

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS:
REVISÃO NARRATIVA***

*JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD Y TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES:
REVISIÓN NARRATIVA*

*HEALTH JUDICIALIZATION AND SOCIAL SYSTEMS THEORY:
NARRATIVE REVIEW*

Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro¹

Leandro Cavalcante Lima²

Resumo: A complexidade da judicialização da saúde abre espaço à matriz de investigação sistêmica. Qual o estado da arte dos estudos sobre judicialização pela abordagem da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann? Os objetivos deste estudo são identificar a percepção do fenômeno e a compreensão de seus efeitos e indicar as lacunas da área. Fez-se uma revisão narrativa da literatura, levantada nos sites Scielo, Lilacs e Google Acadêmico com os termos “Judicialização da Saúde” AND “Teoria de Sistemas”. A análise foi diagramada em quadros conceituais utilizando as categorias teóricas complexidade; autorreferencialidade; acoplamento estrutural; comunicação e tomada de decisão. O principal resultado é a identificação da judicialização como uma sobrecarga do sistema judicial, marcado por seu fechamento operativo. Como contribuição se apresenta a formulação das lacunas de pesquisa: a natureza sistêmica da judicialização, o levantamento de evidências empíricas, o parâmetro sobre o fenômeno por região e a metodologia de observação sistêmica.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Judicialização da Saúde; Teoria dos Sistemas Sociais; Direito; Teoria Sistêmica.

Resumen: La complejidad de la judicialización de la salud da destaca la matriz de investigación sistémica. ¿Cuál es el estado del arte de los estudios sobre judicialización basados en la Teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann? Los objetivos de este estudio son identificar la percepción del fenómeno y la comprensión de sus efectos e indicar las brechas en el área. Se realizó una revisión narrativa de la literatura, planteada en los sitios web Scielo, Lilacs y Google Academic con los términos “Judicialización de la salud” Y “Teoría de sistemas”. El análisis se esquematizó en marcos conceptuales utilizando las categorías de complejidad teórica; autorreferencialidad; acoplamiento estructural; comunicación y toma de decisiones. El principal resultado es la identificación de la judicialización como una sobrecarga del sistema judicial, marcada por su cierre operativo. Como aporte, se presenta la formulación de brechas de

* Artigo submetido em 12/05/2021 e aprovado para publicação em 16/08/2021.

¹ Doutora em Desenvolvimento Socioambiental e Mestre em Planejamento do Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFPA e do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (UFPA). E-mail: krishina.ribeiro@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2180-8503>.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (FEAD). Advogado no Paraná (OAB/PR). E-mail: leandrocavalcantelima@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6371-3612>.

investigación: el carácter sistémico de la judicialización, el relevamiento de la evidencia empírica, el parámetro sobre el fenómeno por región y la metodología de observación sistémica.

Palabras clave: Derecho a la salud; Judicialización de la salud; Teoría de los sistemas sociales; Derecho; Teoría sistémica.

Abstract: The complexity of the judicialization of health opens space for the systemic investigation matrix. What is the state of the art of studies on judicialization by Niklas Luhmann's Theory of Social Systems? The objectives of this study are to identify the perception of the phenomenon and the understanding of its effects and to indicate the gaps in the area. A narrative review of the literature was carried out, surveyed on the sites Scielo, Lilacs and Google Scholar with the terms “Judicialização da Saúde” AND “Teoria de Sistemas”. The analysis was diagrammed in conceptual tables using the theoretical categories complexity; self-referentiality; structural coupling; communication and decision making. The main result is the identification of judicialization as an overload of the judicial system, marked by its operational closure. As a contribution, the formulation of research gaps is presented: the systemic nature of judicialization, the survey of empirical evidence, the parameter on the phenomenon by region and the methodology of systemic observation.

Keywords: Right to Health; Health Judicialization; Social Systems Theory; Right; Systems Theory.

Introdução

No Brasil a judicialização da saúde é um fenômeno de natureza jurídica e sociopolítica. A magnitude e a complexidade da questão, para ser examinada com mais profundidade requer uma abordagem sistêmica. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi a primeira do País a estabelecer a saúde como direito, artigos 196 e seguintes. A consequência desse fato foi o aumento das demandas judiciais nos tribunais, a judicialização da política de saúde, como uma alternativa para o acesso a bens e serviços em saúde. Todavia, se referido fenômeno no sistema jurídico proporciona o acesso ao direito à saúde, diferentemente, no sistema político ele é permanentemente restringido, em função dos custos que as demandas judiciais acarretam para a administração pública, além dos fatores que contribuem para a desorganização no sistema da política pública de saúde.

Nas sociedades diferenciadas funcionalmente há uma grande indeterminação devido ao fato de que as observações estão em constante construção, por isso tudo estaria aberto à discussão, à reflexão contributiva da análise à legitimidade, à ideologia, à racionalidade como postura metodológica. Neste cenário, Rocha (1992; 2013) propôs investigar a insuficiência da Filosofia Analítica, que informou a matriz do normativismo jurídico, desenvolvido por Hans Kelsen (teoria pura do direito) e Norbert Bobbio (teoria do ordenamento jurídico), que descrevem

as estruturas das normas jurídicas separando o conhecimento jurídico da moral, da ideologia, da política, da sociologia e da metafísica. Este paradigma fracassou, segundo a literatura, por não pensar a realidade de forma complexa e por insistir na neutralidade política, tornou-se insuficiente para realizar conexões com o ambiente social (TEÜBNER, 1989; ROCHA, 2013; LUHMANN, 2016).

Em substituição à matriz do Normativismo Jurídico tem-se a matriz da Hermenêutica Jurídica, cuja racionalidade de trabalho seria analisar o conteúdo de sentido das proposições jurídicas por meio das interpretações de textos. Sendo seus principais expoentes Ronald Dworkin (teoria do direito como integridade) e Herbert Hart (o conceito de direito). Segundo Rocha (1992) embora a matriz hermenêutica tenha superado a matriz filosófico-analítica ao reconhecer a importância das instituições sociais, ela ainda estaria centrada no normativismo e no excessivo uso da metodologia individualista. Assim, reconhece-se que o fenômeno jurídico como instituição social abre espaço à matriz sistêmica de investigação do direito como sistema autopoietico, com capacidade de autoproduzir-se (VIDAL, 2012).

Examinar o direito como sistema autopoietico conduz a observação de sua autorreferencialidade. Em se tratando do complexo fenômeno da judicialização da saúde há uma multiplicidade de autodescrições, de comunicações, emergentes de racionalidades distintas. Observando o sistema judiciário (Poder Judiciário), os elementos são numerosos, com um número de relações que não se tem controle, o que impediria a atualização do sistema. Nesse caso é importante e necessário diminuir sua complexidade, desparadoxá-lo.

O esforço para compreender a judicialização da saúde se intensificou nas primeiras vinte décadas deste século. Um conjunto significativo de pesquisas foi produzido tomando por objeto o fenômeno da judicialização da saúde, especialmente da política de assistência farmacêutica. A sinalizar um cenário de ampla desigualdade no acesso a bens e serviços, com consequentes impactos na relação dos cidadãos com os serviços públicos de saúde, informados por direitos sociais fundamentais. O Poder Judiciário mobilizou-se em 2009 e 2017 em busca de soluções por meio da escuta da sociedade, a evidenciar a hipótese de sua sobrecarga pelo volume de ações judiciais. Estes fatos também justificam a aplicação de um olhar sistêmico sobre a complexidade da judicialização da saúde, pois as audiências públicas registraram a comunicação de interesses ao mesmo tempo legítimos e distintos.

A complexidade na Teoria Luhmanniana se caracteriza pela circularidade de elementos em interação, posto que as partes tomam sentido em conexão entre os elementos. Como existem muitas possibilidades de comunicação entre os elementos do sistema, internamente e com o

entorno, torna-se necessário selecionar as possibilidades de relacionamento entre os elementos e de distinção entre sistema e entorno. Tais operações que realiza o sistema caracterizam a produção de comunicações jurídicas, que formam os discursos jurídicos, sendo, portanto, construídos e dotados de sentido (LUHMANN, 2016a e b).

Destas avaliações singelas, emergiu o primeiro problema de nossos estudos: qual o estado da arte dos estudos sobre a judicialização da saúde no Brasil pela abordagem da Teoria dos Sistemas Sociais?

A questão conduziu ao objetivo de mapear e discutir a produção acadêmica. Especificamente identificar (i) a percepção sobre a judicialização e (ii) a compreensão sobre seus efeitos e indicar as lacunas da área de pesquisa. A seguir, detalha-se o esforço para dar conta do desafio.

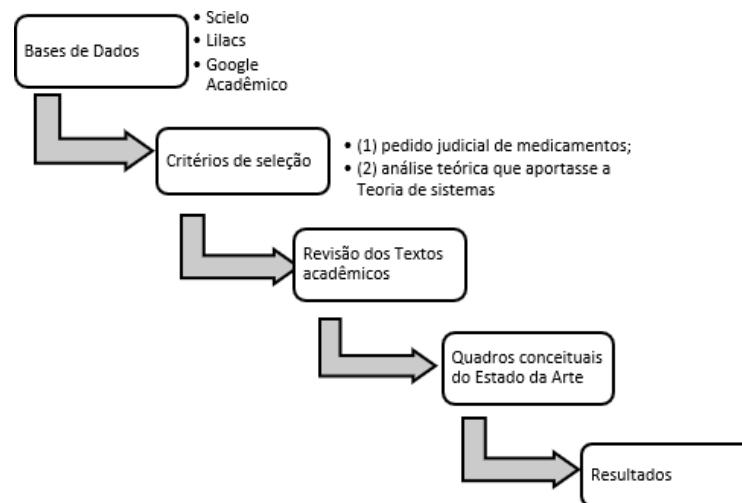
1. Metodologia

Fez-se uma revisão narrativa da literatura em três bancos de dados revisados por pares (Scielo, Lilacs e Google Acadêmico) com termos de pesquisa pré-definidos: “Judicialização da Saúde” AND “Teoria de Sistemas”. Selecionou-se títulos e resumos de teses doutorais, de dissertações e de artigos publicados em português de 1º de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2017, atendendo aos seguintes critérios: (i) pedido judicial de medicamentos e (ii) análise teórica com a utilização da teoria de sistemas. Para as teses e dissertações se avaliou o resumo e a introdução e, se necessário, tópicos específicos para a leitura. Foram selecionados 12 artigos, quatro teses e uma dissertação.

Para a análise da literatura se utilizou cinco categorias da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann relacionadas ao problema da investigação: complexidade; autorreferencialidade; acoplamento estrutural; comunicação e tomada de decisão. Foram construídos dois quadros conceituais, a identificar ocorrências, premissas e sínteses das categorias. Com os programas Microsoft® Word e Adobe® Reader® se contou a frequência das categorias listadas pelas ocorrências de termo, um recurso próprio dos softwares, a partir da qual se escolheu os autores para uma análise das ideias centrais.

A síntese do tratamento teórico sistêmico na literatura compõe o estado da arte em judicialização da saúde. Da qual resultaram dois quadros conceituais sobre o fenômeno, contendo a formação (i) de sua percepção e (ii) de seus efeitos. Também se formularam as lacunas do campo agregando outros autores. Em suma, a construção seguiu as fases diagramadas:

Figura 1. Diagrama das fases de construção do estado da arte



Fonte: Elaboração própria.

A possível limitação do procedimento adotado está relacionada à seleção adequada dos artigos, teses e dissertações, pois embora a contagem de ocorrências seja menor nos artigos, eles podem conter mais densidade teórica.

2. Observação da judicialização da saúde: a percepção da Teoria dos Sistemas Sociais

O cenário da judicialização da saúde é complexo, a envolver diferentes atores (indivíduos, grupos ou organizações) e interesses na arena da política pública. Os estudos recentes apontam a busca de uma abordagem teórica com poder explicativo desta realidade. A alternativa tem recaído sobre a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, modelo explicativo da sociedade moderna sobre sua complexidade e fragmentação. Os trabalhos analisados com este aporte descrevem o estado da arte sobre a judicialização da saúde. Eis o quadro síntese.

Quadro 1. Percepção da judicialização da saúde pela Teoria dos Sistemas Sociais

Conceito	Autores	n=	Descrição
Complexidade	Lima (2016)	97	A complexidade é caracterizada pelo excesso de possibilidades de ação, uma vez que o ambiente contém muito mais complexidade que o sistema, há, portanto, necessidade de reduzi-la. Pois, redução da complexidade é condição de sobrevivência do sistema.
	França (2015)	93	
	Tacca (2016)	225	
	Szinvelsky e Martini (2015)	28	
Autorreferencialidade	Lima (2016)	5	O sistema autorreferencial é aquele que permite a construção de operações próprias, garantindo, inclusive a previsibilidade de operações futuras.
	França (2015)	9	
	Tacca (2016)	16	
Acoplamento Estrutural	Lima (2016)	19	O Acoplamento estrutural é o mecanismo pelo qual um sistema social utiliza as estruturas de funcionamento de outro sistema social para realizar o próprio processo comunicativo.
	França (2015)	35	
	Tacca (2016)	48	
	Santos, Delduque e Mendonça (2015)	6	
Comunicação	Lima (2016)	78	A comunicação é o meio utilizado para a reprodução autopoietica dos sistemas. É o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação.
	França (2015)	73	
	Tacca (2016)	171	
Tomada de Decisão	Lima (2016)	41	No Brasil a judicialização da saúde tem sido objeto de debate não só no que se refere às alternativas de processos de tomada de decisão sobre a alocação orçamentária, especialmente em razão da insuficiência dos recursos atualmente alocados, como também no tocante à desorganização do Estado na definição e implementação de políticas.
	França (2015)	366	
	Tacca (2016)	36	

Fonte: Elaboração própria.

A *complexidade* é percebida no estudo de Lima (2016, p.36) sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), se efetiva ou simbólica, diante das demandas judiciais por direito à saúde. Ele observou que a complexidade residiria nas premissas de decisão, que se interpretadas seriam reduzidas e se formaria uma nova complexidade. Divergindo, França (2015, p.61) ao investigar o processo decisório à luz da teoria sistêmica tomou a CF/88 como código

comunicativo para afirmar que a complexidade é discursiva e só o procedimento jurídico é capaz de reduzi-la.

Por sua vez, Tacca (2016) ao estudar democracia, direito e saúde entende que o direito à saúde se desenvolve em uma sociedade complexa, razão pela qual o sistema realiza seleções pelo excesso de possibilidades do ambiente. Sendo esta complexidade do ambiente para Szinvelksy e Martini (2016, p.164) a condição de sobrevivência do sistema.

Pela perspectiva luhmanniana a sociedade moderna é marcada pela diferenciação de funções de cada sistema social (ou subsistema). Tendo o ambiente mais complexidade que o sistema, há necessidade de seleção das possibilidades de ação, uma redução da complexidade, que é condição da própria sobrevivência do sistema. Seu fundamento está na distinção entre elemento e relação, sendo necessária a seleção que os distinga. Por isso, pode-se falar em complexidade simples em que todos os elementos de um sistema social estão conectados e complexidade complexa, a qual exige seleção devido ao excesso de possibilidades – contingência. A redução da complexidade pode se dar de dois modos: deslocando os problemas do ambiente para problemas e complexidades do sistema; realizando a dupla seletividade, que significa realizar e conectar escolhas.

Observa-se nas demandas judiciais por direito à saúde múltiplas respostas possíveis, devido a existência da complexidade e da dupla seletividade do sistema jurídico. Assim, o sistema judiciário interfere no sistema de saúde pública, aumentando a complexidade do fenômeno da judicialização. Neste sentido, a judicialização da política de medicamentos é a ilustração mais notória. Ela tem se caracterizado pela desigualdade do acesso, devido à inexistência de uma definitiva determinação sobre quais produtos os cidadãos realmente devem ter direito de acesso ao longo da vida e quais os serviços disponibilizados no Sistema Único de Saúde (SUS). De fato, decisões judiciais concedem medicamentos e serviços fora das prestações disponíveis no SUS, das políticas de Estado. Quando assim ocorre, a diretriz do acesso universal igualitário é esgarçada ou tem seus limites elásticos. O que configura um aumento de complexidade, pois se comunica ao ambiente social nova possibilidade: diante de uma negativa do SUS, o medicamento desejado deve ser pedido ao judiciário, pois é provável a concessão. Logo, uma decisão judicial procedente nestes casos, retroalimenta a formulação de outras novas ações, sobrecarregando o próprio sistema judiciário.

Em suma, a judicialização da política de medicamentos se caracteriza como um fenômeno de sobrecarga de demandas judiciais no sistema direito. O que indica um problema de excesso de *autorreferencialidade*.

Para o sistema direito produzir e reproduzir seus elementos internos ele se fecha. Quando isso ocorre, a literatura diz que o sistema está operando em fechamento operativo ou *autopoiese*. Todavia, a operação é simultaneamente a condição de abertura do sistema. Logo, o sistema jurídico opera em fechamento operativo e abertura cognitiva, sendo assim autorreferencial (TACCA, 2016).

A noção clássica de sistema contrapõe partes e todo, sendo o todo mais do que a somadas partes. Luhmann propõem mudanças neste paradigma ao substituir os conceitos (i) de todo e partes pelos de sistema e ambiente e (ii) de sistema aberto pelo de sistema autorreferencial. Este último a informar a construção de operações próprias, garantindo, inclusive, a previsibilidade de operações futuras. Em uma simplificação, a autorreferencialidade está ligada à *autopoiese*, a capacidade de o sistema elaborar a partir dele mesmo suas estruturas e os elementos que o compõe (FRANÇA, 2015).

Lima (2016) afirma haver no sistema direito um excesso de autorreferencialidade e falta de heterorreferencialidade. Sustenta sua conclusão na evidência empírica formulada a partir de 71 acórdãos do STF sobre direito à saúde. Constatou a prevalência de uma racionalidade de significado político-ideológico, simbólica, para conceder, por exemplo, medicações de alto custo prescritas sem justificativa do médico para uso da novidade farmacêutica em detrimento da alternativa ofertada pelo SUS. Logo, ao atender casos individuais (microjustiça) se desfavoreceu as escolhas normativas para o direito social à saúde (macrojustiça). Eram decisões com argumentações padronizadas, sem utilização da comunicação levada pelo Estado, destarte, sem heterorreferência. Isto contribuiria para o aumento indireto das demandas judiciais e para a inefetividade do funcionamento dos sistemas jurídico e político-administrativo, porque a solução simbólica não, necessariamente, concretiza o direito social à saúde.

O estudo descreve o sistema direito em operação fechada, pela especialização da tarefa de interpretação, programação própria, estrutura em código binário (lícito/ilícito) e criação de seus próprios elementos. Porém, um sistema surge e se reproduz não apenas com o mecanismo autorreferencial, pois precisa abrir-se para aprender e se atualizar. Esta abertura consiste no acoplamento estrutural.

O *acoplamento estrutural* é o mecanismo pelo qual um sistema social se utiliza das estruturas de funcionamento de outro para realizar o próprio processo comunicativo (FRANÇA, 2015). No evento, há troca de estímulos designada irritação. No acoplamento dos sistemas política e direito, a Constituição assume papel de relevo, porque o código comunica soluções jurídicas à autorreferência do sistema político ao passo que informa soluções políticas à

autorreferência do sistema jurídico. Logo, é meio de interpenetração permanente e concentrada entre eles (TACCA, 2015; LIMA, 2016).

Para além da CF/88, Santos, Delduque e Mendonça (2015, p.192) descrevem a Audiência Pública da Saúde nº 4/2009 do STF como um acoplamento estrutural, um campo aberto às irritações entre os sistemas político-administrativo e jurídico com aprendizados mútuos. Observam nos 64 discursos da audiência um conflito existente entre um modelo de sistema global burocratizado, limitado, atido a uma lógica pré-constituída e um tipo inovador, finalístico, ágil, prático, mais suscetível aos acoplamentos estruturais, disposto a aprender e a comunicar.

A judicialização da saúde, numa sociedade complexa e policontextual, não tem um significado homogêneo. No Brasil as desigualdades regionais marcam o perfil do fenômeno. A variação no volume das ações judiciais também é um efeito colateral da resposta do Poder Judiciário à atuação do defensor público e às limitações da administração pública. Pelo menos para a judicialização da assistência farmacêutica isto foi observado (BIELH *et al.*, 2016).

Na teoria de Luhmann o processo comunicacional autopoiético é o meio de reprodução dos sistemas sociais, todo ele convertido em *comunicação*. Pela circularidade discursiva da proposta, um sistema emerge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação (FRANÇA, 2015); e seu funcionamento depende de três elementos a informação, a participação e a compreensão. A comunicação só se realiza havendo compreensão, i.e, aceitação ou rejeição do conteúdo do que foi comunicado, e se tornando viável pela forma como seus meios produzem sentido. Assim, ela é eleita o objeto preferencial das investigações sistêmicas (TACCA, 2016).

Há no processo comunicativo uma informação emitida por *alter* que *ego* compreende. Transportada essa perspectiva de análise para o direito, tem-se que na idêntica proporção da complexidade interna ao sistema vinda do externo, o sistema jurídico em questão responderá com uma emissão comunicacional, isto é, processa-se a nova comunicação, que irrita o sistema, transformando-a em comunicação diferenciada com base no binário licito/ilícito, num processo operativo que resulta na própria positivação do direito. Para ser considerada comunicação do sistema do direito, há a irrenunciável necessidade de a comunicação ser diferenciada pelo código, sob pena de não ser comunicação jurídica (LIMA, 2016).

É provável que o fenômeno da judicialização da política de medicamentos resulte de problemas comunicativos oriundos da diferenciação entre os códigos funcionais que se relacionam (sistema jurídico, político-administrativo e econômico), irritando-se reciprocamente.

Assim, o sistema direito é obrigado a decidir materialmente sobre o direito de acesso a medicamentos, questões pactuadas pelo meio de comunicação simbolicamente generalizado (Constituição Federal) entre os sistemas jurídico, político e econômico. Disso resulta um reflexo negativo na efetividade das decisões judiciais, posto que nem o sistema político, nem o sistema econômico são partícipes na entrega prestacional em que o sistema direito é obrigado a responder.

As políticas são desenhadas na arena do sistema político, mas sua validade é condicionada à requisitos legais estabelecidos pelo direito. A observação da judicialização da assistência farmacêutica, por exemplo, demonstra que as decisões judiciais prejudicam a *tomada de decisões* coletivas do sistema político, pois elas não veiculam o conhecimento dos elementos constantes da política pública, editada conforme a lei para dar concretude ao direito social à saúde.

As decisões tomadas pelo sistema jurídico influem nos processos comunicacionais que dependem das expectativas normativas para sua estabilização e funcionamento. Ora, se ao administrador (sistema político) é facultado omitir-se frente a uma decisão a ser tomada, ao juiz (sistema direito) é vedada essa alternativa, pois está obrigado pela lei (A Constituição Federal, como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, propõe uma troca comunicativa entre eles, em que um influenciará o outro na sua respectiva tomada de decisão. No sistema jurídico o intérprete realiza a sua racionalidade de acordo com o encaixe dos fatos ofertados pelas partes para subsumir o direito. E para tanto, sua lógica é individual. Todavia, ao lidar com casos referentes à coletividade, cuja base são políticas públicas, a racionalidade vigorante é a racionalidade do sistema.

A literatura percebe a judicialização da saúde, e particularmente a da política de assistência farmacêutica, como fenômeno complexo caracterizado por uma sobrecarga de demandas judiciais no sistema direito. Marcam esta complexidade (1) uma desorganização resultada da ausência de regras para um procedimento judicial que compreenda as políticas públicas; (2) a desigualdade do acesso entre os que litigam judicialmente e aqueles que não o fazem; e (3) o choque entre justiça comutativa (com farta produção de argumentos morais) e justiça distributiva (baseada em justificação racional de escolhas).

3. Irritando os sistemas: os efeitos da judicialização da saúde

Os efeitos da judicialização da saúde sob a ótica sistêmica resultam da sobrecarga de demandas judiciais que impactam o funcionamento ótimo do sistema jurídico. Estes efeitos no contexto de complexidade encaminham a observação da Constituição Federal de 1988 (art.196 e ss.) como fonte da política pública e, ainda, a inadequação de se atribuir à decisão judicial a função de realizar o direito à saúde. Por outro lado, a literatura entende que os efeitos de redução da complexidade perpassam o processo de institucionalização das políticas públicas, tendo os tribunais a tarefa de supervisionar a consistência das decisões judiciais em direito e saúde.

O quadro abaixo sintetiza os efeitos da judicialização identificados pela literatura.

Quadro 2. Efeitos da judicialização da saúde pela Teoria dos Sistemas Sociais

Conceito	Autores	n=	Descrição
Complexidade	França(2015)	93	A complexidade que envolve a saúde pública põe por terra qualquer pretensão de solução única. O problema da judicialização das políticas públicas é de mão dupla.
	Tacca (2016)	222	
	Hass (2017)	55	
Autorreferencialidade	França(2015)	9	A Constituição álibi é identificada como efeito da autorreferencialidade do sistema jurídico referindo-
	Tacca (2016)	16	
	Lima (2016)	27	se à hipótese em que a corte atua buscando mais a conquista de opiniões públicas, a que a efetividade do direito à saúde.
Acoplamento Estrutural	França(2015)	35	O fenômeno da judicialização é um caso mais radical de acoplamento estrutural em que os sistemas não podem deixar de observar seus critérios de funcionamento.
	Tacca (2016)	48	
	Hass (2017)	14	
Comunicação	França(2015)	129	Existem fluxos comunicacionais que circulam no ambiente da sociedade carregando as expectativas de saúde.
	Tacca (2016)	460	
	Hass (2017)	60	
Tomada de Decisão	França(2015)	300	A falta de expertise dos tribunais para com os aspectos técnicos da implementação da política pública e, também, no que tange à compreensão do seu fenômeno político ilustraria uma enorme carência cognitiva dos operadores do direito quando da decisão judicial no acesso a medicamentos.
	Hass (2017)	44	
	Lima (2016)	13	

Fonte: Elaboração própria.

Em Tacca (2016) se identifica como efeito da judicialização que a *complexidade* da saúde pública não se adequa a pretensão de solução única ou simplista, além de a concretização do direito à saúde ser influenciada pela participação social. Assim, propõe que se analise o artigo 196 da CF/88 como garantia da saúde por meio da política pública.

Na audiência sobre saúde nº 4/2009 do STF o sistema jurídico teve a oportunidade de abrir-se ao entorno político e econômico para filtrar informações. As comunicações aumentaram o número de possibilidades (complexidades) disponíveis no interior daquele sistema permitindo a tomada de decisão com elementos da política pública, p.ex., a Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, julgada pelo STF em 16 de junho de 2009.

Neste cenário, Hass (2017, p.93) observa outro efeito complexo da judicialização da política pública: é um problema de mão dupla. Enquanto o sistema jurídico passa a protagonizar a execução de funções políticas ao decidir com parcialidade baseado em critérios extrajurídicos (da política pública), o sistema político incorpora o ritmo, a lógica, a processualidade e a prática da decisão jurisdicional. Assim, a judicialização deslocaria as operações políticas (comunicação, debates) para o âmbito jurídico e vice-versa. No contexto da judicialização da política de medicamentos, foi observado como o Departamento de Assistência Farmacêutica do Estado do Pará passou a funcionar para atender às determinações judiciais, criando uma verdadeira *farmácia judiciária* (BASTOS *et al.*, 2013).

Diferentemente, em França (2015) o efeito da judicialização é expor a complexidade e a contingência do conteúdo da decisão judicial. Informa que embora o contato do sistema jurídico com as irritações do ambiente social (como o político) promova sua abertura cognitiva, sua autopoiese assegura o fechamento operacional. Isto significa que somente soluções internas são preferidas, respeitando o seu código, programa e função. Apesar de não se antever o conteúdo de uma decisão judicial, este fechamento afasta a possibilidade de qualquer conteúdo.

A autora sugere uma orientação de interpretação sistêmica. Pela qual as decisões criam o direito com a atividade interpretativa e pela argumentação, selecionando possibilidades comunicativas da complexidade discursiva, com o objetivo de alcançar um sentido válido de comunicação normativa. A institucionalização do procedimento legitimaria a decisão. Assim, o julgador reduziria a complexidade em conflitos a envolver políticas públicas. Contudo, não existe no ordenamento pátrio regras para disciplinar um procedimento semelhante, razão para a autora apresentar sua proposta (FRANÇA, 2015, p. 194).

Quanto à autorreferencialidade França (2015) informa que a tarefa dos tribunais é supervisionar a consistência das decisões judiciais. O órgão judiciário funciona como observador

de segunda ordem pela reconstrução (seleção do sentido comunicado) das observações de primeira ordem executadas nas sentenças dos juízes de 1º grau, estes em contato direto com as irritações do ambiente social, i.e, provocados pelas informações (provas e argumentos) das partes que expõe colisões de princípios - ao menos, quando se trata da saúde pública. Diante dos paradoxos do sistema, cabe ao intérprete comunicar o conteúdo das normas desparadoxando os paradoxos morais.

Os efeitos da autorreferencialidade em judicialização da saúde mostram que a jurisprudência se pacifica com o princípio da solidariedade. Assim, se admite o acionamento de qualquer um dos entes federados para o cumprimento da obrigação sanitária; na hipótese de o ente acionado não o fazer, a União cumpre. Nada obstante, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Portaria 318/2004 do Ministério da Saúde) estabeleceu a regra de competência para a distribuição de medicamentos, definindo as responsabilidades das diferentes instâncias gestoras de forma pactuada, com o objetivo de superar a fragmentação em programas desarticulados. Contudo, esta norma é uma solução minoritária presente nas comunicações dos tribunais (FRANÇA, 2015).

No estudo de Tacca (2016, p.264), quanto à autorreferencialidade, vislumbra-se o efeito da irritação operada pela judicialização sobre o fechamento operacional do sistema direito. Em suas palavras, a judicialização é o fluxo comunicacional informador da não efetividade das políticas públicas na materialização do direito fundamental à saúde. Quando esse fluxo é enviado ao sistema direito, este atua com um código especializado (direito/não direito), que lhe oferece unidade e fechamento operativo, com legitimidade e obrigação de decidir para forçar/auxiliar a efetivação do direito à saúde e corrigir a atuação do sistema político-administrativo.

Na interdependência da comunicação social, há uma rede de filtros do controle social em matéria de saúde, que possui a função de selecionar, minimizar e potencializar fluxos comunicacionais tanto para o direito, como para a política. Assim, o sistema parcial da política forneceria premissas decisórias e meios legais para a efetivação do direito à saúde, bem como o sistema parcial do direito atuaria como corretor da política.

Lima (2016) desenvolve sua análise contrapondo a autorreferencialidade à heteroreferencialidade. Pelo seu argumento, o efeito da autorreferencialidade na judicialização é uma reação comunicativa do sistema jurídico em relação às cobranças sociais urgentes pelo direito de acesso a medicamentos substancializados na hipótese de Constituição-álibi. A Constituição-álibi resulta da autorreferencialidade do sistema jurídico. Por exemplo, quando o

STF decide interpretando o caput do artigo 196 da CF/88 sustentando a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e como “consequência constitucional indissociável do direito à vida”, ele atua para a conquista da opinião pública. Assim, ao serem tomadas decisões sobre saúde pública, cria-se um alibi reforçando a confiança popular na judicialização, todavia a prática concreta de resolução do fenômeno, para reduzi-lo, não ocorre. Lima (2016, p.713) conclui que a atuação do STF nega a política pública (justiça distributiva) e tem significação simbólica.

Partindo da premissa de que o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico é promovido pela Constituição, o efeito da judicialização do direito fundamental à saúde é expor o alto risco de que cada um deles deixe de operar com seus próprios elementos e passe a atuar com uma lógica diferente da sua autorreferencialidade (FRANÇA, 2015, p.56). A este fenômeno parte da literatura denomina judicialização da política ou politização da justiça.

França (2015, p.204) observa que a inexistência de regras específicas para o procedimento judicial das políticas públicas traz insegurança aos operadores do sistema jurídico e, também, do político, porque a cada nova ação e novo juiz, um novo procedimento, dando oportunidade à invocação de princípios abstratos como “soluções mágicas” dos conflitos. Todavia, referida autora não fornece meios assertivos de se diferenciar na judicialização de casos, o que pertence exclusivamente a política e ao direito, a fim de se evitar a corrupção dos códigos.

Em Hass (2015) os efeitos do acoplamento estão ajustados às operacionalidades internas mantidas pelos sistemas do direito e da política. Quando são judicializadas questões políticas, administrativas e clínicas em saúde, as decisões judiciais podem mencioná-las, reconhecendo sua existência, mas não é costume considerá-las como critérios para a concessão de medicamentos. Ou seja, as políticas de saúde são compreendidas e praticadas pelos gestores da saúde, mas não o são pelos operadores do direito. No caso específico da judicialização da política de assistência farmacêutica, o Poder Judiciário se manteria fiel à operacionalidade jurídica, desde a compreensão do direito à saúde e as políticas sanitárias, até a forma como se interpretam as exigências administrativas e clínicas, porém sem nenhuma forma de incorporação dos critérios políticos que permeiam tais questões. Por isso, ressalta o autor que o fenômeno da judicialização é um caso mais radical de acoplamento estrutural em que os sistemas não podem deixar de observar seus critérios de funcionamento.

Hass (2015) considera, finalmente, não haver corrupção de códigos em referido fenômeno porque o sistema jurídico vem atuando de acordo com o seu prisma de código e função, de acordo com a sua autorreferencialidade. O que ocorre seria uma juridificação das

questões políticas e clínicas, tratadas de forma restritivas e inadequadas. O sistema jurídico é operativamente fechado, mas quando se trata de acoplamento estrutural, deve ele se abrir e observar os critérios da política. Porém não tem seu código corrompido porque executa apenas sua função. Assim, o que o processo de juridificação requer é observar-se o papel crescente da justiça na produção de políticas públicas.

Na mesma linha de raciocínio, Tacca (2015) considera o acoplamento estrutural como interdependência comunicativa entre direito e política. Se Luhmann considera os sistemas sociais, como o direito e a política, autorreferenciais e autopoieticos, operativamente fechados e cognitivamente abertos, é possível afirmar que o judiciário se politiza e a política se judicializa? Para este autor, não. Primeiro, pelo fechamento operativo dos sistemas. Segundo, porque o fluxo comunicativo de um sistema ao outro só possui relevância no acoplamento estrutural operado pelo compartilhamento do código constitucional (CF/88), com o qual as demandas por prestações em saúde são traduzidas para o interior dos sistemas.

Os efeitos da judicialização identificados a partir das categorias analíticas comunicação e tomada de decisão podem ser descritos num par, porque esta só pode ser expressa por aquela.

Veja-se em Tacca (2015, p.263) que os fluxos comunicacionais circulam no ambiente da sociedade carregados de expectativas de saúde. Neste cenário, o controle social pode operar uma rede de filtros selecionadores das aspirações úteis ao processo decisório dos sistemas.

Observa-se que a judicialização da saúde culminou com as audiências públicas no STF (2009) e no Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2017), nestes eventos, fluxos comunicativos partiram de autoridades públicas, de especialistas e de representantes da sociedade civil informando os interesses relevantes. O sistema judiciário pôde selecionar das possibilidades informadas (complexidade) os elementos para suas tomadas de decisões, p.ex., no STF a STA/CE 175 e no CNJ a criação do Fórum da Saúde (Resolução 107).

O efeito identificado em Lima (2016, p.712-713) é uma reação comunicativa do sistema judiciário (STF) ao clamor social. Embora a audiência de 2009 tenha buscado a compreensão do problema de forma global, as decisões continuam a ser prolatadas de forma comutativa, com efetividade individual, mas com pouca ou nenhuma força coercitiva no plano da saúde pública nacional. O autor afirma que a longo prazo a racionalidade do tribunal não se sustentará, porque suas decisões irritam os sistemas político e econômico rompendo sua autonomia, ordem e binariedade (unidade comunicacional). Como consequência a desordem comunicacional trará mais malefícios ao sistema social do que a microefetividade ofertada pela judicialização.

Com Hass (2017) os efeitos da tomada de decisão judicial se relacionam ao aspecto

heterorreferencial ou cognitivo do sistema. Esclareça-se, a saúde é direito social relativo a uma política pública, a requerer dos operadores do direito sua compreensão como fenômeno político conformado pela gestão pública. Assim, a literatura sugere que nos tribunais existam expertises nos aspectos técnicos da implementação da política sanitária. Quando, p.ex., se julgam demandas por medicamentos a racionalidade jurídica pode considerar critérios técnicos (prescrição, protocolos clínicos, alocação de recursos públicos, distribuição equitativa do bem de saúde). Porém, tal operação jurídica vem sendo proferida nos limites da relação jurisdicional e restrita às condições estruturantes (lógica interna). Ocorre então, que as decisões judiciais em matéria de saúde passam a ser transmitidas por meio do exame individualizado na figura do pedido, restrito aos elementos existentes no processo, distantes de considerações heterorreferenciais.

Hass (2017) argui em detalhes que na judicialização da assistência farmacêutica a decisão judicial reduziria melhor a complexidade incluindo em sua racional os planos, os programas (regulamentações, portarias) para além da norma constitucional e da glosa jurisprudencial. Isto preencheria o conteúdo da exigência pelo fornecimento de medicamentos, dotando a decisão de materialidade clínica e administrativa. Destarte, a tríade da decisão seria formada pelo (i) autor da ação, a quem compete demonstrar que sua expectativa é legítima; (ii) pelo réu, a elucidar as medidas pertinentes e a reserva dos recursos; e (iii) pelo juiz, atuando na confrontação da obrigação com a real competência do agente público para a implementação da política.

A semelhança, França (2015, p.205) sugere ao tribunal instituir um procedimento específico voltado para casos que envolvam políticas públicas. Em seu entender a complexidade e a contingência inviabilizam a previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, mas as legitimariam uma regra procedimental institucionalizada. Sustenta a ideia no argumento de Luhmann, para quem a instituição é um mecanismo social que permite imputar a terceiros um consenso suposto, que estabiliza uma expectativa normativa contra as demais.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que mesmo havendo a obrigatoriedade do juiz de decidir devido ao non liquet, já não poderia mais ele ofertar qualquer comunicação. A comunicação jurídica a ser ofertada em decisões judiciais que envolvam a saúde pública deverá ser construída com os elementos do sistema jurídico, que por sua vez, ao incorporar as irritações do ambiente, reduzindo complexidades, deverá buscar sempre a consistência do processo decisório em atos de justiça interna e externa.

Finalmente, visto que a sobrecarga de demandas por saúde impede o funcionamento

ótimo do sistema jurídico, os efeitos da judicialização pela perspectiva sistêmica refletem: (i) em contexto de complexidade, a Constituição (art.196 e ss.) conduz uma política pública, não se podendo atribuir à decisão judicial a função de realizar o direito à saúde. Logo, a redução da complexidade perpassa o processo de institucionalização das políticas públicas, com os tribunais supervisionando a consistência das decisões judiciais em direito e saúde.

(ii) Os efeitos da autorreferencialidade manifestam-se no princípio da solidariedade. Ainda que a Política Nacional de Assistência Farmacêutica distribua a competência entre os gestores do SUS, o sistema judicial comunica a possibilidade de qualquer ente federativo dispensar medicamentos. Resultando, entre aqueles atores, indeterminação para quem deve entregar a prestação judicial.

(iii) Na categoria acoplamento estrutural os efeitos são decisões judiciais que compreendem e aceitam o direito à saúde pela política sanitária, sem, contudo, haver a incorporação dos critérios ali informados para conformar a prestação judicial.

(iv e v) Em relação à comunicação e decisão judicial, o sistema parcial do direito se utiliza da via comunicativa dos filtros da audiência pública, selecionando informações do ambiente que permitam aumentar o número de possibilidades a que o sistema poderá acessar no momento da tomada de decisão. Os efeitos relacionados à assistência farmacêutica sugerem a inclusão, na racional decisória, do conteúdo dos programas e planos públicos (regulamentações, portarias), para além das normas constitucionais e infralegais, da doutrina e da jurisprudência, dotando de materialidade clínica e administrativa o dispositivo da decisão.

4. As lacunas da literatura

A produção acadêmica do direito à saúde no Brasil cresce também em função da judicialização da saúde e da Audiência Pública nº 4/2009 do STF. Neste item observamos as lacunas identificadas nos autores mencionados acima e em outros.

Schwartz (2015) objetivou observar pela ótica sistêmica as construções sociais entre tempo e direito relacionadas à saúde. Contribui com o entendimento das categorias memória, perdão, promessa e a questão específica do problema da judicialização como risco de diacronia, pois magistrados, gestores públicos e cidadãos decidiriam o direito com orientação ao futuro ou ao passado. O autor compreende o alvo dos médicos e dos pacientes dentro do sistema jurídico, a doença atual. Sua lacuna é a ausência de aplicação empírica das categorias teóricas. Lima (2016) objetivou identificar se a atuação em direito e saúde resultava em efetividade ou simbolismo.

Conclui que as hipóteses restaram inconclusivas e simplistas para descrever um ambiente complexo, demonstrado pela coleta de dados. Para além de sua contribuição teórica, identifica-se uma lacuna metodológica pela indefinição de critérios de representatividade para a coleta de dados, apenas informa ser o método um *processo dedutivo*. Denota a ausência de metodologias próprias à aplicação da Teoria dos Sistemas Sociais.

França (2015) objetivou compreender o processo judicial decisório sobre políticas públicas de saúde à luz da Teoria dos Sistemas Sociais. Analisou se o sistema direito cumpriria a sua função específica de processamento de expectativas, sem corrupção de código. Contribui ao afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro não há regras que disciplinem especificamente o procedimento judicial das políticas públicas. Propõe uma lista de operações sistêmicas para impulsionar a congruência das expectativas do sistema jurídico da saúde, ilustrando com as demandas judiciais de acesso a medicamentos. A lacuna é localizada na metodologia ligada à dogmática jurídica clássica e não à teoria sistêmica. Em nosso entender, as técnicas utilizadas, p.ex., análise de normas internacionais e pesquisa bibliográfica, são insuficientes para a abordagem sistêmica.

Santos, Delduque e Mendonça (2015) descrevem a Audiência Pública de Saúde como um acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político-sanitário. Assim, objetivaram levantar e analisar os discursos proferidos na audiência nº 4/2009 do STF. Os resultados mostraram que os discursos informam teses distintas, de acordo com os segmentos de participantes. Assim, a audiência se revelou uma ferramenta estratégica para a mútua aprendizagem entre os subsistemas sociais. O estudo qualiquantitativo inovou nas técnicas de investigação metodológica ao utilizar o programa QualiQuantiSoftware para a análise do discurso. Agregou as falas coletadas em macrocategorias, comparando-se os fragmentos das pronunciações. Contudo, tal estudo não demonstrou suficiente adequação das categorias sistêmicas com a metodologia utilizada e as observações concluídas não encaminharam as hipóteses da pesquisa em referência a teoria adotada.

Oliveira (2015) busca compreender como o direito à saúde se configura tanto no ordenamento jurídico, quanto no sistema administrativo. Nomeia o fenômeno que envolve a comunicação do direito à saúde de governança sanitária, significando o exercício para efetivar o seu acesso. Aborda as políticas de saúde responsivas e democráticas, bem como a necessidade de se buscar a eficiência. As lacunas são identificadas (i) na aplicação da teoria sistêmica, pois não demonstra as categorias utilizadas; e (ii) na metodologia restrita à análise bibliográfica.

Villas Bôas Filho (2015) observa os sistemas da política e do direito pela ótica sistêmica da Sociologia Política do Direito do francês Jacques Commaille. O autor trabalha com as categorias juridicização e judicialização, diferentes das categorias luhmannianas. Informa que a teoria usada contribui com o aperfeiçoamento da interdisciplinaridade dos sistemas, a manutenção das fronteiras entre Sociologia Política e Direito e a visão das estratégias institucionais de autonomia. Sua contribuição é (i) a abordagem histórica das categorias utilizadas, (ii) a possibilidade de expandir as analogias entre autores sistêmicos e (iii) a identificação de fenômenos sistêmicos na sociedade. Sua lacuna está na ausência de informação sobre a metodologia de pesquisa adotada.

Port (2015) pergunta se a celeridade dos julgamentos interfere na necessidade de exame das demandas qualificadas, aquelas que requerem uma justificação clara relativa ao caso concreto, e se devem seguir a celeridade de julgamento que caracteriza as demandas repetitivas. Assim, investigou o papel da jurisprudência nas decisões judiciais por demandas repetitivas. Observa que em casos de direito à saúde o CNJ orienta a adoção de seus enunciados e suas recomendações para a construção de sentença em consonância com as políticas públicas. Contribui ao informar da eventual inaptidão dos juízes ao julgar demandas por acesso à saúde em curto prazo, pois requereria análise detalhada. Sua opinião se aproxima da hipótese de legitimação pelo procedimento. Sua lacuna é a redução do método à investigação bibliográfica, não aplicando as categorias utilizadas e sem metodologia sistêmica.

Silva e Teixeira (2015) investigaram o dever do Estado em fornecer ou não medicamentos experimentais. Neste artigo, o autor conceitua a judicialização da saúde como possibilidade de o Poder Judiciário dirimir lides que versam sobre o direito fundamental à saúde, com base no princípio da dignidade da pessoa humana em contraposição aos limites orçamentários e logísticos do Estado. A contribuição foi informar que o desafio consiste em formular estratégias políticas e sociais coadunadas com as garantias democráticas. Contudo, as lacunas são (i) ausência de sustentação empírica de hipóteses e (iii) ausência de metodologia.

Pereira (2015) objetivou observar a comunicação entre os subsistemas sociais da saúde e do direito pela aplicação da teoria de sistemas de Luhmann. Contribui afirmando ser (i) imprescindível o diálogo entre os subsistemas para as políticas de saúde e (ii) importante a observância de normas técnicas para a dispensação dos medicamentos. Embora embase seu argumento na interpretação bibliográfica e documental, não demonstra a metodologia de aplicação das categorias sistêmicas a evidenciar sua lacuna.

Szinvelsky e Martini (2016) visam compreender o impacto da transdisciplinaridade na efetivação do direito à saúde. Contribuem com afirmações de que (i) novos direitos impactam a estrutura interna dos sistemas sociais e a transdisciplinaridade seria a ferramenta adequada para se observar questões como o direito à saúde; e (ii) há necessidade de os operadores do direito reverem suas ferramentas de análise para compreender os fenômenos que emergem em uma sociedade complexa e transdisciplinar. Todavia, não se esclarece a metodologia de investigação, indicando a lacuna.

Tacca (2016) pressupõe o potencial comunicativo do controle social e a forma como essa operação pode contribuir com a irritação dos sistemas parciais da sociedade, para avaliar como as informações são filtradas no ambiente e como isto influencia no direito à saúde. Utiliza a teoria Luhmanniana. Contribui ao afirmar serem (i) as políticas públicas primordiais para a efetivação do direito à saúde e (ii) a operação seletiva de fluxos comunicacionais potencializada com a utilização de inteligência artificial. Sua lacuna está na restrição metodológica à uma interpretação histórica das categorias sistêmicas utilizadas.

Bielh et al. (2016) escrevem uma carta para o estudo de Gomes e Amador publicado em 2015 sobre a judicialização da saúde no Brasil, com observações sobre a publicação dos dados acerca do tema. Contribuem alertando evitar-se desconhecer as diferenças regionais e encaixar todo o fenômeno da judicialização num padrão uniforme, posto que limitaria a compreensão dos intérpretes e suas implicações. Passível também de observação deve ser a análise acadêmica guiada pela consideração de achados heterogêneos de diversos estudos. Outra contribuição é a hipótese de a judicialização ser um reflexo de diferenças regionais da força do Poder Judiciário, ou seja, pode aumentar ou diminuir a depender da atuação da Defensoria Pública e em função das limitações da administração pública. A lacuna que o estudo apresenta é o de apresentar os dados empíricos que denotam evidências científicas, sem contudo o estabelecimento da relação com a teoria de poder explicativo dos dados.

Hass (2015) investiga a judicialização da saúde no Município de Franca, onde há significativos impactos à administração. Utiliza-se da teoria de Luhmann para argumentar as razões de não se atribuir exclusivamente à decisão judiciais a função de realizar o direito à saúde. Contribui ao arguir a implementação pelas políticas de saúde, com observância dos aspectos financeiros, dos protocolos clínicos, dos laudos técnicos e dos critérios de repartição de competências. Colabora, ainda, apresentando a experiência no emprego do método hipotético dedutivo de Karl Popper e as diretrizes de Lee Epstein. A lacuna do estudo de Hass é investigar o fenômeno, com vistas à observação dos impactos da decisão sem a adequada metodologia

interdisciplinar que o permitiria as conexões de aprofundamento na investigação do fenômeno da judicialização.

Com as análises efetuadas, observamos o estado da arte sobre judicialização da saúde pela perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. O esforço permite uma síntese pelo mapa conceitual a seguir.

Figura 2. As lacunas do estado da arte em judicialização da saúde



Fonte: Elaboração própria.

O mapa conceitual ilustra a racional emergente do corpus bibliográfico coletado. Por ela, a perspectiva dos sistemas sociais de Luhmann explica a judicialização da assistência farmacêutica, e em geral das políticas de saúde pública, como um fluxo comunicacional que sobrecarrega de demandas judiciais o subsistema do direito (Judiciário). O fardo, para além do volume de ações, significa a urgência para a tomada de decisões com carga moral incisiva e impactos sobre a gestão pública do SUS e sobre a satisfação das necessidades da pessoa humana.

A análise possibilita identificar as lacunas na investigação do tema, que são em suma: (i) a natureza sistêmica da judicialização; (ii) o levantamento de evidências empíricas; (iii) o parâmetro sobre o fenômeno por região; (iv) a metodologia de observação sistêmica.

Considerações Finais

No fenômeno da judicialização da saúde, diferentes pontos de vista sobre uma mesma situação nos encaminham um paradoxo. Explique-se que os operadores do direito percebem o direito à saúde como um direito individual, ao passo que os operadores da administração pública o percebem como um direito coletivo, operando em racionalidade coletiva. Se operadores

jurídicos concedem prestações individuais em matéria de saúde, amplia-se o campo de concessão de direitos; por outro lado, gestores públicos e legisladores políticos o restringem elegendo critérios que envolvem segurança, eficácia, custo e efetividade dos bens ofertados pelo sistema. Nesse sentido, a Teoria dos Sistemas Sociais fornece os subsídios para observar as conexões entre as comunicações emitidas pelos operadores do direito e da política administrativa no cenário da judicialização.

O estudo proposto descreveu o estado da arte da abordagem sistêmica ao fenômeno da judicialização da saúde, especificamente da política de assistência farmacêutica. A literatura coletada foi avaliada a partir das categorias teóricas complexidade; autorreferencialidade; acoplamento estrutural; comunicação e tomada de decisão. A operação possibilitou a extração (i) da percepção sobre o fenômeno e (ii) da indicação de seus efeitos. Com a licença do leitor, para não o maçar, convidamos retomar os achados ainda pela breve síntese ao fim de cada seção.

A singela contribuição deste trabalho é, também, apontar as lacunas da área de pesquisa: a natureza sistêmica da judicialização, o levantamento de evidências empíricas, o parâmetro sobre o fenômeno por região e a metodologia de observação sistêmica. A eventual limitação do trabalho está relacionada ao procedimento adotado na seleção adequada dos artigos, teses e dissertações, pois embora a contagem de ocorrências dos termos-chaves seja menor nos artigos, eles podem conter mais densidade teórica. Ao fim, declaramos que não temos conflito de interesses.

Referências

BASTOS, Mírian Letícia Carmo; SARMENTO, Rosana Moura; RIBEIRO, Krishina Day Carrilho Bentes; DOLABELA, Maria Fâni. Ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no departamento de assistência farmacêutica – PA. *Revista Tempus - Actas de Saúde Coletiva*, v.7, n.1, p.367-376, 2013. Disponível em:

<<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1302>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BIELH, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana P.; PETRYNA, Adriana. The challenging nature of gathering evidence and analyzing the judicialization of health in Brazil. *Cad. Saúde Pública*, São Paulo, v.32, n. 6, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x0086315>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

FRANÇA, Giselle de Amaro. *O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria de sistemas de Niklas Luhmann*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-24112015-084421/pt-br.php>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

HASS, Henrique Duz. *Efeitos distributivos da judicialização: o estudo do caso do Município de Franca/SP na perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos e do ciclo de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/151182>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito e saúde. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 12, n.3, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201629>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

LUHMANN, Niklas. A terceira questão: o uso criativo dos paradoxos no direito e na história do direito. *Revista Estudos Jurídicos*, v.39, n.1, jan.-jun, 2006a. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj15HEt8LwAhXCpJUCHXOhBmkQFjAAegQIBBAD&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D3137921&usg=AOvVaw2HcSPqHEnrEEOEU4YW6bH>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

LUHMANN, Niklas. *O direito na sociedade*. São Paulo: M. Fontes, 2016b.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Efetivação do direito à saúde: ampliação do debate e renovação da agenda. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.16, n.1, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100024>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

PEREIRA, Wilson Medeiros. Diálogos entre os subsistemas sociais da saúde e do direito: Atribuições e limites. *Revista da Ajuris*, Rio Grande do Sul, v.45, n.138, 2015. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/496>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

PORT, Otávio Henrique Martins. decisão judicial nas demandas repetitivas e a legitimação pelo procedimento, segundo Niklas Luhmann. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v.7, n.1, 2015. Disponível em:

<<http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/11>>.

Acesso em: 21 mar. 2017.

ROCHA, Leonel Severo. Matrizes teórico-políticas da teoria jurídica contemporânea. *Revista Sequência*, Florianópolis, v.13, n.24, p. 10-24, dez. 1992. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16136>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, L. S. (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: EdUnijuí, p. 329-356, 2013.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os discursos na audiência pública de saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz das teorias dos sistemas sociais. *Saúde Soc.*, São Paulo, v.2, s.1, p.184-192, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0104-12902015s01016>>. Acesso em: 2 mai. 2018.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Tempo e direito na construção da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.15, n.3, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/97327/96339>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

SILVA, Juvêncio Borges; TEIXEIRA, Luis Alberto. A judicialização da saúde pública: uma análise do acesso a medicamentos sem registro na Agência Nacional de Saúde, como direito fundamental. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, a.3, n.3, p.2-10, 2015. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/871>>. Acesso em: Acesso em: 02 mai. 2018.

SZINVELSKI, Martín Marks.; MARTINI, Sandra Regina. Um enfoque transdisciplinar para análise da complexidade do direito à saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, DF, v. 5, n. 4, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.17566/ciads.v5i4.324>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

TACCA, Adriano. *Direito, democracia e saúde: uma análise do potencial comunicativo do controle social e a contribuição para efetivar o direito fundamental à saúde*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6002>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a Constructivist Epistemology of law. *Law and Society Review*, v.23, n.5, p.727-757, 1989. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896502>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

VIDAL, Josep Pont. *Introducción a la teoría de sistemas autoreferenciales y al sistema de derecho em Niklas Luhmann*. Belém: NAEA, 2012. Disponível em: <<https://aprenderly.com/doc/3419754/introducci%C3%B3n-a-la-teor%C3%ADa-de-sistemas-autoreferenciales---...>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A jurisdição e a judicialização enfocadas a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v.2, n.2, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.21910/rbsd.v2n2.2015.15>>. Acesso em: 12 mar. 2018.