

*Ensaíos*

# Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e os desafios para a efetivação jurisdicional do direito à saúde em matéria de medicamentos

DOI: 10.3395/receis.v1i2.93pt



*Marcus Orione  
Gonçalves  
Correia*

Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo,  
São Paulo, Brasil  
marcusorione@uol.com.br



*Renato Negretti  
Cruz*

Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo,  
São Paulo, Brasil  
rencruz@uol.com.br

## Resumo

Este ensaio trata de alguns dos limites e riscos relacionados à imprescindível atuação do Poder Judiciário no controle do fornecimento público de medicamentos em defesa do Direito à Saúde e da dignidade da pessoa humana.

Tal questão remete à necessidade de se explicitar e submeter à apreciação judicial os interesses econômicos latentes e as divergentes expectativas sociais acerca dos sentidos do Direito Fundamental à Saúde, aqui considerados a partir da releitura da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, ajustada à evolução histórica dos sistemas sociais brasileiros e à identificação da Constituição Federal de 1988 como o ponto de convergência de seus processos comunicacionais, não restritos, de modo algum, aos sistemas jurídico e político.

Sob essa perspectiva, deve-se buscar novas formas de instruir os processos judiciais em que se discute o dever do Estado em fornecer medicamentos de modo a compatibilizar a proteção da dignidade da pessoa humana no caso concreto e os avanços da atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais com o respeito às políticas de medicamentos, reduzindo-se ao máximo os riscos de seu desvirtuamento frente aos possíveis ataques mercantilistas por parte da indústria farmacêutica e ao processo de medicalização indefinida da sociedade moderna.

## Palavras-chave

Acesso à Justiça, sistemas sociais, direito à saúde, medicamentos, dignidade da pessoa humana

## Introdução

O presente estudo rediscute algumas questões relacionadas à atuação jurisdicional no controle/imposição do fornecimento de medicamentos pelo Estado em defesa do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana a partir da Teoria dos Sistemas de LUHMANN (1998).

Sob uma perspectiva sistêmica luhmanniana revisitada (CRUZ, 2007), serão aqui abordados certos limites funcionais do Direito e algumas das contingências decorrentes do embate de lógicas operacionais diversas entre os sistemas envolvidos nesses litígios jurídico-sanitários.

Dentre estas diferentes lógicas sistêmicas relacionadas ao tema em questão, devem ser consideradas, ainda

que sucintamente, as de ordem política, econômica, sanitária, jurídica e mesmo psíquica, nesta última hipótese, levando-se em conta o interesse da pessoa humana cujo Direito à Saúde encontra-se, em princípio, atrelado ao uso do medicamento pleiteado num dado caso concreto sujeito à apreciação judicial.

Em outras palavras, busca-se nesse trabalho considerar como algumas expectativas dos indivíduos, do sistema sanitário — enquanto ciência e prática de Saúde Pública — e certas demandas latentes do sistema econômico em matéria de serviços públicos de saúde e assistência farmacêutica, seja em escala coletiva (políticas públicas), seja sob a perspectiva individual, são (ou deveriam ser) recepcionadas e processadas no interior do sistema jurídico através de seus órgãos jurisdicionais, sob a ótica interpretativa constitucional, principiológica e evolutiva dos direitos sociais fundamentais.

Para tanto, será preciso considerar inicialmente alguns problemas epistemológicos ligados à evolução dos sistemas sociais, com especial atenção para aquela pela qual vem passando o sistema jurídico brasileiro com seus impasses metodológicos e suas disputas internas.

Tal se relaciona ao fato de a realidade social assumir um grau crescente de complexidade e de acirramento dos conflitos sociais caracterizados, em linhas gerais, por uma quantidade indeterminada de ações, atividades, seleções de sentido e de relações de poder que tendem a aumentar no decorrer da história, tornando-se o próprio mundo, enquanto unidade, cada vez mais complexo, inapreensível e contingencial.

Paradoxalmente, esse aumento considerável de complexidade é acompanhado de um contínuo processo de formação e diferenciação de sistemas de sentido, dentre os quais o sistema jurídico, cuja função é tentar organizar parte dessa complexidade no curso desse processo histórico e reduzir essa contingência presente na ampla possibilidade de relações e sentidos (LUHMANN, 1998, p. 50).

Nesse contexto, destaca-se o descompasso entre a racionalidade positivista-legalista do Direito e as expectativas antagônicas dos demais sistemas sociais, e da sociedade como um todo, em relação ao funcionamento do sistema jurídico e de suas estruturas organizacionais, como o Poder Judiciário, bem como às suas respostas à pequena parte dos conflitos sociais que chegam a ser institucionalizados sob a forma de litígios, muitos dos quais não apenas são incompreensíveis, como também responsáveis por decisões aquém das expectativas normativas generalizadas pela Constituição Federal de 1988.

A abordagem dessa delicada questão deve, ainda, considerar os riscos e equívocos em que, eventualmente, possa incorrer essa imprescindível atuação jurisdicional em virtude de possíveis distorções econômicas e comunicacionais da indústria farmacêutica e de uma sociedade cada vez mais “medicalizada”, no mais grave sentido foucaultiano desse termo (SCHWARTZ, 2004; ANGELL, 2007; BARROS, 2004; FOUCAULT, 1974).

Resumido a uma pergunta, o questionamento central deste ensaio pode assim ser exposto: como com-

patibilizar a proteção da dignidade da pessoa humana no caso concreto com o respeito às políticas públicas de medicamentos, considerando-se os possíveis ataques mercantilistas de parte da indústria farmacêutica e a medicalização indefinida da sociedade sem, contudo, negar o grande avanço social decorrente da atuação jurisdicional na efetivação de parte do Direito à Saúde através da concessão judicial de medicamentos?

É, portanto, sob esse enfoque que se pretende discutir a efetivação do Direito à Saúde através do acesso à justiça e de sua efetiva “produção de resultados individual e socialmente justos” (CAPELLETTI et al., 1988, p.8), ainda que em sua vertente curativa, na qual poderia ser enquadrada a grande parte das demandas judiciais por medicamentos.

## O Direito e as expectativas normativas essenciais ao funcionamento da sociedade

Dentre as diversas teorias sociais e jurídicas possíveis e igualmente aproximativas, a escolha da visão sistêmica do Direito e da sociedade de LUHMANN (1998; 1989; 1983) para embasar teoricamente o desenvolvimento do presente ensaio justifica-se por suas potencialidades explicativas para a compreensão da dimensão interdisciplinar do Direito à Saúde e de sua interpretação constitucional, especialmente em relação aos acoplamentos estruturais entre o sistema jurídico e o sistema sanitário, uma vez reinterpretada tal teoria a partir do conjunto da obra luhmanniana, das peculiaridades da sociedade brasileira e do desenvolvimento histórico do subsistema jurídico sanitário nacional (CRUZ, 2007).

Dessa forma, é possível incorporar à compreensão do referido subsistema jurídico sanitário sua crescente complexidade operacional que não pode desconsiderar as expectativas e o funcionamento do sistema sanitário e muito menos a função finalística dos programas constitucionais para a implementação dos direitos sociais fundamentais relacionados à saúde.

Em apertada síntese, a teoria dos sistemas em questão, desenvolvida no campo das ciências sociais como sistemas auto-referenciais de comunicação por LUHMANN (1998), pode ser entendida como uma extensão, com as devidas adaptações, do pensamento sistêmico originado em outras áreas científicas, mais especificamente no domínio da biologia a partir do estudo dos processos de cognição e da ênfase na concepção dos organismos vivos como totalidades integradas, tendo por expoentes os estudos neurofisiológicos de MATURANA e VARELA (1980; 2005).

A visão sistêmica ou *autopoietica* do Direito é tida como alternativa para o impasse científico que tem dominado as teorias jurídicas, divididas entre a sua consideração como sistema normativo fechado ou praticamente autônomo e a sua crítica sociológica como uma esfera decisória condicionada. Ambas seriam insuficientes para explicar o papel e as inter-relações desenvolvidas pelo sistema jurídico na sociedade moderna e direcionar a

sua interpretação frente aos novos limites e funções que lhe são colocados pelo alto grau de complexidade das relações sociais que deve regular. (LUHMANN, 1983; TEUBNER, 1989; BÜLLESBACH, 2002; CAMPILONGO, 2002).

O extremo formalismo, tanto teórico quanto prático, a que foi relegado o Direito, condicionado em grande parte pelo positivismo científico jurídico, levou-o a ser um compartimento num espaço artificialmente construído e isolado da própria realidade, tida como “ser”, sobre o qual esse mesmo sistema normativo, enquanto “dever-ser”, deveria incidir e exercer sua regulação social.

Dessa forma, do ponto de vista interno ao Direito, tal abordagem teórica e prática consolidou-o como um mero sistema fechado, reduzido a uma relação formal entre normas hierarquicamente organizadas, consideradas como válidas simplesmente pela observância de procedimentos legislativos, sem a análise de seu conteúdo material nem de sua adequação aos valores e princípios mais elevados da sociedade, constitucionalmente garantidos.

Em linhas gerais, o estudo do Direito Sanitário, assim como do próprio Direito Constitucional, tem destacado a considerável insuficiência do tradicional modelo científico positivista que, bem ou mal, ao menos no campo jurídico, influenciado especialmente pela “Teoria Pura do Direito” de KELSEN (1999), acabou por condicionar não só o seu estudo, como o próprio campo de aplicação do Direito a um demasiado grau de formalismo e abstração, insuficientes para a sua explicação enquanto parte do fenômeno social e mesmo inoperante diante dos conflitos sistêmicos internos entre seus princípios jurídicos (GRAU, 2002, p. 31).

É fundamental aqui, porém, deixar clara a distinção entre a crítica ao positivismo — como modelo científico de análise do Direito e das ciências sociais, sob o axioma da neutralidade valorativa e da busca de “leis naturais da vida social e de uma ciência da sociedade formada segundo o modelo das ciências da natureza” (LOWY, 2003, p. 18-19) — e a consideração, em si, do Direito Moderno como Direito Positivo, não ignorada pela teoria sistêmica, mas que considera tal “positividade” no sentido da contingência de suas estruturas, relacionada à sua contínua adaptação às transformações da sociedade e de sua complexidade no contexto histórico, em oposição ao perene Direito Natural (LUHMANN, 1983, p.225; CANARIS, 1996, p. 27, p.30).

Por essa razão, especialmente no campo do sistema jurídico sanitário, a referida teoria sistêmica luhmanniana é defendida por SCHWARTZ (2004) como arcabouço teórico indispensável para o reposicionamento do Direito em face da crescente complexidade social, como a relacionada ao aumento do risco sanitário dela decorrente e à necessidade de se enfrentar os novos desafios impostos às decisões relativas a esse subsistema jurídico de modo a se reforçar o caráter principiológico-constitucional da proteção sanitária.

Contudo, enquanto sistemas de sentido, a relação entre o Direito e os demais sistemas sociais ocorre de modo indireto através da comunicação, entendida sob a

perspectiva luhmanniana do termo, não restrito à “metafora tradicional da ‘transmissão’”.

A comunicação aqui referida deve ser considerada, ainda que em linhas gerais, como a síntese do processo comunicacional constituído de três etapas indissociáveis: informação, participação e compreensão, que são o produto das seleções de sentidos realizadas não pelos indivíduos isoladamente, mas no interior do próprio sistema social (LUHMANN, 1998, p. 141).

Daí porque segundo GRAU (2002, p.56), pode-se dizer que o Direito “não apenas *possui uma linguagem*, mas é *uma linguagem*, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas”.

Sendo assim, é fundamental reconhecer a sua função, sua racionalidade e seus códigos específicos, segundo os quais o sistema jurídico percebe e reelabora parte das influências e demandas externas de outros sistemas sociais, “selecionando sua especificidade, trazendo-as para seu interior recursivamente hermético, onde a questão será (re)processada em sua lógica clausal auto-referencial e autopoietica”, conforme explica SCHWARTZ (2004, p.29) em seu estudo acerca do *tratamento jurídico do risco no Direito à Saúde*.

De modo resumido, pode-se dizer que a função do Direito consiste em empreender a difusão e manutenção de expectativas mínimas (normativas) que cada sistema, seja ele social ou psíquico, pode nutrir em relação aos demais (LUHMANN, 1983, p.237).

O termo *normativo* ao ser relacionado à *expectativa* não diz respeito à dicotomia entre “dever-ser” e “ser”, cristalizada no criticado positivismo jurídico científico, nem mesmo a sua clássica distinção entre “direito adquirido” e “expectativa de direito”, tão utilizada de maneira equivocada para corroborar os ataques aos direitos e garantias fundamentais sociais a partir das “reformas” constitucionais ao sistema de Seguridade Social recém-instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Em linguagem sistêmica, as “expectativas normativas” aqui citadas podem ser tomadas como parte do Direito em si, como normas jurídicas, sejam elas sob a forma de regras ou princípios, posto que o termo *normativa* que qualifica *expectativa*, opõe-se não ao “ser”, mas ao “cognitivo”, em seu sentido funcional e não semântico. Daí porque, segundo LUHMANN (1983, p. 57):

Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado ao normativo não é fático, mas sim o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo.

A distinção entre expectativas normativas e cognitivas “não é definida em termos semânticos ou prag-

máticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas — mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema” (LUHMANN, 1983, p.56).

Refere-se, portanto, ao tipo de antecipação que será produzida pelos sistemas de sentido, sejam eles psíquicos ou sociais, para a absorção das frustrações frente às incertas e diversas possibilidades de sentido que o mundo fenomênico lhes apresenta.

Nesse contexto, duas são as possibilidades: (i) a adaptação da expectativa à situação que lhe é contrária ou (ii) a sua manutenção a despeito de sua frustração, em situações de conflito, daí porque a expressão “manutenção contrafática de expectativas normativas” (LUHMANN, 1983. p.114-115; 1998, p.90).

Enquanto que as expectativas cognitivas, uma vez não atendidas, caracterizam uma “nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado”, as expectativas normativas, de forma oposta, “caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos”, ou seja, estas últimas mantêm-se como expectativas apesar da situação que as contraria (LUHMANN, 1998, p.56).

A normatização de expectativas através do Direito opera inicialmente na dimensão temporal de sentido. A norma, nesse contexto teórico, segundo a síntese de VILLAS BÔAS FILHO (2006, p. 150), “seria, assim, uma forma de estruturação temporal das expectativas, que consistiria em fixar uma dada expectativa como normativa e, mediante mecanismos de absorção das frustrações, neutralizá-la contra as condutas que dela se desviam”.

Dessa forma, a normatividade do Direito poderia ser entendida, em linhas gerais, como uma espécie de estabilidade contrafática.

Por sua vez, além de normatizadas, a fim de cumprir sua função integradora dos sistemas sociais e de redução da complexidade e contingência acerca da dificuldade de observação e compreensão do funcionamento de tais sistemas, tais expectativas devem ser generalizadas socialmente.

Dentro de suas possibilidades, cabe ao Direito exercer a referida generalização congruente de expectativas, influenciando parcialmente nos processos comunicacionais dos demais sistemas que dependem das citadas expectativas normativas para a sua estabilização e funcionamento. A correção das externalidades decorrentes dos conflitos de sentido seria, portanto, complementar e apenas uma das formas de manutenção de tais expectativas normativas na sociedade.

Contudo, em razão da evolução da sociedade e do nível de diferenciação funcional de seus subsistemas sociais, a Constituição passa a assumir, através de seus programas e princípios normativos, o papel generalizante de tais expectativas normativas não mais restrito à positividade estritamente legal do Direito.

## A Constituição Federal de 1988 e o sistema jurídico sanitário

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob uma nova leitura sistêmica, deve ser interpretada como o “ponto de convergência dos processos comunicacionais da sociedade brasileira no sentido da mais abrangente forma de institucionalização de expectativas normativas” (CRUZ, 2007, p.257).

Tal função constitucional é imprescindível para a consolidação de meios de comunicação simbolicamente generalizados a partir dos quais as complexões de expectativas da sociedade, normatizadas em seus programas, princípios e regras constitucionais, se autonomizam nos casos concretos, por exemplo, nos litígios envolvendo o fornecimento de medicamentos a serem aqui discutidos, permitindo a estabilidade e o funcionamento de diversos sistemas sociais, como do próprio sistema econômico, dos sistemas científicos e não apenas dos sistemas jurídico e político nacionais.

Do ponto de vista interno ao sistema jurídico, tais programas finalísticos e os princípios constitucionais interagem em seus processos seletivos de informações em sua abertura cognitiva sistêmica ao ambiente na medida em que delimitam os sentidos possíveis do código binário direito/não-direito. Garantem, assim, um mínimo de coerência à auto-referencialidade do sistema jurídico, exercendo o controle interno de suas operações comunicacionais, seu direcionamento e as condições sob as quais tais processos podem e devem ocorrer.

A interpretação constitucional permite a evolução do próprio Direito na medida em que a produção legislativa se mostra incapaz de atender a essa generalização de expectativas e à uniformização parcial de sentidos atribuídos por sistemas sociais cada vez mais especializados, cujos meios de comunicação simbolicamente generalizados não seriam captados pelo processo legislativo tradicional.

Ao contrário do que apregoam os defensores da auto-regulação neoliberal através de sua controversa, e por vezes mal-intencionada, interpretação da teoria dos sistemas luhmanniana contraditoriamente associada à Teoria do *Agir Comunicativo* e à crença no consenso de HABERMAS (2001; 1997), é sim possível, a partir da releitura de LUHMANN (1983; 1990a; 1992; 1998), sustentar e melhor compreender em que condições se dá a interdependência entre os sistemas sociais, os indivíduos e o Direito, bem como a função primordial deste último, especialmente a partir da Constituição, na manutenção contrafactual dessas expectativas normativas em relação a todos os demais sistemas sociais (CRUZ, 2007).

Nesse sentido, podem ser recontextualizados, inicialmente, o sistema jurídico e, logo a seguir, a própria Constituição. De acordo com LUHMANN (1983, p. 227):

[...] Por tornarem-se potencialmente conflitantes, eles [os sistemas sociais] devem ser regulamentados detalhadamente. Em termos gerais, a diferenciação funcional acarreta um crescimento dos problemas e dos conflitos internos na sociedade e, dessa forma, um crescimento dos encargos decisórios em todos os planos

da generalização. Os sistemas parciais da sociedade tornam-se cada vez mais reciprocamente dependentes: a economia depende das garantias políticas e de decisões paramétricas; a política, do sucesso econômico; a ciência, de financiamentos e da capacidade de planejamento da política; a economia, da pesquisa científica; a família, do resultado econômico dos programas políticos de pleno emprego; a política, da socialização através da família; e a assim por diante. Ao mesmo tempo os sistemas parciais, para poderem exercer sua função constante e confiavelmente, têm que ser protegidos contra flutuações em outras esferas por eles incontroláveis. As dependências e independências recíprocas dos sistemas parciais crescem simultaneamente. [...] Dessa forma, cresce a necessidade de disponibilidades e de seguranças, que tem que ser satisfeita se bem que a liberdade de um significa a insegurança do outro. [...] Os problemas em consequência da diferenciação funcional transparecem aqui, e também em outros casos, nos diversos institutos do direito, no fato de que noções já familiarizadas se tornam questionáveis e inseguras; surgem rachaduras nos sistemas dogmáticos.

Dessa forma, se de um lado o processo de diferenciação funcional da sociedade implica no fato de nenhum de seus sistemas emergentes poderem reivindicar a supremacia sobre os demais, nem sequer pretender substituí-los em suas respectivas funções, de outro lado, não se extingue a interdependência entre eles e, particularmente, a função sistêmica do Direito (LUHMANN, 1992, p.1434-1435).

Em outras palavras, tendo em vista justamente a teoria luhmanniana e o destacado aumento de complexidade da sociedade atual, a regulação pelo Direito não perde o seu sentido e funcionalidade no contexto de sistemas sociais auto-referenciais, a despeito da impossibilidade de se direcionar totalmente os processos comunicacionais internos dos demais sistemas autopoieticos.

Portanto, a Constituição, mesmo sob uma perspectiva sistêmica, não se restringe ao “mecanismo de acoplamento estrutural [apenas] entre direito e política”, como entende, por exemplo CAMPILONGO (2002, p.98).

Contrariamente a esse entendimento, a Constituição, como “unidade política de um povo” (BERCOVICI, 2005, p.9), não se resume aos sistemas político e jurídico, mas assume sim “o lugar por excelência de ocorrência do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade” (SCHWARTZ, 2004, p.117).

Observe-se aqui, que o termo “política” para se referir à Constituição deve ser considerado em seu sentido amplo, relacionado ao todo social, e não apenas numa de suas acepções mais restritas em que este termo é utilizado na teoria luhmanniana para especificar o subsistema social da política (HESPANHA, 1999, p.60).

No caso brasileiro, esse posicionamento é reforçado levando-se em conta a confluência histórica da sociedade que mobilizou os diversos sistemas sociais em torno da redemocratização do país no final da década de 1980, formando assim um singular acoplamento estrutural entre esses sistemas do qual é fruto a Constituição Federal de 1988.

Como se depreende, por exemplo, da conformação dos movimentos sociais em torno da saúde e de seus embates com os defensores do sistema sanitário biomédico e privatista então vigente, formou-se na sociedade brasileira uma rede de novos processos comunicacionais, não restritos à reforma sanitária, de modo que a Assembleia Constituinte de 1987 não pode ser reduzida, de forma alguma, a uma simples manifestação do sistema político, ou de um exercício formal do Poder Constituinte Originário (CRUZ, 2007).

Do referido e singular acoplamento estrutural entre diversos subsistemas sociais, no processo histórico de redemocratização do País, resultou uma nova conformação dos processos comunicacionais sociais através da generalização de novas expectativas normativas comuns, institucionalizadas no nível máximo constitucional.

Tem-se, assim, a força normativa da Constituição no sentido vinculante e obrigatório de suas disposições na medida em que representam essa máxima normatização das expectativas com as quais operam os diversos sistemas da sociedade.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a Constituição Federal brasileira de 1988 expressa “os novos meios de comunicação simbolicamente generalizados com os quais passam a contar os sistemas sociais, não apenas jurídico e político, mas também econômico, científico, educacional, familiar, entre outros, em seus processos comunicacionais internos, delimitando suas novas fronteiras e sua auto-poiese” (CRUZ, 2007, p.267).

Nesse novo contexto histórico e constitucional, a Seguridade Social, na qual se insere o sistema sanitário, pode ser compreendida como o resultado desse amplo e democrático processo comunicacional. Sua institucionalização em 1988 representaria para o Brasil, como bem sintetiza BOSCHETTI (2003, p. 71-72), “o que significou a *sécurité sociale* para os franceses ou a *social security* para os ingleses na década de 1940: um movimento de reorganização de políticas já existentes sob novas bases e princípios, com ampliação, mas também introdução de novos direitos”.

No que diz respeito, portanto, ao sistema sanitário, tem-se que as suas expectativas normativas e a própria redefinição das funções do Estado brasileiro em matéria de políticas públicas de saúde encampadas pela Constituição de 1988 resultam, do ponto de vista sistêmico, de um longo período de reordenação dos processos comunicacionais e das inter-relações de diversos sistemas sociais, marcado pela generalização de expectativas em torno da redemocratização e redução das desigualdades sociais do país, tendo um impacto concreto nas novas interações entre diversos atores sociais na luta pela concretização de uma sociedade mais justa e solidária.

Tais lutas e ideários perfizeram boa parte das tensões entre o Movimento pela Reforma Sanitária e os sistemas econômico e político, nos embates pela redefinição de uma forma de organização do sistema sanitário brasileiro que fosse capaz de se contrapor ao modelo biomédico de cunho essencialmente curativo e mercantilista até então vigente (CRUZ, 2007, p. 249).

Embora não seja o objetivo deste ensaio aprofundar a discussão relativa à conceituação do modelo biomédico, cumpre aqui esclarecer que as referências a ele feitas relacionam-se à descrição de PAIM (1997, p. 20) sobre o paradigma flexneriano enquanto ao modelo biomédico hegemônico, combatido pela reforma sanitária da década de 1980, que, em linhas gerais, reduz o sistema de saúde ao conjunto de estabelecimentos de assistência médico-hospitalar, centrados no diagnóstico e na terapia alopática.

Tem-se, dessa forma, em linhas gerais que tal modelo pode ser entendido como uma prática de intervenção soberana, na qual princípios mecanicistas, biologizantes, individualistas, de especialização e tecnificação são hegemônicos. Não seria demais relacioná-lo ao influxo das demandas e lógicas econômicas desse modelo sobre a conformação dos sistemas de saúde centrados nesse paradigma flexneriano, no qual, de acordo com SANTOS (2005, p.73), os “profissionais de saúde envolvidos nesta dimensão seguem reproduzindo o modelo capitalista ortodoxo, onde a saúde e o medicamento são considerados produtos de troca, mercadorias de intensa exploração mercantil”.

Contraopondo-se a essa forma de conceber e organizar o sistema sanitário nacional, a Constituição de 1988 determina, assim, a conformação de um novo sistema organizacional brasileiro de saúde.

As expectativas normativas em relação à saúde passaram, a partir de 1988, a serem garantidas em diversas normas constitucionais podendo-se aqui destacar, em princípio, os seus artigos 6º, 194, 196 e seguintes.

A inserção da saúde em nível constitucional entre os direitos sociais que compõem os Direitos e Garantias Fundamentais da República Federativa do Brasil (Título II, Capítulo II, art. 6º), bem como no “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”, que compõe a Seguridade Social (Título VIII, Capítulo II, art. 194), é de suma importância para a seguinte discussão acerca do fornecimento de medicamentos através do recurso ao Poder Judiciário.

No que diz respeito ao artigo 196 da Constituição Federal de 1988, cumpre fazer ainda algumas considerações a seu respeito. De acordo com o referido dispositivo constitucional, tem-se que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Nesses termos, o sistema sanitário e os demais sistemas sociais que compõem a sociedade brasileira redefinem sua responsabilidade e a do próprio Estado na organização do sistema sanitário nacional.

A sociedade compromete-se a viabilizar políticas sociais e econômicas com o objetivo de reduzir “os riscos de doença e de outros agravos” numa dimensão preventiva, que não pode mais ser satisfeita simplesmente pela manutenção de um sistema assistencial médico-curativo,

privatista e discriminador, como aquele desenvolvido até 1988.

Nesse intento, “o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” deve garantir a todos, cidadãos brasileiros ou não, o direito de não apenas serem atendidos pelos serviços assistenciais curativos do Sistema Único de Saúde — SUS, como também de serem alcançados pelas ações e demais políticas públicas voltadas à prevenção e à promoção de sua saúde de maneira geral.

A promoção da saúde deve ser entendida não apenas como a cura e a prevenção de doenças, mas de forma mais abrangente e interdisciplinar relacionada à garantia da qualidade de vida enquanto questão intrinsecamente ligada à saúde. Apresenta-se, portanto, como “um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais” (SCHWARTZ, 2004, p.102).

Em outros termos, as operações sistêmicas relacionadas à saúde, independentemente de sua origem e extensão, devem partir de uma conformação mínima às normas constitucionais, enquanto expectativas normativas garantidas pela Constituição e, assim, compartilhadas por todos os sistemas sociais.

## **A medicalização indefinida da sociedade e a economia política da medicina**

Não obstante tais considerações e a ampliação das expectativas normativas que o Direito deve manter em relação à saúde, ainda assim, é inegável a persistência de um subsistema assistencial médico-curativo de responsabilidade pública, com a sua devida adequação aos novos valores sociais e à relevância pública e ampliação de sua rede de proteção no sentido de acesso universal e da integralidade de seus serviços buscando a superação do anterior sistema essencialmente biomédico, autoritário e privatista.

É especialmente sobre esta última perspectiva do Direito à Saúde que se concentra boa parte das reivindicações em torno da ampliação da assistência farmacêutica para a atenção de situações concretas, em princípio, aparentemente não abrangidas pelas políticas públicas de medicamentos.

A problematização de tais reivindicações deve considerar algumas expectativas políticas e econômicas que se encontram muitas vezes latentes e que não são devidamente consideradas nesses conflitos jurídicos em torno da definição dos sentidos, através dos quais, ainda que nessa perspectiva assistencial, a força normativa do Direito à Saúde deve ser mantida contrafaticamente no caso concreto.

Dada a conformação do sistema sanitário brasileiro e a persistente influência do modelo biomédico na organização da saúde brasileira, seria possível ainda dizer que boa parte dos “litígios” acerca do fornecimento de certos medicamentos não apenas têm repercussões econômicas e políticas, como também congregam em si, na sua própria conformação inicial, disputas e tensões entre

expectativas não simplesmente sanitárias, embora nem sempre claramente manifestas (ANGELL, 2007; CRUZ, 2007; BARROS, 2004; FOUCAULT, 1974).

Tal decorre da complexidade e interdependência dos sistemas sociais que no caso da definição dos sentidos da Saúde Pública acabam por perfazer questões de natureza mista e não apenas sanitária, mas também política e, sobretudo, econômica, cada vez mais relacionadas à delimitação dos sentidos que devem assumir as prestações estatais para o cumprimento dessa vertente específica do Direito à Saúde.

Tais inter-relações entre o sistema sanitário e os sistemas político e econômico podem ser melhor apreendidas ao se considerar a “medicalização indefinida” da sociedade e a “a economia política da medicina”, descritas por FOUCAULT (1974) para caracterizar a “crise atual da Medicina”.

O referido processo de medicalização indefinida pode ser entendido, de modo geral, como a expansão da Medicina e de seu campo de atuação, em sentido amplo, enquanto ato de autoridade, para além de seu domínio tradicional centrado na relação doença-doente, passando a não mais se restringir à demanda do doente (FOUCAULT, 1974, p.12).

Dessa forma, não apenas a Medicina Moderna como as próprias políticas de Saúde Pública passaram a ser dotadas de um poder autoritário com função normalizadora, não restrita à existência de doença ou à demanda do doente sendo que tudo “o que assegure a saúde do indivíduo, seja salubridade das águas, o sistema de habitação ou o regime urbanístico, é hoje um domínio da intervenção médica” (FOUCAULT, 1974, p.13).

Nesse sentido, FOUCAULT (1974, p.13) destaca a assunção, no século XX, pelos médicos do papel de regulação da sociedade através da normalização de condutas, substituindo-se o sistema codificado de leis dirigidas pelos juristas no século XVII e XVIII, pela “perpétua distinção entre o normal e o anormal, e a perpétua tarefa de reproduzir o sistema da normalidade”.

Essa expansão do domínio interventivo das práticas sanitárias não mais restritas aos doentes e às doenças decorreria de seu “desbloqueio epistemológico” ocorrido no final do século XVIII, no contexto do desenvolvimento da Medicina Social. Teria sido graças à atenção para outras coisas que não apenas os doentes, como se depreende claramente do modelo urbano francês de Medicina Social, que a Medicina deixa de ser essencialmente clínica e passa a ser social, o que lhe permitiu libertar-se, desde então, da “estagnação científica e terapêutica em que se encontrava” (FOUCAULT, 1974, p.14).

Alinha-se a esse emergente paradigma, ainda segundo FOUCAULT (1974, p.18), o novo e considerável papel econômico da Medicina possível graças à inserção do corpo no mercado não mais restrita a sua identificação como força produtiva, mas fundamentalmente através do consumo de saúde, mediado pela Medicina.

Desde o século XVIII, com o desenvolvimento da Medicina Social, a saúde já era relacionada aos problemas econômicos objetivando-se, através da Medicina,

responder às necessidades mercantilistas, à citada aritmética política dos Estados nacionais em fase de consolidação e, posteriormente, às demandas do capitalismo relativas à manutenção e reprodução da força de trabalho (FOUCAULT, 1979, p.84; ROSEN, 1979, p.47; 1994, p.98).

Por sua vez, essa “economia política da Medicina” diz respeito ao novo e principal papel econômico assumido pela Medicina Moderna, não mais restrita às funções citadas, mas sim relacionada à produção direta de riqueza com a introdução da saúde em si no mercado, como um objeto de consumo. Segundo FOUCAULT (1974, p.18):

Atualmente, a medicina encontra a economia por outro caminho. Não, simplesmente, porque é capaz de reproduzir a força de trabalho, mas porque é diretamente capaz de produzir riqueza, na medida em que a saúde é objeto de desejo para uns e de lucro para outros. A saúde, enquanto objeto de consumo, enquanto pode ser produzida por uns — laboratórios farmacêuticos, médicos, etc. — e consumida por outros — os doentes potenciais ou atuais — tornou-se um objeto econômico importante, entrou no mercado.

Destaca-se, portanto, a inserção do corpo no mercado, mediada pela Medicina, inicialmente como força de trabalho assalariada e, depois, por meio do consumo de saúde, o que, por conseguinte, teria propiciado diversas “disfunções no sistema de saúde e da medicina contemporânea” (FOUCAULT, 1974, p.19).

Nesse contexto, ao contrário do que pode parecer, os médicos não seriam únicos ou os mais beneficiados por esse processo social de medicalização indefinida, mas sim a indústria farmacêutica. Como advertia FOUCAULT (1974), os “trustes farmacêuticos” é que ficariam com os lucros proporcionados pela doença e pela saúde, sendo sustentada, inclusive pelo financiamento coletivo desse sistema sanitário. Tal situação, no entanto, persiste até os dias atuais (ANGELL, 2007, p.207-229; BARROS, 2004, p.119).

Daí porque, ainda segundo FOUCAULT (1974, p.21), a prática e o saber médico poderiam ser reposicionados como simples intermediários entre a indústria farmacêutica e a demanda dos clientes, sendo os médicos meros “distribuidores de medicações e medicamentos”.

A esse respeito, poderia ainda ser citada a reportagem do jornal Folha de São Paulo, de 3 de setembro de 2005, sob o título “Receita Vigia”, que noticiou a pressão exercida pelos propagandistas dos laboratórios, na posse de cópias do receituário fornecidas por farmácias, sobre profissionais da saúde, controlando, assim, a prescrição de produtos da marca por eles representada. Tal mecanismo estaria sendo utilizado para verificar se médicos beneficiados por certos “favores” dos laboratórios estariam, de fato, sendo “parceiros” da indústria farmacêutica (COLLUCCI, 2005).

Contudo, apesar do inicial avanço tecnológico decorrente desse mercantilismo e dos novos papéis econômicos e políticos da Medicina, e em sentido mais amplo da própria Saúde Pública, já na década de 1970,

FOUCAULT (1974, p.19) chamava a atenção para o estágio de forte estagnação tanto da Medicina quanto da Saúde Pública não respondendo mais ao esperado e, ainda hoje, tão propagandeado avanço do bem-estar sanitário.

Diferentemente da relação entre o nível de vida e o nível de consumo, em matéria de saúde, não se observa uma significativa melhoria de seus indicadores à medida que o consumo médico aumenta. Essa assimetria seria demonstrada ao se relacionar consumo de serviços e produtos de saúde às alterações no nível de vida. Estudos nesse sentido, apontavam para o fato de que “as variáveis do meio, em particular o consumo alimentar, a educação, a renda familiar, são fatores que influem muito mais do que o consumo médico” (FOUCAULT, 1974, p.19).

Essa ausência de relação direta entre o crescente consumo médico e o nível de vida, de acordo com FOUCAULT (1974, p.20), revelaria o seguinte paradoxo econômico: “um crescimento do consumo que não é acompanhado de nenhum fenômeno positivo do lado da saúde, da morbidade e da mortalidade”.

Esse descompasso entre as expectativas da sociedade em relação ao “consumo de saúde” e sua repercussão na real melhoria das condições sanitárias persiste atualmente a despeito dos supostos avanços da indústria farmacêutica e de seu aparente empenho no desenvolvimento de novos medicamentos que justificariam, em tese, os preços altos de seus produtos, bem como seus lucros exorbitantes.

Nesse sentido, diversos são os trabalhos que questionam os métodos dos grandes laboratórios farmacêuticos privados para manter sua alta lucratividade num mercado global cuja estimativa total de vendas de medicamentos sujeitos à prescrição médica no mundo inteiro estava em torno de 400 bilhões de dólares em 2002 (ANGELL, 2007, p.21; NASCIMENTO, 2005; BARROS, 2004).

Dentre esses estudos, para a discussão seguinte acerca da concessão de medicamentos pelo poder judiciário brasileiro, cumpre destacar aqui o levantamento feito por ANGELL (2007) para demonstrar a real dimensão “criativa” e “inovadora” dos laboratórios farmacêuticos, a despeito de seu discurso oficial, a partir da sistematização dos dados fornecidos pela própria agência norte-americana, *Food and Drug Administration — FDA*, responsável pelo registro de novos medicamentos. De acordo com o minucioso levantamento da referida autora:

Dos 78 medicamentos aprovados pela FDA em 2002, somente 17 continham novos princípios ativos, e apenas sete deles foram classificados pela FDA como aperfeiçoamento em relação a medicamentos mais antigos. Os outros 71 medicamentos aprovados naquele ano eram variantes de medicamentos antigos ou não foram considerados superiores aos medicamentos já à venda. Em outras palavras, eram medicamentos “de imitação”. [...] Ademais, desses sete, nem um único provinha de um laboratório farmacêutico americano de porte (ANGELL, 2007, p. 32-33).

Esse pequeno número de medicamentos realmente inovadores, segundo a classificação oficial da FDA, em

comparação à grande quantidade de “novos” produtos lançados anualmente com pesados investimentos em marketing e propaganda, não é, contudo, um fato isolado de 2002.

A partir do exame dos registros de medicamentos na referida agência norte-americana, entre 1998 e 2002, ANGELL (2007, p.71-72) pôde constatar que no total desse período, foram aprovados 415 novos medicamentos, dentre os quais apenas 133, ou seja, 32%, foram considerados como “novas entidades moleculares”, sendo os demais apenas variantes de medicamentos já existentes. Ainda assim, desses 133 medicamentos, apenas 58, ou 14% do total, foram afinal considerados como medicamentos possivelmente inovadores no sentido de representar um significativo progresso em relação aos medicamentos já comercializados.

Isto porque, segundo explica a referida autora, para a FDA, mesmo “moléculas totalmente novas podem não ser melhores do que um medicamento já existente para a mesma condição”. Por essa razão, segundo os critérios da citada agência norte-americana, nem todas essas “novas entidades moleculares” chegam a ser classificadas como drogas para “inspeção prioritária”, mas tão somente aqueles medicamentos “com probabilidade de representar um aperfeiçoamento significativo, em comparação com produtos comercializados, no que diz respeito ao tratamento, diagnóstico ou prevenção de uma doença” (ANGELL, 2007, p. 70-71).

A relevância desses números e do descompasso entre o montante dos medicamentos registrados anualmente na agência FDA e o percentual inferior a 15% de produtos por ela considerados como inovadores requer a disseminação dessas informações e a tentativa de inserir este critério de distinção entre os “novos medicamentos” produzidos anualmente no mérito dos processos judiciais referentes ao pedido de inclusão de novos medicamentos na lista daqueles fornecidos pelo SUS ou de seu fornecimento pelo Estado diretamente a determinados pacientes, afastando-se, como critério judicial para se aferir o caráter inovador do medicamento pleiteado, o simples argumento de que a droga em questão foi aprovada para comercialização nos EUA pela FDA ou em outro órgão estatal estrangeiro ou nacional de registro.

Como será tratado no tópico seguinte e conclusivo, o risco decorrente desses interesses econômicos contrapostos à finalidade constitucional do sistema sanitário deve passar a ser considerado, sem, contudo, obstaculizar, por isso só, o recurso ao Poder Judiciário e o seu efetivo controle sobre os poderes públicos no sentido de assegurar a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, ainda que sob a perspectiva individual do fornecimento de medicamentos.

## **Acesso à Justiça e a efetivação do Direito à Saúde**

O Poder Judiciário exerce uma função sistêmica essencial não apenas para o Direito como também para toda a sociedade, pois, através de seu processo decisório, contribuiu para a explicitação de quais expectativas são

revestidas de caráter normativo e, conseqüentemente, exerce sua força coercitiva para manter tais expectativas contrafactualmente de modo a readequar as condutas delas desviantes.

Nesse sentido, seguindo a perspectiva funcionalista luhmanniana, afirma SCHWARTZ (2004, p. 131): “uma atuação intensa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais deve ser entendida como critério decisório a embasar a dinâmica autopoiética e organizacional do sistema jurídico”.

Mais do que rediscutir os novos desafios do Poder Judiciário, em função de seu papel na efetivação dos direitos sociais (CAPPELLETTI, 1993), e o caráter fundamental do Direito à Saúde (CRUZ, 2007), pressupostos neste trabalho, destaca-se de tais considerações o dever do Estado de possibilitar aos indivíduos titulares do direito subjetivo público à saúde todos os meios e recursos jurídicos para a proteção desse direito (SCHWARTZ, 2004, p. 135).

Portanto, em que pese a centralidade das políticas públicas para sua efetivação em termos gerais e coletivos, essencial para a sua concretização na perspectiva global de promoção e prevenção da saúde, ainda assim, consolida-se, paralelamente, o entendimento segundo o qual

Com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial de que a saúde é *direito fundamental do homem*, tem-se que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de *aplicabilidade imediata* e de *eficácia plena*, caráter este reconhecido pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro — o Supremo Tribunal Federal (STF) —, a quem cabe a guarda precípua da Constituição (SCHWARTZ, 2004, p. 136-137).

Em outras palavras, o acesso à justiça com a possibilidade, por exemplo, de se pleitear o fornecimento de determinados medicamentos frente ao Estado, por si só é um elemento chave para o processo de delimitação dos sentidos do sistema jurídico sanitário e efetivo controle da adequação ou não das políticas públicas que vêm sendo implementadas aos fins constitucionalmente eleitos pela sociedade brasileira.

Não se quer com isso dizer que todo e qualquer pedido de medicamentos levado à apreciação jurisdicional deva ser acolhido de modo a modificar o rumo da atuação estatal. Da mesma forma, porém no sentido inverso, não se pode afastar, nem mesmo nas questões relacionadas às políticas públicas de saúde, o Direito Constitucional de Ação, não sendo possível negar prontamente o recurso ao Poder Judiciário nas situações em que o indivíduo se sinta ameaçado ou violado em seus direitos relacionados à saúde.

No caso específico das ações judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos, deve ser buscada uma superação do impasse comunicacional entre os agentes envolvidos, pacientes na condição de autores da ação, poderes públicos na posição de réus e, sobretudo, dos juízes, cada qual dotado de uma lógica e linguagem peculiares, na maioria das vezes, incompreensíveis aos demais que participam desse processo comunicacional, em sentido amplo e não simplesmente “jurídico” (CRUZ, 2007).

Há que se considerar a dificuldade enfrentada pelo juiz, que deve, diante do caso concreto, dimensionar o atentado à dignidade humana, que somente pode ser analisada individualmente — já que é esta a dimensão dada pela doutrina a este conceito jurídico (SARLET, 2007). Não há como se querer uma avaliação meramente quantitativa e hipotética — por exemplo, a decisão poderia acabar por salvar apenas uma vida em detrimento de outras mil vidas, que poderiam ser poupadas com a utilização do erário envolvido em uma política pública de saúde. Este tipo de mensuração é equivocado e utilitarista. Vida é vida: seja uma, sejam mil. A dignidade da pessoa humana não admite este confronto.

No entanto, nada obsta, pelo contrário tudo recomenda, que o poder público envolvido demonstre em juízo, por exemplo, que determinado remédio não precisa ser substituído por outro não constante da lista do SUS — caso os efeitos de ambos sejam os mesmos para a hipótese em litígio. Da mesma forma, que o réu deixe evidente a facilidade de se obter, observada a estrutura administrativa, o remédio em posto próximo ao autor — sem, é claro, ser impedido pela excessiva burocracia. Ou ainda, que comprove que a entidade envolvida no pedido de novo medicamento não defende interesses reais da população, mas eventuais interesses espúrios de determinados grupos econômicos com interesses escusos, tentando incluir indevidamente remédios de imitação, como se inovadores fossem, em lista pública — caso em que, inclusive e se demonstrado, há que se tomar sérias medidas de natureza penal.

Em conclusão, o que não se deve admitir é que a inversão existente na propositura da ação e na ausência de uma adequada defesa do poder público invalide a busca pela proteção jurídica. Um Judiciário sério, por sua vez, deve estar sempre atento à sua realidade local, sem, no entanto, se imiscuir com um ou outro grupo de poder — seja ele público ou privado.

Por fim, não há que se acreditar que nestes casos os juízes estão a fazer políticas públicas, mas apenas aplicando a norma constitucional. E, ao fazê-lo, devem agir com a prudência necessária, sem, no entanto, ceder a argumentos genéricos (tais como a reserva do financeiramente possível), em geral, não passíveis de serem demonstrados nos autos do processo. A busca de todos, inclusive do Judiciário, é por um sistema que prestigie cada vez mais a dignidade da pessoa humana.

## Referências bibliográficas

ANGELL, M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Trad. Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007. 319 p.

BARROS, J. A. C. **Políticas farmacêuticas: a serviço dos interesses da saúde?** Brasília: UNESCO, 2004. 272 p.

BERCOVICI, G. **Soberania e constituição: poder Constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional**. 2005. 356 f. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado)

- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BOSCHETTI, I. Implicações da reforma da previdência na seguridade social brasileira. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v.15, n.1, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 6 set. 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. D.O.U. de 05/10/1988, p.1 (ANEXO). Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2007.
- BÜLLESBACH, A. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. cap. 10, p.409-442.
- CAMPILONGO, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. 193 p.
- CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 311 p.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168 p.
- CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. 134 p.
- COLLUCCI, C. Receita vigiada : Farmácia espiona médicos para laboratórios. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 04 set. 2005. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0409200501.htm>>. Acesso em: 18 set. 2007.
- CRUZ, R. N. **A teoria dos sistemas e a força normativa constitucional do sistema jurídico sanitário**. 2007. 307 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal. 1979. 296 p.
- FOUCAULT, M. **A crise atual da Medicina**. Texto de Apoio PESESPEPPE. Rio de Janeiro: Escola de Saúde Pública, 1974. 22 p.
- GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 279 p.
- HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa, T.I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2001. 330 p.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2v., 354 p.
- HESPANHA, B. A autopoiese na construção do jurídico e do político de um sistema constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.7, n.27, p.59-78, abr-jun, 1999.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.
- LÖWY, M. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen** - marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. 224 p.
- LUHMANN, N. **Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. 445 p.
- LUHMANN, N. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. **Cardoso Law Review**, v.13, n.5, p.1419-1441, mar. 1992.
- LUHMANN, N. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n.49, p.149-168, jul. 1990a.
- LUHMANN, N. Law as a social system. **Northwestern University Law Review**, v.83, n.1/2, p.136-150, 1989.
- LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. 5. ed. São Paulo: Palas Athena, 2005. 288 p.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **Autopoiesis and Cognition**. Dordrecht, Holanda: D. Reidel, 1980. 141 p.
- NASCIMENTO, Á. **Ao persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado**. Isto é regulação? São Paulo: SOBRAVIME, 2005. 152 p.
- PAIM, J. S. Bases conceituais da Reforma Sanitária brasileira. In: FLEURY, S. (Org.). **Saúde e democracia: a luta dos CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p.11-24.
- ROSEN, G. **Uma história da saúde pública**. Trad. Marcos Fernando da Silva Moreira. São Paulo: Hucitec: Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994. 423 p.
- ROSEN, G. **Da polícia médica à medicina social: ensaios sobre a história da assistência médica**. Trad. Ângela Loureiro de Souza. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. 401 p.
- SANTOS, Amauri Moraes dos. **Desafios e oportunidades do farmacêutico na promoção da saúde**. **Infarma**,

v.17, n.5-6, p.73-78, 2005. Disponível em: <<http://www.cff.org.br/revistas/49/73%20a%2078.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2006.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 163 p.

SCHWARTZ, G. **O Tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 199 p.

TEUBNER, G. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 354 p.

VILLAS BÔAS FILHO, O. **Uma abordagem sistêmica do direito no contexto da modernidade brasileira**. 2006. 428 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 

## Sobre os autores

### *Marcus Orione Gonçalves Correia*

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ministrando aulas na graduação e pós-graduação nas áreas de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e de Direitos Humanos; Professor da Escola Paulista de Direito Social e Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

### *Renato Negretti Cruz*

Advogado, mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito Social.