcelo Neves, em “países periféricos não houve de maneira alguma efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio de diferenciação funcional” (Neves, 2006, p. 237). Assim, o principal problema da efetivação do Estado Democrático Brasileiro na modernidade periférica está relacionado aos limites à auto-referência destes sistemas, pois este não seria autopoietico, mas alopoietico. Esse bloqueio acarretado à auto-referência do direito, juntamente da exclusão social, conduz o Brasil a uma situação de “corrupção sistêmica”, que configura um contexto de sociedade na qual a prevalência de privilégios e exclusões obstrui a construção de uma esfera pública pautada pela generalização institucional da cidadania e a instrumentalização particularista do direito por indivíduos ou grupos sobreintegrados.

É dentro desse contexto que configura o ativismo que o trabalho propõe a analisar, sob a perspectiva categórica de Luhmann, esse embate entre política e justiça. Para tal, lançar-se-á mão da explicação breve de algumas características da Teoria Sistêmica, que são fundamentais à compreensão da reflexão que o artigo busca propor.

## **5. A TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E O DIREITO COMO ESTRUTURA DO SISTEMA SOCIAL**

A Teoria dos Sistemas configura-se em uma tese que aponta a diferenciação funcional dos sistemas como traço evolutivo da sociedade através da redução de sua complexidade. Luhmann importa da interdisciplinaridade, o conceito de Autopoiese - formulada pelos biólogos chilenos Maturana e Varela - para designar esses sistemas. Segundo o autor, cada sistema é independente operacionalmente, funcionando de acordo com seus

próprios códigos e critérios e esse mesmo sistema encontra-se, ao mesmo tempo, fechado e aberto, produzindo seus elementos e estruturas.

Luhmann formula seus conceitos, primeiramente, frente à sua pretensão de universalidade, de uma teoria geral do conhecimento que excede os limites da sociologia. Para ele, não é possível conhecer a realidade, enquanto sistemas, apenas o observando, mas observar como os próprios sistemas observam a si mesmos e aos demais sistemas enquanto partes de seu entorno. Ele acrescenta à concepção sistêmica pressupostos multidisciplinares, culminando em uma nova geração da teoria dos sistemas, que adotaria, sobretudo, uma metodologia diferente do funcionalismo clássico elaborado por Parsons, na qual a “função” seria privilegiada em face da “estrutura”. O funcionalismo não pretenderia conhecer como as coisas são, mas indagaria sobre o objeto de estudo em termos de busca de outras possibilidades funcionais. Assim, o relevante seria a função que o elemento representa, e não ele em si. Luhmann inova ainda, ao trazer o paradoxo como algo positivo, promovedor de unidade conceitual, e que se faz presente em cada sistema e dois deles de natureza geral: o da unidade da diferença entre sistema e ambiente e o de fechamento e abertura do sistema.

Para a teoria dos sistemas luhmanniana, o decisivo é a resolução de um problema, e este se encontra na complexidade do mundo. Por *complexidade*, deve-se entender a totalidade dos eventos possíveis, o complexo define-se pela falta de correspondência entre os elementos do mundo: com o seu aumento, aumenta-se também o número das relações possíveis entre eles, de modo que não mais é possível uma correspondência biunívoca entre os elementos. A complexidade está diretamente ligada ao conceito de *contingência*: os eventos do mundo não são necessários, mas possíveis de realização, assim tudo o que existe poderia não existir, sugerindo a ideia de uma “realidade” que pode ser enganosa, pois o que se torna realidade pode ser diferente da possibilidade esperada pelo sujeito. Neste contexto de *complexidade e contingência*, resulta impossível conhecer o mundo em todas as suas possibilidades de ser.

Para Luhmann, a *complexidade* deve ser reconhecida e reduzida, e o *sistema* é justamente o instrumento que reduz a complexidade do mundo a ponto dela tornar-se compreensível ao observador. O *sistema* é o que se diferencia de um *ambiente*, que por sua vez, é um complexo de relações cujos limites podem ser alterados. Há uma fronteira: dentro dela só há sistema, fora dela só ambiente. O ambiente de um sistema ainda pode conter outros sistemas, sendo estes, apenas ambiente para ele. A característica fundamental do sistema é sua *autorreferência*: o sistema define a si mesmo a partir do reconhecimento de sua diferença em face do ambiente. O sistema, com base no seu *código binário*, observa a si mesmo (*auto-*

*observação*) e o seu ambiente (*hetero-observação*), sem que isso impeça que o sistema seja também objeto de observação de outros sistemas (*heterorreferência*). É a partir da observação que o sistema reduz a complexidade do ambiente. A autorreferência, portanto, garante que o sistema seja ao mesmo tempo *fechado operacionalmente* e *aberto cognitivamente*. E é o próprio *fechamento operacional* que possibilita a *abertura cognitiva*, visto que para que os “ruídos” do ambiente não desestabilize o sistema, ele precisa ser seguro e equilibrado frente suas funções. Essa *abertura* é, sobretudo, seletiva, não é todo ruído considerado como informação, mas apenas aquele que reconhecido como distinção pelo código binário, possa gerar novas estruturas a fim de reduzir a complexidade externa, aumentando assim a complexidade interna do sistema. Assim, percebe-se que apesar dos sistemas não se comunicarem entre si, eles mantêm relações através de um *acoplamento estrutural*. Trata-se do mecanismo pelo qual um primeiro sistema coloca à disposição de um segundo sistema sua própria estrutura para que este possa continuar construindo sua específica complexidade.

Para Luhmann, os sistemas sociais não são constituídos por indivíduos, mas apenas por *comunicação* - através da informação, notificação e ato de entender - e o mais amplo e complexo sistema social é a *sociedade*. A sociedade possibilita a existência das demais classes de sistemas sociais e dá suporte, através das operações de diferenciação de funções, aos vários sistemas parciais (subsistemas): economia, política, direito e etc. O aumento da complexidade do ambiente e a conseqüente redução da complexidade do sistema social fazem com que ele se diferencie em subsistemas sociais voltados ao desempenho de funções específicas, segundo um código binário operacional próprio e os meios de comunicação generalizados: o Direito (código lícito/ilícito), a economia (código lucro/prejuízo) a política (código progressista/conservador) e etc.

Luhmann, diante das categorias complexidade e contigência, traz o Direito como *generalização e estabilização temporal* de expectativas de comportamento, ao dotar a *expectativa* de instrumentos pelos quais a mesma possa se estabilizar em caso de desapontamento. Assim, o Direito constitui parte da sociedade e reduz parte da sua complexidade, promovendo a orientação de condutas no meio social. Através do seu código binário lícito/ilícito, o Direito processa interiormente expectativas normativas jurídicas capazes de manter a si mesmas em situações de conflito. O meio de comunicação é a norma jurídica, definida como expectativa estabilizada através de uma sanção jurídica. Ele se diferencia do sistema social através de uma decisão política. Enquanto sistema autopoietico, as normas jurídicas são produzidas a partir de outras normas jurídicas. A legitimação da

atuação do sistema jurídico é dada pelo próprio sistema, sendo a legalidade a única legitimidade. A respeito, Luhmann considera:

O problema da formação social de expectativas, assim também como sua solução, baseia-se na necessidade e na possibilidade de esperar-se expectativas contingentes dos outros. Esse esperar expectativas abrange não apenas aqueles com os quais se mantenha uma interação em cada situação, mas refere-se também a terceiros, independentemente dessas expectativas se confirmarem ou não. Os que participam da situação supõem o que terceiros deles esperariam. Essa expectabilidade das expectativas de terceiros torna-se problemática quando os terceiros são simbolizados através de porta-vozes representativos que possam determinar, formular ou até mesmo modificar tais expectativas. Com isso, aquilo que antes era apenas uma realidade simbólica torna-se palpável em atos da comunicação, que assumem a pretensão de gerar um efeito vinculativo como o das instituições. A partir daí se coloca a questão da legitimidade de tais atos comunicativos que decidem vinculamente. Não se pode reduzir essa questão à sua forma aparentemente mais imediata: se a decisão corresponde à opinião real do terceiro. Ela precisa expressar-se em uma transformação institucional do mecanismo de institucionalização. (LUHMANN, 1985. p. 62)

O que legitima o Direito é a necessidade de decisão capaz de reestruturar as expectativas de comportamento. A legitimação é dada pelo *processo*, sistemas sociais especiais que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas, e é funcional, pois garante que as decisões provenientes do sistema sejam obrigatórias para o comportamento dos envolvidos. Os processos decisórios jurídicos de legitimação são o processo legal de eleição política, o processo legislativo constituído pelo debate público entre os representantes e o processo judiciário, definido como a realização de decisão voltada à reestruturação de expectativas.

## **6. OS LIMITES À AUTORREFERÊNCIA DO DIREITO E DA POLÍTICA E O CONTEXTO DE ATIVISMO NO BRASIL**

Em suma, as considerações que propuseram delinear a teoria sistêmica de Luhmann, tem-se que o sistema jurídico é, ou deveria ser, autorreferencial, autopoietico, fechado, pois constrói seus próprios elementos a partir deles próprios, e todas as suas operações, processos e identidade se assentam sobre eles. O próprio Direito se autoestabelece e se autolegitima. As normas jurídicas só podem ser produzidas a base de outras normas jurídicas, não existe “Direito fora do Direito” e nem pode se considerar o input/output normativo, pois o Direito não pode importar normas do seu meio e muito menos suas normas podem valer como jurídicas fora dele. A teoria sistêmica ainda abarca a ideia de abertura cognitiva, abrangendo a ideia de “irritação” eventual em outro sistema, promovendo assim o reparo dentro dele

mesmo, com as suas próprias funções operacionais. Ou seja, Luhmann não consideraria uma característica absolutamente isolacionista dos sistemas, ele previa uma comunicação cognitiva entre eles, no entanto, segundo ele, não deveria um sistema adquirir função operativa do outro para a resolução do impasse, mas influenciar dentro do sistema ao qual o impasse se refere o seu reparo, com fim de não promover uma espécie de “desdiferenciação”. Esse binômio fechamento operacional e abertura cognitiva levaria em conta a existência de um acoplamento estrutural entre os sistemas. E esse acoplamento entre sistema Direito e sistema Política se refere à Constituição. Assim, respeitando a característica de fechamento operacional luhmanniana, a atuação do Judiciário se limitaria a critérios de adaptação das suas operações à racionalidade política e ao controle e deliberação das políticas públicas já determinadas, caracterizando qualquer atuação fora deste parâmetro como ingerência do sistema.

No entanto, como já foi exposto, o trabalho não tem como objetivo apropriar-se dos aspectos conclusivos traçados pela teoria de Luhmann, mas promover a reflexão do tema, sob uma nova ótica, visto que não há adequação com a realidade com que o trabalho se propôs analisar. Essa incompatibilidade se dá diante do fato de que Luhmann formula sua teoria refletindo sobre o contexto euro-americano, contudo, a realidade brasileira é bem diferente. Marcelo Neves considera que, a modernidade periférica ou negativa, que se constata no Brasil é fruto da não efetivação da diferenciação funcional, não havendo a realização adequada da autonomia sistêmica e nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania. Neves ainda destaca que:

“Em face da sociedade como contexto do Estado, pode-se falar de alopoiese social do direito, por força da prevalência de outros códigos de preferência ter/não ter atua no sentido de impedir a reprodução sistemicamente autoconsciente do direito. De fato, em decorrência dos grandes abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz hipertroficamente, implicando privilégios e exclusões ilegais. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito.” (NEVES, 2006. p. 239/240)

Conclui-se que, além da alopoiese característica das modernidades negativas, tendo em vista que não existe fechamento operacional, ainda conta-se com uma situação que abarca como agravante um condicionante negativo do Estado Democrático de Direito: a hipertrofia do código econômico. Esse agravante é o que impede as relações de cidadania, dando espaço para a consolidação de relações clientelistas e a produção de efeitos asfixiantes sobre a esfera pluralista, inviabilizando, segundo Neves, a soberania do povo, a soberania do Estado, do princípio da igualdade e da pluralidade procedimental.

É nesse contexto de alopoiese que se configura o ativismo judicial. O Brasil mudou, as doenças principais são outras, mas a estrutura do atendimento, segundo Mário Scheffer, professor de medicina preventiva da USP, não acompanhou a nova realidade: “Nem o sistema público e muito menos os planos de saúde estão adequados para atender essa população. Cerca de 70% dos leitos hospitalares, da capacidade instalada de hospitais, é do setor privado. O SUS não tem serviços próprios suficientes para atender essa demanda”. O que se registra é um sistema de saúde atrasado, e precário, que visa ao atendimento emergencial e nem mesmo isso consegue atender. A população subintegrada frente às debilidades do sistema de saúde brasileiro, busca a garantia dos seus direitos fundamentais por via judicial. Assim, o sistema jurídico atua segundo seu compromisso com a dignidade humana e com o mínimo existencial da população subintegrada, buscando minimizar os efeitos devastadores provenientes da hipertrofia do código econômico. Contudo, dessa garantia percebe-se um risco: o ativismo mostra-se como um condicionante agravante da alopoiese do sistema, uma vez que a realocação de recursos públicos e a sobreposição de decisões de um sistema sobre o outro afeta ainda mais a relação sistêmica. É claro que essa atuação do sistema jurídico dentro do sistema político acarreta riscos sistêmicos - como a legitimidade democrática, a politização da justiça e falta de capacidade judicial para decidir sobre determinadas matérias explícitos anteriormente - e a proposta do trabalho não é concebê-los irrelevantes, mas buscar analisá-los sob uma ótica de perdas e ganhos que busca se afirmar ainda mais relevante. E essa ótica se fundamenta no fato de que embora haja riscos é preciso ater-se ao objetivo do ativismo e seu espaço de atuação que se deflagra naquele momento em que, na visão de Luís Roberto Barroso (2009) o processo político majoritário tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

O caso que o trabalho analisou traz à tona uma consideração que se coloca a frente dos riscos sistêmicos proporcionados pelo ativismo: A reflexão de que há um mínimo de saúde decantado da dignidade da pessoa humana e o mínimo é apenas o mínimo, não devendo nenhum cidadão estar abaixo dele. Cabe então, ao Estado ampliar e no mínimo assegurar esse mínimo. No entanto, o que se constata é a inoperância e a negligência do Estado frente essas garantias, por decorrência de diversos fatores como a má gestão dos recursos públicas - O gasto per capita com ações e serviços públicos de saúde representa 4,2% do PIB brasileiro que se encontra entre os dez maiores, porcentagem menor que a média mundial. E ainda convém destacar que se fala do Brasil, país no qual não se tem certeza do fim do recurso público. Nesse contexto, resta ao Judiciário, por via do ativismo, a imposição de condutas ao Poder



Público, como único meio de decantação desse mínimo existencial. Nessas situações, essa atuação contramajoritária se dará a favor e não contra a democracia. Há, portanto um ganho que se demonstra maior frente aos riscos possibilitados pelo ativismo, no entanto esse ganho não deve legitimar o Judiciário a abusar de tal mecanismo, extrapolando em decisões que não encontram respaldo no acoplamento estrutural que permite as relações entre o Direito e a Política: A Constituição. Conclui-se com uma nota final de Luís Roberto Barroso:

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise da representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p.19)

Diante de todo o aparato teórico apresentado, é chegado o momento, à guisa de conclusão, de fazer as considerações finais sobre o ativismo judicial e os temas que o circundam.

## CONCLUSÃO

O caso analisado apresenta uma decisão judicial baseada em interpretação principiológica da Constituição, texto que reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado. Contudo, levando em consideração que o medicamento em questão não é contemplado pelo SUS, além da condição de recursos escassos (a qual provoca a preterição do coletivo em favor do individual) constituem um confronto de regras e princípios. Esse embate torna o caso, na perspectiva de Dworkin, um “caso difícil”. Ao se deparar com uma situação como essa, o juiz deve descobrir qual é o direito da parte, de modo que consiga chegar à única resposta correta, aquela em que prevalecem os princípios e que reúne da melhor maneira possível critérios de justiça e equidade. No caso citado, nota-se que o magistrado, no ato da decisão, ao autorizar a dispensação de medicamento não registrado, tenta suprir a inoperância da má gestão administrativa para dar eficácia jurídica aos direitos resguardados na Magna Carta.

Em fins conclusivos, a efeito da avaliação da característica ativista que o Judiciário tem assumido, levando o caso em estudo como base e ainda a condição política brasileira fomentada por aspectos constituintes e democráticos, nota-se que há uma preponderância de uma conscientização emblemática que fundamenta a decisão judicial. A conscientização de que embora, esse contexto de ativismo seja favorável aos riscos dos efeitos sistêmicos,

principalmente no tocante à legitimidade democrática, existe um mínimo da saúde decantado da dignidade da pessoa humana que estabelece que nenhum cidadão pode estar abaixo. E o Judiciário, como guardião da Constituição, deve fazê-lo valer em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, mesmo que em face dos outros Poderes. Ao caso, a atuação ativista consiste em ampliar esse mínimo por meio de adequação à solicitude dos medicamentos excepcionais, que mesmo não constando em listas autorizadas e admitindo características experimentais, é o meio que se tem para a garantia desse mínimo no caso dessas pessoas que sofrem de enfermidades raras.

É diante desse ambiente de dualidade presente no Estado constitucional democrático, que pode lançar-se mão do questionamento: os operadores do judiciário podem interferir com as deliberações dos órgãos que representam a maioria política (ideal democrático), impondo ações administrativas e políticas públicas? Seguindo o ideal luhmanniano do bom funcionamento dos sistemas autopoieticos, poderíamos considerar que nesses casos, estaria admitindo, o Judiciário, uma categoria operacional ilegítima que colocaria em risco o funcionamento sistêmico, no entanto, tem que se elucidar o fato de que os aspectos conclusivos de Luhmann não se adequam à realidade de modernidade negativa brasileira, pois diante de uma má diferenciação sistemática e da inoperância do poder público, tendo em vista a ideia de “falsa” garantia de direitos individuais, a demanda social que se reflete na subintegração de parcelas da sociedade, por meio da frustração de suas expectativas, requer do Judiciário uma “atuação política” na tentativa de suprir a omissão política e dar eficácia aos direitos resguardados na Carta Magna. No eventual casuístico em análise, o Judiciário se faz de uma atuação política, com embasamento de microjustiça, no que podemos chamar de “expansão do mínimo existencial” para atender às expectativas da parcela subintegrada. Assim, conclui-se que diante da categoria alopoietica do Brasil, o ativismo judicial tem integrado a solução e não o problema, por assim dizer que os ganhos superam as perdas, ao encontrar nele uma alternativa que possa suprir as necessidades imediatas e essenciais à vida – garantia constitucional - da população subintegrada que recorre.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 06/08/2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, 2.ed.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Volumes I e II. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro, 1983 e 1985.

MELLO, Celso de. Brasília, 19 abr. 2012. Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na presidência da Suprema Corte do Brasil.

NEVES, Marcelo. *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 123/258.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?* In: TRINDADE, André Karan, GUBERT, Roberta Magalhães e COPETTI NETO, Alfredo (org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 21).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SL: 319 BA , Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 28/10/2009, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 04/11/2009 PUBLIC 05/11/2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 306.