

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

MARINA BERTARELLO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE SISTÊMICA DA DEFINIÇÃO
DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS NA LISTA ÚNICA DE ESPERA PARA
TRANSPLANTE**

São Leopoldo

2010

MARINA BERTARELLO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE SISTÊMICA DA DEFINIÇÃO
DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS NA LISTA ÚNICA DE ESPERA PARA
TRANSPLANTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Sandra Regina Martini Vial

São Leopoldo

2010

B536j

Bertarello, Marina.

A judicialização da saúde : uma análise sistêmica da definição do receptor de órgãos na lista única de espera para transplante / Marina Bertarello. – 2010.

148 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

“Orientadora: Prof. Dra. Sandra Regina Martini Vial.”

1. Transplante de órgãos, tecidos, etc. – Legislação – Brasil. 2. Sistema Único de Saúde (Brasil). I. Título.

CDD 344.8104194

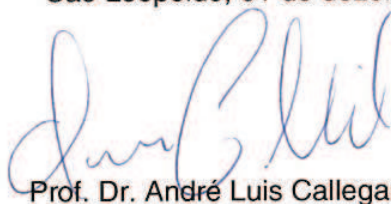
CDU 340:616-089.843

Catálogo na publicação: Bibliotecário Flávio Nunes - CRB 10/1298

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE SISTÊMICA DA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS NA LISTA ÚNICA DE ESPERA PARA TRANSPLANTE”, elaborada pela mestranda **Marina Betarello**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 de dezembro de 2010.

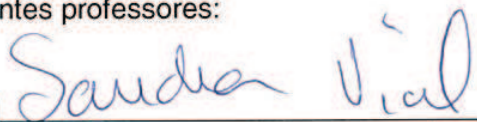


Prof. Dr. André Luis Callegari

Coordenador do Programa de Pós-Graduação
em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Sandra Regina Martini Vial



Membro: Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith



Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



“Lo uno no sería posible sin lo otro”.

Niklas Luhmann

*Rendo meus esforços a todos àqueles que aguardam ansiosamente
pela manutenção da vida.*

Agradecimentos

A Deus, fonte de esperança inesgotável.

Aos meus pais, pelo apoio incondicionado.

À Professora Doutora Sandra Regina Martini Vial, pela orientação e pela confiança em mim depositada.

À CAPES, pelo fomento.

LISTA DE SIGLAS

- ABTO** – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos
- ADOTE** – Aliança Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos
- CFM** – Conselho Federal de Medicina
- CGSNT** – Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes
- CIHDOTT** – Comissão Intra-Hospitalar de Transplante
- CNCDO** – Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos
- CNT** – Central Nacional de Transplantes
- CTU** – Cadastro Técnico Único
- FIOCRUZ** – Fundação Oswaldo Cruz
- IDH** – Índice de Desenvolvimento Humano
- IML** – Instituto Médico Legal
- MS** – Ministério da Saúde
- OMS** – Organização Mundial da Saúde
- ONU** – Organização das Nações Unidas
- SIG** – Sistema Informatizado de Gerenciamento
- SNT** – Sistema Nacional de Transplantes
- STF** – Supremo Tribunal Federal
- STJ** – Superior Tribunal de Justiça
- SUS** – Sistema Único de Saúde
- UTI** – Unidade de Terapia Intensiva

RESUMO

A pesquisa em questão propõe-se a ser um instrumento para analisar a judicialização da saúde, através do estudo crítico da fundamentação nas decisões judiciais dos casos específicos de judicialização da definição do receptor de órgãos na Lista Única de Espera para Transplantes, mediante a perspectiva da matriz teórica sistêmica. Por isso, aborda-se a autonomia do sistema da saúde para a definição do receptor, as organizações do Sistema Único de Saúde e do Sistema Nacional de Transplantes que fornecem suporte para tal autonomia, bem como resta aprofundada a análise acerca da Política Nacional de Transplantes, como forma de enfrentamento da complexidade advinda da escolha do potencial receptor e de manutenção do cumprimento da função do sistema, qual seja: a consecução da saúde. Também, busca-se observar o sistema do direito como o sistema da estabilização de expectativas normativas e inferir que a operacionalidade do sistema jurídico deve se pautar por uma atuação fundamentada no código binário e nos programas, o que redundará na constatação de que os juízos de verossimilhança que autorizam a precedência do requerente na Lista Única para Transplantes não são fundamentados na norma, mas exclusivamente na vontade do julgador e, dessa forma, resta prejudicada a consecução do direito à saúde via transplante de órgãos, direito que merece ser tutelado através da interrelação sistêmica entre o sistema do direito e o sistema da saúde. Ainda, salienta-se a necessidade de observância do código binário do sistema do direito e do sistema da saúde na tutela do *direito à saúde*, afastando assim a corrupção sistêmica advinda de decisões judiciais que não contemplam o seu esquema binário e, por consectário, identificando a autonomia do sistema da saúde como sistema competente para definir o receptor e para sopesar os critérios clínicos de urgência, indicando a prioridade na realocação dos pacientes que integram a Lista Única. Além disso, a decisão judicial advinda da definição do receptor deve observar a política pública, que advém de decisão de vinculação coletiva do sistema político, a fim de elidir pretensões abusivas, como delineado nas decisões favoráveis à definição do receptor pelo sistema do direito, representando risco de lesão à ordem pública administrativa, posto que ignoram os critérios clínicos de seleção estabelecidos na Política Nacional de Transplantes. Procura-se demonstrar que a decisão judicial que defere a priorização do requerente em detrimento do paciente definido pelo sistema da saúde é o símbolo de uma corrupção sistêmica, haja vista o sistema do direito estar decidindo com base no código binário doença/enfermidade (definindo o potencial receptor), quando sua interferência deve ocorrer em casos de ilegalidade na implementação da política pública dos transplantes, através do código direito/não-direito, perpetrando a diferenciação na decisão judicial.

Palavras-chave:

Judicialização da Saúde; Transplante de Órgãos; Políticas Públicas; Direito à Saúde; Teoria Sistêmica.

ABSTRACT

The research in question is proposed to be a tool to analyze the judicialization of health, through the critical study of the grounding in the judgments of specific cases of judicialization of definition of the organs receiver in the Single List of Waiting for Transplants, with the prospect of matrix theoretical systemic. Therefore, it approaches the autonomy of the health system to define the receiver, the organizations of the Unified Health System and National Transplant System that provide support for such autonomy, and thorough analysis of the National Transplant Policy, as a way of coping with the complexity that results from the choice of receptor potential and maintaining the compliance of the system function, namely, the attainment of health. Also, it seeks to observe the law system as the system of stabilization of normative expectations and infer that the operation of legal system must be guided by a performance based on binary code and programs, which leads to the finding that the judgments of likelihood which authorize the precedence of the claimant in the Single List for transplants are not substantiated in the norm, but the sole will of the judge and thus remains hampered the achievement of the right to health care by organ transplant, right that deserves to be protected by systemic interrelationship between the law system and the health system. However, it stresses the need for observance of the binary code of the law system and of the health system for safeguarding the *right to health*, thus ruling out systemic corruption arising out of judgments that do not consider their binary scheme and, consequently, identifying the autonomy of the health system as the system responsible for selecting the receiver and to weigh the clinical criteria of urgency, indicating the priority in the reallocation of patients participating in the Single List. Moreover, the court decision arising from the definition of the receiver should observe the public policy, because the decision stems from the collective decision of the political system, to rebut claims unfair, as outlined in decisions favorable to the definition of the receiver by law system, representing a risk of injury to the public administration order, because ignore the clinical criteria for selection set out in the National Transplant Policy. It seeks to demonstrate that the court decision granting priority of the claimant at the expense of patient defined by health system is the symbol of a systemic corruption, because the law system is deciding based on the binary code disease/illness (defining the potential receiver), when the interference should occur in cases of illegality in implementing the public policy of transplants, through the code right/no-right, perpetrating the differences in judicial decision.

Keywords:

Judicialization of Health; Organ Transplant; Public Policy; Right to Health; Systemic Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 A AUTONOMIA DO SISTEMA DA SAÚDE NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTE: UMA ESCOLHA PELA CONSECUÇÃO DA SAÚDE.....	17
1.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES: MODELOS DE ORGANIZAÇÃO.....	23
1.2 A POLÍTICA NACIONAL DE TRANSPLANTES: O ENFRENTAMENTO DA COMPLEXIDADE.....	33
1.3 A AUTORREPRODUÇÃO DO SISTEMA DA SAÚDE ATRAVÉS DA AUTOPOIESE: PELA AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR.....	42
2 O SISTEMA DO DIREITO: A ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR E A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE VIA TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS	54
2.1 A OPERACIONALIDADE DO SISTEMA DO DIREITO NA ESCOLHA DO RECEPTOR: POR UMA ATUAÇÃO FUNDAMENTADA NO CÓDIGO BINÁRIO E NOS PROGRAMAS.....	59

2.2 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL À JUDICIALIZAÇÃO DA ESCOLHA DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS: O JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA.....	69
2.3 A CONSECUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR PARA TRANSPLANTE: PELOS CAMINHOS DA INTERRELAÇÃO SISTÊMICA.....	77
3 A DECISÃO JUDICIAL DA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR: COMPLEXIDADE, CONTINGÊNCIA E A NECESSIDADE DE REALIZAR A DIFERENÇA.....	88
3.1 A INDECLINABILIDADE JURISDICIONAL: OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO X OBSERVÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (POLÍTICA NACIONAL DE TRANSPLANTES).....	92
3.2 A CONCRETUDE DA JUDICIALIZAÇÃO NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA-SISTÊMICA DA FUNDAMENTAÇÃO DECISIONAL NOS CASOS JUDICIAIS.....	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

INTRODUÇÃO

A garantia do *direito à saúde* é respaldada pela Constituição Federal, concebendo-se como um direito fundamental constante do rol de direitos sociais – conforme disposição do artigo 6º, integrante do Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) da Carta Magna –, sendo que a *saúde* é considerada pelo artigo 196 do texto constitucional como um direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas públicas que visem reduzir o risco de doença e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços.

O *direito à saúde* deve ser tutelado na garantia da *saúde* via transplante de órgãos e tecidos – intervenção cirúrgica de alta complexidade incluída nas práticas do Sistema Único de Saúde – e, especialmente, no momento da definição do potencial receptor, de modo a assegurar à integralidade de expectadores da Lista Única o acesso universal e igualitário ao transplante, mesmo diante da inegável constatação de que a demanda é imensamente maior do que a disponibilidade de órgãos, o que revela uma situação de escassez presente na decisão de escolha do receptor.

Nesse contexto, a judicialização da definição do receptor de órgãos na Lista Única de Espera para Transplantes consubstancia demanda de elevado grau de complexidade, em que o

sistema do direito e o sistema da saúde são instados à questão, já que a Política Nacional de Transplantes (Lei nº 9.434/97, com alterações inseridas pela Lei nº 10.211/01, regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97) confere ao sistema da saúde, através da estrutura organizacional do Sistema Nacional de Transplantes, a competência para definição do receptor. Porém, o sistema do direito suporta ações judiciais com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela para priorizar o requerente na Lista Única, sendo assim a análise da decisão proferida pelo sistema do direito deve se pautar por uma perspectiva sistêmica, como uma forma de tutelar o direito fundamental à vida, intrínseco à escolha do receptor.

E o assegurar do direito à saúde no caso sob análise dá-se, primeiramente, por obediência aos mecanismos clínicos de seleção do potencial receptor definidos pela Política Nacional de Transplantes, uma política pública que assegura critérios de igualdade na escolha do receptor, já incluindo os casos de urgência que demandam priorização, até mesmo porque pela dicção do artigo 196 da Constituição Federal, o direito à saúde é garantido primeiro por políticas públicas, sendo a atuação do Poder Judiciário secundária, constatada a ilegalidade na aplicação das políticas públicas.

Por isso, a pesquisa objetiva analisar a decisão judicial de deferimento da antecipação dos efeitos da tutela que viabiliza a judicialização da definição do receptor de órgãos na Lista Única de Espera para Transplantes, a fim de constatar a necessidade de observância do código binário do sistema do direito e do sistema da saúde na tutela do *direito à saúde*, afastando assim a corrupção sistêmica advinda de decisões judiciais que não contemplam o seu esquema binário, bem como identificar a autonomia do sistema da saúde como sistema competente para definir o receptor e para sopesar os critérios clínicos de urgência, indicando a prioridade na realocação dos pacientes que integram a Lista Única.

Restou utilizado o método hipotético-dedutivo, com o intuito de demonstrar a pertinência das premissas noticiadas, adotando-se o procedimento dissertativo, sob a ótica da matriz teórica sistêmica, propalada por Niklas Luhmann (1927-1998). A metodologia cingiu-se à pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, evidenciando os aspectos jurídicos que pautam as decisões que deferem a priorização do requerente, definindo assim o receptor de órgãos, em contraposição com decisões judiciais que negam o pedido liminar, reconhecendo a autonomia do sistema da saúde para a escolha do expectador da Lista Única.

Assim, pode-se afirmar que o objeto de pesquisa suprarreferido alinha-se à Linha de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito, *Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização*, por tratar de temática da *Área de Concentração em Direito Público e*

abordar questão afeta ao direito social e fundamental à saúde, a partir da matriz teórica sistêmica.

Para tratar de forma minuciosa o problema de pesquisa, a Dissertação restou estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo aborda a autonomia do sistema da saúde para a definição do receptor de órgãos para transplante, as organizações do Sistema Único de Saúde e do Sistema Nacional de Transplantes que fornecem suporte para tal autonomia, além de uma abordagem da Política Nacional de Transplantes e dos respectivos critérios de seleção e priorização de pacientes inscritos na Lista Única, como forma de enfrentamento da complexidade advinda da escolha do potencial receptor.

Ainda, buscou-se aprofundar a análise sistêmica das premissas decisórias inseridas na Política Nacional de Transplantes, a fim de demonstrar que o sistema da saúde utiliza-se do código binário saúde/enfermidade no momento da definição do receptor, mediante a aplicação de critérios seletivos para a correta escolha do paciente, com o objetivo de implementar a função do sistema, qual seja: a consecução da *saúde*.

No segundo capítulo aborda-se o sistema do direito como o sistema da estabilização de expectativas normativas na definição do receptor e infere-se acerca da operacionalidade do sistema jurídico através de uma atuação fundamentada no código binário e nos programas para desembocar na análise da formação dos juízos de verossimilhança pelo magistrado no deferimento da antecipação dos efeitos da tutela e, por fim, aprofunda-se a consecução do *direito à saúde* via transplante de órgãos através da interrelação sistêmica entre o sistema do direito e o sistema da saúde.

O último capítulo destaca a decisão judicial advinda da judicialização da definição do receptor, indagando-se acerca da complexidade, contingência e necessidade de fazer a diferença (diferenciação) na decisão, além de perpassar a temática da indeclinabilidade jurisdicional e o enfrentamento dos limites da judicialização da saúde diante das políticas públicas, em específico a Política Nacional de Transplantes. Por fim, adentra-se a concretude da judicialização na definição do receptor de órgãos para transplante, mediante uma análise crítica-sistêmica da fundamentação decisória nos casos judiciais.

A jurisprudência analisada contemplou pesquisa no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça evidenciando a imprescindível observância das políticas públicas em matéria de saúde no momento da decisão judicial para elidir a contemplação de pretensões abusivas, como delineado nas decisões favoráveis à definição do receptor pelo sistema do direito, representando risco de lesão à ordem pública administrativa, pois ignoram os mecanismos de seleção do paciente estabelecidos na Política Nacional de Transplantes.

No estudo de caso específico da judicialização na definição do receptor foram abordados os Tribunais de Justiça do Brasil, inferindo-se que as decisões judiciais se concentram no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, que demonstraram incidência de pedidos que objetivavam a priorização na Lista Única, submetendo-os assim à análise crítica dos fundamentos decisoriais.

Além disso, restou abordada a Audiência Pública nº 4, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Gilmar Mendes, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, a fim de esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, com o fito de promover uma abertura cognitiva do sistema do direito, partindo-se da necessidade de comunicação com o sistema da saúde no processo de tomada de decisão afeta ao *direito à saúde*, visando auxiliar na fundamentação das decisões judiciais.

Importante salientar que a análise jurisprudencial parte da concepção de que a saúde constitui um sistema, pois dispõe de estruturas próprias capazes de operar a seletividade necessária à redução de complexidade e à regulação do próprio processo autopoiético, detendo a autonomia advinda da diferenciação funcional, porque consegue se autorreproduzir através da clausura operativa, alcançando o cumprimento de sua função de consecução da saúde a partir de seu código binário (saúde/enfermidade).

Da mesma forma, o sistema do direito compõe um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, compreendido como um sistema autopoiético, pois consegue se autorreproduzir a partir de um código próprio, o código binário direito/não-direito, orientando-se por esta distinção, a fim de cumprir a função de estabilizar as expectativas normativas.

A decisão judicial que defere a priorização do requerente em detrimento do paciente definido pelo sistema da saúde é o símbolo de uma corrupção sistêmica, haja vista o sistema do direito estar decidindo com base no código binário doença/enfermidade (definindo o potencial receptor), quando sua interferência deve ocorrer em casos de ilegalidade na implementação da política pública dos transplantes – Política Nacional de Transplantes –, através do código direito/não-direito, perpetrando a diferenciação na decisão judicial.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, organização do sistema do direito, deve estar atento às políticas públicas no momento da decisão, pois denotam a concretização de uma escolha coletiva à sociedade, representando interesses públicos reconhecidos pelo direito, já que advêm de uma decisão do sistema político, que alcança vinculação coletiva, diferentemente de uma decisão judicial que vincula apenas as partes litigantes.

Ademais, a submissão constitucional do direito à saúde às políticas públicas visa, precipuamente, garantir a universalidade das prestações salutes independentemente das condições de acesso ao Poder Judiciário, que não são idênticas para todas as pessoas em solo brasileiro, ante a constatação incontroversa de que a população de baixo potencial financeiro não dispõe de iguais condições de acesso à justiça para pleitear a obtenção da tutela antecipada na definição do receptor de órgãos.

A execução da Política Nacional de Transplantes assegura uma isonomia na alocação de recurso escasso, ainda mais quando se está defronte à definição do receptor de órgão para transplante e, além disso, a observância da Lista Única reside no próprio sentido de coletividade inserto na Lista, elidindo arbitrariedades e favorecimentos advindos da minoria com recursos financeiros que pleiteia a priorização através da ação judicial, objetivando o interesse individual e, por consectário, extirpando qualquer possibilidade de respeito aos demais expectadores em análoga situação periclitante.

Assim, ressalta-se que o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela para viabilizar a “burla” na Lista Única de Transplantes impõe ao sistema do direito a necessidade de *decidir*, pois o acesso à justiça constitui um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, ou seja, não se coloca em questão a contrariedade à judicialização, haja vista a indeclinabilidade jurisdicional – a impossibilidade da *não-decisão* –, mas o que se propõe a partir da análise crítica-sistêmica do caso concreto em liça é a necessidade de decisões judiciais consistentes, que realizem a diferença por intermédio da incidência do código binário próprio do sistema do direito (direito/não-direito).

1 A AUTONOMIA DO SISTEMA DA SAÚDE NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTE: UMA ESCOLHA PELA CONSECUÇÃO DA SAÚDE

La argumentación muestra que los sistemas sociales son sistemas autopoieticos que se seleccionan a sí mismos y a sus límites. En las situaciones cotidianas concretas, y justamente en ellas, esta autonomía resulta indispensable para ganar distancia. Son precisamente los sistemas, que dependen de las situaciones y que pueden ser atacados por todo lo perceptible, los que deben reservarse el derecho de poder decidir, con ayuda de los presentes, quién y qué puede considerarse como presente.¹

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Esta é

¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Traduzido por Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 371.

A argumentação mostra que os sistemas sociais são sistemas autopoieticos que selecionam a si mesmos e seus limites. Nas situações cotidianas concretas, e justamente nelas, esta autonomia resulta indispensável para ganhar distância. São precisamente os sistemas, que dependem das situações e que podem ser atacados por todo o perceptível, os que devem se reservar o direito de poder decidir, com ajuda dos presentes, quem e o que pode considerar-se como presente (tradução livre).

a concepção de *saúde* que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 196, um direito de todos e um dever do Estado, que enseja políticas públicas para a concretização, a fim de assegurar o acesso universal e amenizar o risco de moléstias.

Contudo, quando se está diante de resguardo da saúde via transplantes de órgãos e tecidos – intervenção cirúrgica de alta complexidade incluída no rol de práticas do Sistema Único de Saúde – é inarredável a constatação de que resta difícil ao sistema da saúde a manutenção de acesso universal e igualitário, ainda mais se considerado o aprimoramento da ciência médica aliado ao aumento da demanda e a escassez dos doadores, pelo simples fato de a transplantação constituir a única forma de manutenção da vida dos integrantes da Lista Única de Receptores.

O desapontamento e a frustração de expectativas dos pacientes são inegáveis, mas a busca pela saúde deve se pautar pela universalidade e igualdade de acesso, mesmo diante do fato de que nem todos terão as expectativas realizadas, ou seja, o acesso jamais pode ser restringido ou privilegiado, até mesmo porque a luta pela saúde é uma realidade intrínseca ao ser humano, presente na sociedade desde os primórdios, quando a cura dos males que afetavam a saúde era feita por operações mágicas perpetradas por curandeiros e feiticeiros.

Pode-se afirmar que a primeira definição de saúde foi atribuída aos gregos clássicos, já que o brocardo “*Mens Sana In Corpore Sano*” constitui o conceito inaugural de saúde, donde o mundo pertencia aos aptos e sadios, em que “o ser humano ideal era uma criatura equilibrada no corpo e na mente, e de proporções definitivamente harmoniosas – não esqueçamos que essa era uma época de grandes artistas, sobretudo na escultura”², assim a saúde representava a aptidão ou, em outras palavras, a perfeição.

Assim, a mágica e a religião para elidir os males foram afastadas da medicina grega, que implantou a observação empírica para tratar as doenças, sendo que apenas a partir de Hipócrates o problema saúde-enfermidade passou a ser enfrentado como algo natural, pois “Hipócrates não praticava a ciência médica, mas a arte de curar, arte de aprendizagem penosa: “A vida é curta, a arte é longa...”. Uma arte que levou às raias da perfeição, aos limites do possível, e que viria a influenciar o pensamento médico por muito tempo”³.

Ao contrário, a Idade Média representou um retrocesso do pensamento hipocrático na saúde pública, pois a doença passou a ser vista como um castigo divino e a cura viria com a penitência. A superstição religiosa foi derrocada apenas no Século XVII, quando constatada a

² SCLiar, Moacir. *Do Mágico ao Social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: SENAC, 2002, p. 21.

³ Idem, p. 25.

inoperância das práticas sagradas, regressando assim aos ensinamentos gregos e, ademais, visualizando a saúde como a ausência de doença, pois como explica Moacir Scliar:

[...] a anatomia é um conhecimento objetivo, que expõe os componentes do corpo humano: se alguma coisa está errada com esse corpo, a causa deve estar ali – assim quando um mecanismo estraga, a causa deve estar em um defeito de suas peças: em *De homine*, René Descartes (1596-1650) compara o corpo a um relógio, funcionando de acordo com os princípios da mecânica.⁴

No Século XVIII, “Xavier Bichat (1771-1802), grande médico francês, dizia que a saúde é o ‘silêncio dos órgãos’. Porque a doença se faz ouvir”⁵, assim a saúde permanecia vista como o oposto da doença. Porém, a Revolução Industrial do Século XIX passa a considerar a doença um obstáculo ao progresso econômico capitalista, porque o trabalhador quando adoece não produz, podendo-se afirmar que a saúde do individualismo liberal que ascendeu no Século XIX é uma saúde curativa, a saúde representada pela ausência de enfermidades. Assim, o Estado Liberal, preocupado com a produção e o êxito do modelo capitalista, adjudicou a competência das políticas públicas sanitárias, a fim de elidir a doença e curar o proletariado.

Todavia, o Século XX e as grandes guerras que dizimaram a população propiciaram o impulso ao *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) e a onda de um constitucionalismo social, salienta-se:

Já no Século XX, com nascedouro ainda no transcurso do Século XIX, observa-se este mesmo Estado Liberal transmutar-se substancialmente, assumindo o feitiço de Estado Social, conceito aqui utilizado em sua acepção genérica, suportado em um novo Constitucionalismo – agora Social –, este identificado histórica e privilegiadamente com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 – apresentadas como marcos históricos –, vindo em resposta ao novo tratamento da chamada questão social, a qual deixa de ser um “caso de polícia” para tornar-se um caso de políticas públicas (sociais), com o objetivo de enfrentamento dos dilemas da escassez.⁶

No Brasil, o sanitarista Márcio Antônio Moreira Galvão refere que no ano de 1920 fundou-se o Departamento Nacional de Saúde Pública, onde “o Estado abordaria questões que durante a ordem republicana, ou vivera como experiência isolada, ou simplesmente

⁴ SCLiar, Moacir. *Do Mágico ao Social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: SENAC, 2002, p.44

⁵ Idem, p. 93.

⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v.12, n.2, p. 251-266, jul.-dez. 2007, p. 253.

transformara em questão policial”⁷, sendo que a criação do Departamento Nacional representou o resultado de grandes mudanças políticas no pensamento médico-sanitário, advindas da pressão social oriunda da expansão dos ideais do *Welfare State*.

E, com isso, o Estado de Bem-Estar Social faz nascer a saúde preventiva, de acesso universal à cura como um direito social a ser viabilizado pelo Estado mediante políticas públicas de saúde. E não há como negar que as políticas públicas advindas do *Welfare State* trazem para o Estado e para o constitucionalismo dirigente uma tensão, tendo em vista as frustrações diante da insuficiência de recursos e elevação da demanda, desembocando na judicialização como instrumento de concretização das promessas constitucionais. Nota-se pelos dizeres de Morais e Nascimento:

Tomado nesta perspectiva, o constitucionalismo se caracteriza como dirigente – para utilizar um conceito fortalecido a partir de Canotilho – e supõe uma abertura significativa de conteúdos, para além da incorporação de novas garantias, em face de seu caráter eminentemente principiológico e valorativo – não que isso seja inédito na história do constitucionalismo –, bem como projeta e promete uma solidariedade social que permita realizar a promessa de inclusão social contida na Constituição. Este constitucionalismo traz para o Estado, em particular neste ambiente de crise, uma tensão permanente, inclusive em seu âmbito interno, seja pela insuficiência da doutrina constitucional para lidar com tais conteúdos, seja diante do que se convencionou nomear como judicialização da política, uma vez que as frustrações diante da não realização das promessas constitucionais são levadas à jurisdição para que esta diga acerca do seu conteúdo e, mais, na medida do possível, viabilize a sua realização.⁸

A crise do Estado de Bem-Estar Social é lógica, pois o braço forte do Estado não tem condições de abarcar a perfeição do bem-estar social a todos, é inegável que o Estado tem limitações e as demandas são ilimitadas, daí a tendência de judicialização, mais especificamente de judicialização da saúde, como observa a socióloga Sandra Regina Martini Vial:

Não é difícil identificar que, nesta sociedade, todos temos muito mais direitos do que podemos efetivamente gozar. A era da inclusão universal já existe, mas sua existência está fundada em situações paradoxais nas quais, muitas vezes, a inclusão se dá pela exclusão; a possibilidade de acesso ao direito de ter direito à saúde se dá,

⁷ GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930. *Caderno de Textos do Departamento de Ciências Médicas da Escola de Farmácia da Universidade Federal de Ouro Preto*, Ouro Preto, p. 1-33, 2009, p.28.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v.12, n.2, p. 251-266, jul.-dez. 2007, p. 260.

muitas vezes, não pelo sistema de saúde, mas pelo sistema judiciário, ou, ainda pior, por favores políticos ou de *amizade*.⁹

A concepção de saúde que o *Welfare State* consolidou é a saúde como prevenção da doença, que inspirou a Organização Mundial da Saúde (OMS) na publicação da sua Constituição, em 26 de julho de 1946, alçando a saúde ao patamar de primeiro princípio básico para *a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos*, apresentando a saúde como o *estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*.

Nas palavras de Marcos Segre e Flávio Carvalho Ferraz percebe-se que o conceito da Organização Mundial de Saúde nada mais é do que uma utopia, irrealizável em um Estado Social em crise, eis:

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define *saúde* não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. Essa definição, até avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, *irreal, ultrapassada e unilateral*. [...] Trata-se de definição irreal por que, aludindo ao “perfeito bem-estar”, coloca uma utopia. O que é “perfeito bem-estar?” É por acaso possível caracterizar-se a “perfeição”?¹⁰

A saúde não deve ser vista como perfeição do modelo de bem-estar social, mas sim como um direito do cidadão, um direito fundamental do ser humano, uma busca constante do estado de bem-estar razoável, como evidenciado no artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, dispondo que *todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle*.

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, de 03 de janeiro de 1976, dispõe que:

⁹ VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: Um Direito Fundado na Fraternidade. *Saúde e Direitos Humanos*, Brasília, n. 5, p. 65-86, 2009, p. 67.

¹⁰ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O Conceito de Saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997, p. 539.

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental.
2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para:
 - a) A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento saudável das crianças;
 - b) A melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas;
 - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.¹¹

Os documentos internacionais entabulados adotam a concepção de uma saúde possível, que não se restringe apenas ao aspecto individual do Estado Liberal, mas que tampouco abarca o ideal de perfeição do bem-estar social, almejando um Estado Social capaz de assegurar o direito fundamental do cidadão à saúde, considerando-se o fato de que a saúde é o principal elemento da vida – ou seja, o direito à saúde é, por consectário, componente do direito à vida – daí a sua relevância na definição do receptor de órgãos para transplante.

Nesse sentido, transcreve-se a interpretação de Sueli Gandolfi Dallari acerca do conceito de saúde nos documentos internacionais:

Pode-se verificar, portanto, que o conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, abrangendo desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana. Isso sem esquecer do direito à igualdade, implícito nas ações de saúde de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias, por exemplo.¹²

A Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que regula a saúde em solo brasileiro, afirma em seu artigo 2º a natureza de direito fundamental da saúde, como respaldado nos documentos internacionais, dispondo que *a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*, o que corrobora a inarredável conclusão de que a “a saúde, reconhecida e proclamada como direito fundamental da pessoa humana, é necessidade essencial de todos os indivíduos e também de todas as coletividades”¹³.

¹¹ Artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

¹² DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. *Direito Sanitário e Saúde Pública – Coletânea de Textos*, Brasília, p. 39-61, 2003, p.47.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. *Direito Sanitário e Saúde Pública – Coletânea de Textos*, Brasília, p. 62-81, 2003, p.64.

Portanto, uma conceituação de saúde que se pautar pela perfeição do bem-estar social é irreal, o que não pode ser admitido, pois a saúde não pode ser concebida por uma noção fantasiosa, ao contrário deve se pautar como um direito fundamental do homem, pelo simples fato de que a saúde faz parte da sociedade ou, em outras palavras, a saúde deve ser tratada como um sistema social da sociedade, detentor de autonomia para definir o receptor e, por consequência, realizar a saúde via transplante de órgãos.

1.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES: MODELOS DE ORGANIZAÇÃO

A saúde compõe um sistema e, como um sistema, pode ser compreendida também como um sistema organizacional destinado à manutenção da sua função, qual seja: a consecução da saúde – dada pela diferença saúde/enfermidade – , através de suas próprias estruturas. Então, o sistema da saúde adota modelos de organização, haja vista inexistir êxito na persecução da função sem instituições organizacionais que detenham premissas decisórias que assegurem a clausura operativa, indispensável à conservação da unidade do sistema mediante a diferenciação.

As premissas decisórias orientam os sistemas organizacionais e são consubstanciadas em três características fundamentais: a) a organização estabelece programas com base nos quais é possível avaliar a correção das decisões, porque um programa limita as possibilidades de comunicação pondo, por exemplo, objetivos para alcançar no futuro ou estabelecendo as condições que devem ser satisfeitas em cada caso que exige decisão (programas condicionais); b) o âmbito das possibilidades de decisão se restringe estabelecendo algumas vias de comunicação através das quais as decisões têm um efeito vinculante; c) as pessoas que integram a organização.¹⁴

Por isso, as premissas decisórias são fundamentais para a manutenção das estruturas, já que representam “la selección de las relaciones entre elementos que son admitidas en un sistema”¹⁵ e são as estruturas do sistema da saúde que viabilizam o processo comunicacional à diferenciação saúde/enfermidade, sendo que as decisões baseadas no

¹⁴ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p.122.

¹⁵ Idem, p.73.

[...] a seleção das relações entre elementos que são admitidas em um sistema (tradução livre).

código citado garantem uma unidade ao sistema, indispensável à autopoiesis sistêmica.

Nota-se:

Um sistema organizacional de saúde é o meio em que há a prestação sanitária mediante processos decisórios tendentes à prestação da função sistêmico-sanitária (saúde). É a estrutura que permite processo comunicacional da observação da distinção Saúde/Enfermidade. Suas decisões, baseadas no referido código, dão a unidade do sistema sanitário e possibilitam-lhe sua contínua autorreprodução.¹⁶

Na verdade, enquanto o sistema social conserva sua autorreprodução através dos seus elementos, as organizações mantêm a unidade do sistema mediante premissas de decisões que visem reduzir a complexidade e assegurar a consecução de sua função de garantir a saúde. Niklas Luhmann explicita o funcionamento das organizações através das decisões baseadas no código, no caso saúde/enfermidade, apontando que uma organização apenas otimiza suas decisões mediante melhoramentos concedidos por decisões que, invariavelmente, incrementam a complexidade e intensificam a seletividade na associação dos elementos:

Las organizaciones pueden en consecuencia, descomponer las decisiones sólo en forma tal que se descompongan en decisiones; ellas pueden mejorar las decisiones sólo de manera que sean mejoradas por decisiones. En las organizaciones sólo se puede conseguir una *mayor profundidad en la comprensión de la realidad* mediante el *aumento del número de decisiones*, ya que esto se debe dar a través de decisiones. Mejoría quiere decir crecimiento. Pero crecimiento significa a su vez, aumento de la complejidad e intensificación de la selectividad en la asociación de los elementos.¹⁷

As organizações do sistema da saúde podem ser vistas como estruturas sistêmicas, uma evolução interna dos sistemas, já que possuem a capacidade de selecionar elementos que apontem para uma decisão que vise concretizar a função do sistema, através de premissas de decisões que são dadas pela autocriação decisória da organização que,

¹⁶ SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.78.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traduzido por Darío Rodríguez Mansilla. México: Iberoamericana, 2005, p.23-24.

As organizações podem, portanto, descompor as decisões apenas de uma forma que se decomponham nas decisões, elas podem melhorar as decisões apenas de modo que sejam melhoradas por decisões. Nas organizações apenas pode-se conseguir uma maior profundidade na compreensão da realidade através do aumento do número de decisões, já que isso se deve dar através de decisões. Melhorar quer dizer crescimento. Porém crescimento significa, por sua vez, aumento da complexidade e intensificação da seletividade na associação dos elementos (tradução livre).

autopoieticamente, cria novas decisões a partir de decisões já estabelecidas, por isso as organizações compõem o sistema autopoietico da saúde.

Niklas Luhmann ressalta que as organizações “son en eso *sistemas sociales* que se permiten *tratar al comportamiento humano tal como si fuera un decidir*. La realidad social del decidir en organizaciones es interpretada por consiguiente como la sola *aceptación o suposición o sugestión* de los participantes en el sistema”¹⁸. Assim, resta viabilizada ao sistema da saúde a organização e seleção dos elementos, a fim de estabelecer premissas decisórias que serão integradas ao sistema, porque advindas da diferenciação funcional, implementadas no sistema da saúde através do respectivo código binário.

Luhmann reconhece que sem diferenciação não há autorreferência que sustente as premissas de decisões imprescindíveis à função do sistema, pelo que refere:

Los sistemas están estructuralmente orientados al entorno, y sin él, no podrían existir: por lo tanto, no se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría autorreferencia ya que la diferencia es la premisa para la función de todas las operaciones autorreferenciales. En este sentido, la conservación de los límites (boundary maintenance) es la conservación del sistema.¹⁹

Quando o sistema da saúde se diferencia do entorno nada mais está ocorrendo do que o estabelecimento de limites e a manutenção autorreferencial do sistema, que consubstancia elemento fundamental ao exercício da função, sendo que no sistema as escolhas cumprem o papel de diferenciar o sistema do ambiente. Por isso, as organizações são indispensáveis ao sistema, pois viabilizam a seleção, reduzindo assim a complexidade no sistema da saúde, mediante a aplicação do código saúde/enfermidade.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traduzido por Darío Rodríguez Mansilla. México: Iberoamericana, 2005, p.45.

[...] são sistemas sociais que estão autorizados a tratar o comportamento humano como se fosse uma escolha. A realidade social da decisão é interpretada por organizações como a única consequente aceitação ou suposição ou sugestão dos membros do sistema (tradução livre).

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. Traduzido por Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p.40.

Os sistemas estão estruturalmente orientados ao entorno, e sem ele, não poderiam existir: portanto, não se trata de um contato ocasional nem tampouco de uma mera adaptação. Os sistemas se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno, e utilizam seus limites para regular dita diferença. Sem diferença com respeito ao entorno não haveria autorreferência, já que a diferença é a premissa para a função de todas as operações autorreferenciais. Neste sentido, a conservação dos limites (manutenção dos limites) é a conservação do sistema (tradução livre).

O sistema da saúde brasileiro tem como principal estrutura organizacional o Sistema Único de Saúde (SUS), inserto na Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população. O Sistema Único de Saúde compreende os centros e postos de saúde, hospitais – incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros, bancos de sangue, além de fundações e institutos de pesquisa, como a FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Vital Brazil. Através do Sistema Único de Saúde, todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS da esfera municipal, estadual e federal, sejam públicas ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde.²⁰

Ademais, o Sistema Único de Saúde tem como meta tornar-se um importante mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, ofertando serviços com qualidade e adequados às necessidades, independente do poder aquisitivo do cidadão, por isso se propõe a promover a saúde, priorizando as ações preventivas, democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e os riscos à sua saúde.²¹

Os entes federados no funcionamento do Sistema Único de Saúde acordam mutuamente sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações dentro do sistema público de saúde, o que restou denominado de pactuação intergestores; além disso, o Sistema Único de Saúde opera através da referência em que para cada problema de saúde há um centro referencial de solução, variável conforme o grau de complexidade da situação.²²

Os serviços de saúde que integram o Sistema Único de Saúde são divididos em níveis de complexidade e pautados pela referencialização, sendo que para cada nível de complexidade há uma estruturação de fluxo de referência; nota-se que quanto mais elevada a complexidade do serviço a referência restringe o uso para que a área de abrangência seja a mais ampla possível, objetivando a otimização de recursos.

Portanto, pode-se afirmar que o Sistema Único de Saúde é uma estrutura organizacional que assegura o cumprimento do dever do Estado de garantir o direito à saúde, através do reordenamento dos serviços e ações estabelecidas pela Constituição Federal e, por isso, pauta-se por meios capazes de angariar recursos e distribuí-los de forma estruturada,

²⁰MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24627> Acesso em 22 mar. 2010.

²¹ Idem, ibidem.

²²MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Cartilha Entendendo o SUS*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf> Acesso em 22 mar. 2010.

mediante os níveis de complexidade. Tais meios de otimização são orientados pelos princípios organizativos da universalidade, descentralização, regionalização, hierarquização, resolutividade, participação social, informação e complementaridade do setor privado, visando assim a resolução dos problemas e a consequente redução da complexidade que, paradoxalmente, possibilita o constante incremento da complexidade interna, para melhor atender a consecução da saúde.

Os princípios que regem a organização do Sistema Único de Saúde – SUS encontram-se dispostos no artigo 198 da Constituição Federal e na Lei nº 8.080/90, destacando-se a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; bem como a participação da comunidade.

No que tange à competência do Sistema Único de Saúde tem-se que o rol é definido pela Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90 e, principalmente, pelo artigo 200 da Constituição Federal, incluindo: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O rol de competências disposto pela Constituição Federal demonstra a elevada complexidade destinada ao sistema da saúde, o que demanda à organização do Sistema Único de Saúde a criação de estruturas organizacionais de funções especializadas no interior do sistema da saúde, tanto é assim que a Lei nº 8.080/90 dispõe sobre o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, Subsistema de Atendimento e Internação Domiciliar e o Subsistema de Acompanhamento durante o Trabalho de Parto, Parto e Pós-Parto Imediato, com o fito de melhorar a organização do sistema, especializar e, concomitantemente, reduzir a complexidade.

E a complexidade deve ser entendida como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”²³, por isso a redução da complexidade se faz necessária, já que a capacidade sensitiva da sociedade não absorve a complexidade extremada, impedindo sua evolução e interação social, o que resulta em uma enormidade de possibilidades de escolha e na necessidade de decisão invariavelmente contingente, levando-se em consideração que contingência significa “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”²⁴, sendo irrefutável a existência de desapontamento, pelo que as decisões de um sistema visam apenas a manutenção de expectativas, já que a contingência é um elemento decisional perene nos sistemas.

O princípio organizativo da hierarquização – elemento de organização do Sistema Único de Saúde – estabelece que os serviços de saúde devem estar dispostos em conformidade com os respectivos níveis de complexidade, consubstanciando subsistemas funcionais consoante as necessidades demandadas. A finalidade organizacional precípua da hierarquização dos serviços mediante níveis de complexidade e necessidade demandada tem por objetivo fundamental aperfeiçoar o acesso universal à saúde e evitar a sobreposição de ações dentro de uma mesma área programática de atuação.

Contudo, para a efetivação funcional do sistema não basta apenas a hierarquização de funções dentre os entes federados, sendo necessária, simultaneamente, a organização do sistema a partir da descentralização, com compartilhamento de responsabilidades, funções, verbas e poder decisório, donde se extrai uma política pública única, fundamental à consecução funcional do sistema.

O princípio organizativo da hierarquização aliado à descentralização redundando na base organizativa do sistema da saúde: a organização de rede funcional, que partindo dos diversos níveis de complexidade opera o processo decisório, haja vista os graus de complexidade consolidarem limites para hierarquizar as unidades do sistema, segundo a característica da função prestada, a especialização e a frequência de ocorrência da demanda, objetivando a otimização de recursos.

Miranda salienta que em uma sociedade heterogênea a organização deve ser norteadas por funções diferenciadas e por relações hierárquicas, nota-se:

²³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 12.

²⁴ Idem, p. 45.

Quanto mais uma sociedade global é heterogênea, quanto mais integra grupos ou estratos diferentes pela cultura, pela posição social e pelo papel na divisão de trabalho tanto mais o seu sistema político tende a organizar-se em funções diferenciadas, especializadas, ligadas umas às outras por uma rede complicada de relações hierárquicas.²⁵

O Sistema Único de Saúde deve ter a hierarquização de funções pautada nos níveis de complexidade e na atuação mediante redes articuladas de informação, dotadas de mecanismos comunicacionais e interrelacionais que assegurem ao usuário do sistema o acesso coerente e exato ao nível de complexidade necessário à resolução do problema, visando melhor aproveitamento dos recursos e a autorreprodução das próprias estruturas do sistema da saúde.

“Un sistema social, por tanto, es un sistema distinto de un entorno y operacionalmente cerrado, es decir, capaz de producir por si mismo los elementos propios y las estructuras propias”²⁶. Partindo dessa concepção, não há dúvidas de que a saúde compõe um sistema na acepção luhmanniana do termo e o Sistema Único de Saúde constitui o mecanismo organizacional do sistema da saúde, sendo imprescindível a análise do sistema enquanto um *sistema autopoietico*, capaz de produzir e reproduzir seus próprios elementos a partir da sua rede interna de caracteres, visando a redução da complexidade através de princípios organizativos que implementam a efetividade do sistema funcional adequando os níveis de complexidade às respectivas referências, articuladas de acordo com as necessidades e demandas do sistema.

Nesse sentido, o transplante de órgãos e tecidos – intervenção cirúrgica incluída no rol de práticas do Sistema Único de Saúde – evidencia um problema social de elevado grau de complexidade, pois consubstancia a única forma de manutenção da vida dos pacientes que compõem a Lista Única de Receptores.

O procedimento de transplante é enquadrado como prática de *alta complexidade* no rol do Sistema Único de Saúde, por isso o Ministério da Saúde criou no ano de 1997, através da Lei nº 9.434 e Decreto nº 2.268/97, a estrutura organizacional denominada Sistema Nacional de Transplantes (SNT), que possui a competência para operacionalizar o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano destinados às finalidades terapêuticas e de transplantes, além de coordenar as Listas Únicas de Receptores e as Centrais

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p.46.

²⁶ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 153.

Um sistema social, portanto, é um sistema diferenciado do ambiente e operacionalmente fechado, isto é, capaz de produzir por si mesmo os elementos próprios e as estruturas próprias (tradução livre).

Estaduais de Transplantes, a fim de assegurar a confiabilidade e credibilidade do sistema e a assistência de qualidade ao cidadão brasileiro.²⁷

Com a criação do Sistema Nacional de Transplantes como mecanismo organizacional especializado, o Brasil possui hoje um dos maiores programas públicos de transplantes de órgãos e tecidos do mundo. Com 555 estabelecimentos de saúde e 1.376 equipes médicas autorizadas pelo SNT a realizar transplante, o Sistema Nacional de Transplantes está presente, através das Centrais Estaduais de Transplantes (CNCDO's), em 25 estados da federação, e em breve, todas as unidades da federação serão partes funcionantes do sistema.²⁸

A Portaria nº 2.600/09, do Ministério da Saúde, definiu o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes e estabeleceu que o órgão administrativo e gerencial do SNT é a Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes – CGSNT, tendo como fim precípuo a coordenação do SNT e a atividade de distribuição de órgãos segundo a Lista Nacional de Receptores.

A Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes – CGSNT cumprirá, conforme estabelece a citada portaria, as atribuições entabuladas pelo artigo 4º do Decreto nº 2.268/97, quais sejam: a) coordenar as atividades sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento; b) expedir normas e regulamentos técnicos para disciplinar os procedimentos estabelecidos no Decreto e para assegurar o funcionamento ordenado e harmônico do SNT e o controle, inclusive social, das atividades que desenvolva; c) gerenciar a lista única nacional de receptores, com todas as indicações necessárias à busca, em todo o território nacional, de tecidos, órgãos e partes compatíveis com as condições orgânicas; d) autorizar estabelecimentos de saúde e equipes especializadas a promover retiradas, transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes; e) avaliar o desempenho do SNT, mediante análise de relatórios recebidos dos órgãos estaduais e municipais que o integram; f) articular-se com todos os integrantes do SNT para a identificação e correção de falhas verificadas no seu funcionamento; g) difundir informações e iniciativas bem sucedidas, no âmbito do SNT e promover intercâmbio com o exterior sobre atividades de transplantes; h) credenciar centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos e; i) indicar, dentre os órgãos, aquele de vinculação dos estabelecimentos de saúde e das equipes especializadas, que tenha autorizado, com sede ou exercício em Estado, onde ainda não se encontre estruturado ou tenha sido cancelado ou desativado o serviço.

²⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. 3.ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 359-360.

²⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Nacional de Transplantes*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes>> Acesso em: 13 fev. 2010.

O artigo 5º da Portaria nº 2.600/09 determina que a CGSNT contará com a Central Nacional de Transplantes – CNT para o cumprimento de suas funções, que terá as seguintes atribuições: a) articulação com as Centrais Estaduais/Regionais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e com os demais integrantes do Sistema Nacional de Transplantes; b) apoio ao gerenciamento da captação, dando suporte técnico e intermediação necessários à busca, em todo o território nacional, de tecidos, órgãos e partes do corpo humano nas situações em que as condições clínicas do doador, o tempo de isquemia fria e as condições de acessibilidade a permitam e; c) gerenciamento da alocação de órgãos e tecidos entre Estados, em conformidade com a lista nacional de potenciais receptores, procurando otimizar as condições técnicas de preservação, transporte e distribuição, considerando os critérios estabelecidos na legislação em vigor, de forma a garantir o melhor aproveitamento dos órgãos disponíveis e a equidade na sua destinação.

Além da Central Nacional de Transplantes – CNT, a organização do SNT comporta as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO's, de nível estadual, criadas a partir da Lei nº 9.434/97, tidas como unidades executivas das atividades do Sistema Nacional de Transplantes²⁹.

Ademais, com o objetivo de aumentar a captação de órgãos e apoiar as atividades da CNT, foi estabelecida a obrigatoriedade da existência de Comissões Intra-Hospitalares de Transplantes (CIHDOTT) nos hospitais com UTI do tipo II ou III, hospitais de referência

²⁹ O artigo 8º da Portaria nº 2.600/09 (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes) define as atribuições das CNCDO's, de nível estadual. Transcreve-se:

Art. 8º Incumbe às CNCDO's:

I - coordenar as atividades de transplantes no âmbito estadual ou distrital;

II - promover e fornecer as ferramentas para inscrição de potenciais receptores, com todas as indicações necessárias a sua rápida localização e à verificação de compatibilidade do respectivo organismo para o transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes disponíveis de que necessite;

III - classificar os potenciais receptores e agrupá-los segundo as indicações do inciso anterior, em ordem estabelecida pela data de inscrição, fornecendo-lhes o necessário comprovante;

IV - manter atualizado o sistema de informações disponibilizado pelo SNT com as inscrições que efetuar para a organização do cadastro nacional de potenciais receptores;

V - receber notificações de morte encefálica ou outra que enseje a retirada de tecidos, órgãos e partes para transplante, ocorrida em sua área de atuação;

VI - determinar o encaminhamento e providenciar o transporte de tecidos, órgãos e partes retiradas ao estabelecimento de saúde autorizado, em que se encontrar o receptor selecionado, observado o disposto no inciso III deste artigo e em instruções deste Regulamento;

VII - notificar a CNT de órgãos, tecidos e partes do corpo não utilizáveis entre os potenciais receptores inscritos em seus registros, para utilização entre os relacionados no cadastro nacional;

VIII - encaminhar relatórios anuais à CGSNT sobre o desenvolvimento das atividades de transplante em sua área de atuação;

IX - exercer controle e fiscalização sobre as atividades de que trata este Regulamento;

X - aplicar penalidades administrativas por infração às disposições da Lei nº 9.434, de 1997;

XI - suspender, cautelarmente, pelo prazo máximo de sessenta dias, estabelecimentos e equipes especializadas, antes ou no curso do processo de apuração de infração que tenham cometido, se, pelos indícios conhecidos, houver fundadas razões de continuidade de risco de vida ou de agravos intoleráveis à saúde das pessoas.

para urgência e emergência e hospitais transplantadores, conforme disposição da Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes)³⁰. Essas comissões desenvolvem, em seus hospitais, o processo imediato de identificação de potenciais doadores em morte encefálica ou óbito com coração parado, a abordagem familiar para a autorização da doação, além da triagem clínica e sorológica. Também articulam com a CNCDO estadual e/ou nacional a formalização da documentação

³⁰ Art. 16. São atribuições da CIHDOTT:

- I - organizar, no âmbito do estabelecimento de saúde, o protocolo assistencial de doação de órgãos;
- II - criar rotinas para oferecer aos familiares de pacientes falecidos no estabelecimento de saúde, e que não sejam potenciais doadores de órgãos, a possibilidade da doação de córneas e outros tecidos;
- III - articular-se com as equipes médicas do estabelecimento de saúde, especialmente as das Unidades de Tratamento Intensivo e Urgência e Emergência, no sentido de identificar os potenciais doadores e estimular seu adequado suporte para fins de doação;
- IV - articular-se com as equipes encarregadas da verificação de morte encefálica, visando assegurar que o processo seja ágil e eficiente, dentro de estritos parâmetros éticos;
- V - viabilizar a realização do diagnóstico de morte encefálica, conforme Resolução do CFM sobre o tema;
- VI - notificar e promover o registro de todos os casos com diagnóstico estabelecido de morte encefálica, mesmo daqueles que não se tratam de possíveis doadores de órgãos e tecidos, ou em que a doação não seja efetivada, com registro dos motivos da não-doação;
- VII - manter o registro do número de óbitos ocorridos em sua instituição;
- VIII - promover e organizar o acolhimento às famílias doadoras antes, durante e depois de todo o processo de doação no âmbito da instituição;
- IX - articular-se com os respectivos IML e SVO para, nos casos em que se aplique, agilizar o processo de necropsia dos doadores, facilitando, sempre que possível, a realização do procedimento no próprio estabelecimento de saúde, tão logo seja procedida a retirada dos órgãos;
- X - articular-se com as respectivas CNCDOs, OPOs e/ou bancos de tecidos de sua região, para organizar o processo de doação e captação de órgãos e tecidos;
- XI - arquivar, guardar adequadamente e enviar à CNCDO cópias dos documentos relativos ao doador, como identificação, protocolo de verificação de morte encefálica, termo de consentimento familiar livre e esclarecido, exames laboratoriais e outros eventualmente necessários à validação do doador, de acordo com a Lei nº 9.434, de 1997;
- XII - orientar e capacitar o setor responsável, no estabelecimento de saúde, pelo prontuário legal do doador quanto ao arquivamento dos documentos originais relativos à doação, como identificação, protocolo de verificação de morte encefálica, termo de consentimento familiar livre e esclarecido, exames laboratoriais e outros eventualmente necessários à validação do doador, de acordo com a Lei nº 9.434, de 1997;
- XIII - responsabilizar-se pela educação permanente dos funcionários da instituição sobre acolhimento familiar e demais aspectos do processo de doação e transplantes de órgãos, tecidos, células ou partes do corpo;
- XIV - manter os registros de suas intervenções e atividades diárias atualizados conforme os Formulários I e II do Anexo V a este Regulamento;
- XV - apresentar mensalmente os relatórios à CNCDO, conforme o Formulário III do Anexo V a este Regulamento;
- XVI - nos casos em que se aplique, articular-se com as demais instâncias intra e interinstitucionais no sentido de garantir aos candidatos a receptores de órgãos, tecidos, células ou partes do corpo o acesso às equipes especializadas de transplante, bem como auditar internamente a atualização junto à CNCDO das informações pertinentes a sua situação clínica e aos demais critérios necessários à seleção para alocação dos enxertos;
- XVII - acompanhar a produção e os resultados dos programas de transplantes de sua instituição, nos casos em que se apliquem, inclusive os registros de seguimento de doadores vivos;
- XVIII - implementar programas de qualidade e boas práticas relativas a todas as atividades que envolvam doação e transplantes de órgãos, tecidos, células ou partes do corpo;
- XIX - registrar, para cada processo de doação, informações constantes na Ata do Processo Doação/Transplante, do Formulário I do Anexo IV a este Regulamento.

necessária e o processo de retirada e transporte de órgãos e equipes, agilizando o procedimento de alocação do órgão a ser transplantado.³¹

Portanto, as organizações Sistema Único de Saúde e Sistema Nacional de Transplantes desempenham papel fundamental para a realização de procedimento definido como de alta complexidade no âmbito do sistema da saúde: o transplante de órgãos e tecidos, que representa questão decisiva à coletividade de seres humanos que aguardam pela vida na Lista Única de Receptores.

1.2 A POLÍTICA NACIONAL DE TRANSPLANTES: O ENFRENTAMENTO DA COMPLEXIDADE

O transplante de órgãos é considerado uma operação de alta complexidade e, por isso, demanda uma Política Nacional de Transplantes que, fundamentada na Lei nº 9.434/97, com alterações inseridas pela Lei nº 10.211/01, tem como diretrizes básicas a gratuidade da doação, a beneficência em relação aos receptores e não maleficência em relação aos doadores vivos, sendo que toda a política de transplante está coadunada com os ditames expressos nas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, que regem o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Lei nº 9.434/97 estabelece o critério da Lista Única de Espera, dispondo em seu artigo 10 que o *“transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”*. Da mesma forma, o Decreto nº 2.268/97 que regulamenta a Lei nº 9.437/97 (Política Nacional de Transplantes) define que a escolha do receptor depende de prévia inscrição na Lista Única de Espera, dispondo no §3º, do artigo 24, que *“o transplante dependerá, ainda, dos exames necessários à verificação de compatibilidade sanguínea e histocompatibilidade com o organismo de receptor inscrito, em lista de espera, nas CNCDOs”*.

O Decreto nº 2.268/97 estabelece como regra de definição do receptor a ordem cronológica de inscrição, observados os critérios de compatibilidade sanguínea e histocompatibilidade, dispondo no §4º, do artigo 24, que *“a CNCDO, em face das*

³¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema Nacional de Transplantes*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/integram.htm>> Acesso em: 13 fev. 2010.

informações que lhe serão passadas pela equipe de retirada, indicará a destinação dos tecidos, órgãos e partes removidos, em estrita observância à ordem de receptores inscritos, com compatibilidade para recebê-los”.

Todavia, a ordem cronológica de inscrição na Lista Única de Espera, prevista no referido §4º, não constitui o único fator determinante na definição do receptor, trata-se de uma regra que comporta exceções legais, como se vislumbra na disposição do §5º, do artigo 24, do Decreto nº 2.268/97, em que *“a ordem de inscrição, prevista no parágrafo anterior, poderá deixar de ser observada, se, em razão da distância e das condições de transporte, o tempo estimado de deslocamento do receptor selecionado tornar inviável o transplante de tecidos, órgãos ou partes retiradas ou se deles necessitar quem se encontre em iminência de óbito, segundo avaliação da CNCDO, observados os critérios estabelecidos pelo órgão central do SNT”.*

Ou seja: o critério cronológico sofre restrições, especialmente quando constatada pela avaliação da Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO a iminência de óbito do paciente.

A Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde regulamenta a alocação de órgãos e tecidos expressa pela Política Nacional de Transplantes e especifica os critérios do Sistema de Lista Única, estabelecendo em seu artigo 27 que *“todos os tecidos, órgãos, células ou partes do corpo obtidas de doador falecido que, para a sua destinação, contarem com potenciais receptores em regime de espera, deverão ser distribuídos conforme o Sistema de Lista Única”.*

O Sistema de Lista Única será constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país inscritos para recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo, e regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição deles a estes potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único - CTU³². Frisa-se que a Lista Única se constituirá de potenciais receptores, sendo que os dados clínicos dos candidatos a receptor constituem o Cadastro Técnico Único referente a cada tipo de órgão, de responsabilidade da equipe

³² Artigo 28 da Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes).

Art. 28. O Sistema de Lista Única será constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país inscritos para recebimento de cada tipo de órgão, tecido, célula ou parte do corpo, e regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição deles a estes potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único - CTU.

Parágrafo único. É vedado o transplante, com órgãos, tecidos, células ou partes do corpo humano, provenientes de qualquer tipo de doador, de potenciais receptores estrangeiros que não possuam visto de residência permanente no Brasil, salvo a existência de tratados internacionais em bases de reciprocidade.

autorizada a realizar atualização acerca da situação clínica dos pacientes listados, visando a correta seleção do receptor³³.

A Política Nacional de Transplantes estabelece a obrigatoriedade de todas as CNCDO's estaduais utilizarem o Sistema Informatizado de Gerenciamento – SIG do Sistema Nacional de Transplantes/Ministério da Saúde, a fim de operacionalizar a distribuição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes³⁴ através de um sistema de informação que viabiliza a alimentação dos dados clínicos dos potenciais receptores, a inserção de potenciais doadores e o regular gerenciamento das listas de espera em todo o território nacional, elementos indispensáveis à escolha do potencial receptor.

As Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO's realizam a definição do receptor através da Lista Única do Sistema Informatizado de Gerenciamento – SIG, composta por potenciais receptores dispostos em ordem cronológica de inscrição, por isso na ocorrência de um potencial receptor em condições clínicas de urgência para a realização do transplante, o estabelecimento de saúde deve comunicar à CNCDO, por meio formal, mediante aviso de recebimento, que autorize a precedência do paciente em relação à Lista Única do SIG, conforme dispõe o artigo 43 da Portaria nº 2.600/09 (Regulamento

³³Art. 29. Os dados clínicos dos candidatos a receptor, inscritos no Sistema de Lista Única, constituem o CTU referente a cada tipo de órgão, tecido ou parte do corpo humano, sendo que um mesmo paciente não poderá integrar dois cadastros, ao mesmo tempo, em diferentes CNCDO.

§ 1º É responsabilidade da equipe especializada autorizada para a realização de transplantes a manutenção e atualização das informações sobre a situação clínica dos pacientes por ela listados, em especial os dados que concernem aos critérios de seleção a serem utilizados para alocação do órgão ou tecido.

§ 2º Todos os potenciais receptores com indicação de transplante deverão estar inscritos no CTU, ainda que seu plano de tratamento seja transplante com doador vivo.

§ 3º Para cada órgão ou tecido disponível deve ser feita a correlação entre as características antropométricas, imunológicas, clínicas e sorológicas do doador falecido e o CTU correspondente, empregando-se os critérios específicos referentes a cada tipo de órgão, tecido, células ou partes do corpo humano, para a ordenação dos potenciais receptores quanto à precedência.

§ 4º A lista única se constituirá de potenciais receptores sem restrições no momento da distribuição de um órgão de doador falecido.

§ 5º Quando o receptor necessitar de órgãos diversos, ele deverá estar inscrito nas respectivas listas e o critério de distribuição de todos os órgãos será o definido pelo primeiro órgão ofertado.

§ 6º No âmbito estadual poderão ser adotados critérios adicionais que terão caráter suplementar, desde que não contrariem os princípios norteadores de distribuição expressos neste regulamento.

§ 7º No caso de equipes especializadas que declararem motivos de ordem técnica ou administrativa para a não realização dos transplantes, a CNCDO deverá receber a recusa formalmente e indicar uma instituição pública ou privada vinculada ao SUS, para a realização do transplante, com anuência do receptor já selecionado e da equipe referenciada.

§ 8º Na ocorrência da situação descrita no parágrafo anterior, a equipe que declarou a impossibilidade de realização do transplante será impedida de inscrever novos pacientes e terá o prazo de 7 (sete) dias para justificar a ocorrência que será analisada pela CNCDO, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para parecer conclusivo.

³⁴Artigo 37 da Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes).

Técnico do Sistema Nacional de Transplantes)³⁵, com o fito de priorizar o potencial receptor em estado de urgência quando da disponibilização de órgãos compatíveis.

Além disso, impende frisar que cada órgão possui critérios de urgência apreciados pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO que permitirão a priorização do potencial receptor na Lista Única de Espera, flexibilizando assim o critério da ordem cronológica diante da constatação da urgência pela CNCDO, conforme estabelecido na Portaria nº 2.600/09, com aspectos clínicos específicos para cada órgão³⁶.

Os potenciais receptores definidos como casos de urgência constam da Lista Única como priorizados e possuem a preferência quando da disponibilização de órgãos. Importante salientar que a disponibilização de órgãos depende da constatação de morte encefálica, conforme preconiza o artigo 3º da Lei nº 9.434/97, ou seja, a retirada *post mortem* de tecidos,

³⁵ Art. 43. Na ocorrência de um potencial receptor em condições clínicas de urgência para a realização do transplante, o estabelecimento de saúde ou equipes especializadas, deve comunicar à CNCDO, por meio formal, mediante aviso de recebimento, que autorize a precedência do paciente em relação à Lista Única do SIG.

³⁶ A Portaria nº 2.600/09 (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes) estabelece critérios de urgência para cada tipo de órgão, nota-se:

a) *Rins*: “Art. 60. É considerado critério de urgência a iminência de impossibilidade técnica total e permanente para obtenção de acesso para a realização de qualquer das modalidades de diálise”.

b) *Fígado*: “Art. 90. Serão considerados critérios de urgência, para priorização de potenciais receptores de fígado de doadores falecidos, as condições abaixo relacionadas:

I - insuficiência hepática aguda grave, definida como desenvolvimento de encefalopatia até 8 semanas após o início de icterícia em pacientes sem doença hepática pré-existente, que preencham critérios de indicação de transplante de fígado do King’s College ou Clichy (Quadro 3 ao final do Módulo) internados em Unidade de Terapia Intensiva;

II - não-funcionamento primário do enxerto transplantado, notificado à CNCDO até o 7º (sétimo) dia, inclusive, após o transplante;

III - pacientes anepáticos por trauma.

c) *Pulmão*: “Art. 98. É considerada condição de urgência o retransplante agudo indicado nas primeiras 48 horas após a realização do transplante.”

d) *Coração*: “Art. 104. São consideradas condições de urgência:

I - priorização por assistência circulatória/retransplante:

a) ventrículo artificial;

b) assistência ventricular direita e/ou esquerda;

c) balão intra-aórtico;

d) ventilação artificial por insuficiência cardíaca;

e) retransplante agudo; e

f) outras situações não previstas neste artigo serão devidamente analisadas pela CTE de onde o receptor encontra-se inscrito.

II - priorização por choque cardiogênico:

a) o paciente deve estar obrigatoriamente hospitalizado e em uso de droga(s) vasopressora(s);

b) deve ser informada a data da internação hospitalar, número do leito, princípio ativo e dose do vasopressor; e

c) para priorização, a dose de dopamina ou dobutamina deverá ser maior ou igual a 5 µg/kg/min, ou outra droga vasopressora em dose equivalente.”

e) *Córnea*: “Art. 107. Serão aceitos para inscrição em lista de espera para transplante de córnea, como condição de urgência, os potenciais receptores portadores de:

I - perfuração do globo ocular;

II - iminência de perfuração de córnea - decemetocele;

III - receptor com idade inferior a sete anos que apresente opacidade corneana bilateral;

IV - úlcera de córnea sem resposta a tratamento clínico; e

V - falência primária, até o nonagésimo (90º) dia consecutivo a realização do transplante, da realização do transplante com córnea viável para transplante óptico.”

órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica³⁷, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Ratificado o diagnóstico de morte encefálica, há a presença de um *potencial doador*, sendo obrigatória a todos os estabelecimentos de saúde a notificação à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos da unidade federada onde ocorrer a morte cerebral, conforme disposição do artigo 13 da Lei nº 9.434/97. Em seguida, a família do doador toma ciência da constatação de morte encefálica, sendo encaminhado um profissional de saúde para entrevista acerca da doação de órgãos, que com o auxílio da Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante irá guarnecer uma adequada entrevista familiar para solicitação da doação.

O artigo 4º da Lei nº 9.434/97, conforme alteração dada pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, determina que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, sendo assim imprescindível o consentimento da família autorizando a doação, não importando manifestações de vontade constantes em documentos, inexistindo o consentimento presumido. Por fim, é necessário o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.434/97.

Assim, definido o doador e o receptor, realiza-se através do Sistema Único de Saúde procedimento definido como de alta complexidade: o transplante, que permite a manutenção da vida dos expectadores da Lista Única de Espera. A alta complexidade não se refere apenas ao procedimento técnico realizado pelo Sistema Nacional de Transplantes, mas também pelo fato de que se está diante de recurso escasso (potenciais doadores) e de demanda elevada (potenciais receptores).

³⁷ Conforme a Resolução nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, de 8 de agosto de 1997, a morte encefálica é definida como a situação irreversível das funções respiratória e circulatória ou cessação irreversível de todas as funções do cérebro, incluindo o tronco cerebral, sendo necessária para sua caracterização o coma aperceptivo com ausência de atividades motora supra-espinal e apnéia. Ainda, os exames suplementares necessitam demonstrar a ausência de atividade elétrica cerebral; ou ausência de atividade metabólica cerebral; ou ausência de perfusão sanguínea cerebral.

A escassez é fator incontroverso na Lista Única de Espera para transplantes, em estudo sobre a política de transplantes no Brasil foi constatado que apenas de 1 a 4% das pessoas que morrem em nosocômios e de 10 a 15% daquelas que morrem em unidades de cuidados intensivos apresentam o quadro de morte encefálica, sendo, portanto, potenciais doadores, chegando a uma taxa média global em torno de 50 a 60 por milhão de população por ano. Em contrapartida, a demanda é amazônica, estima-se que anualmente, em todo o mundo, em torno de 500.000 pacientes desenvolvam insuficiência renal crônica, 300.000 insuficiência cardíaca e 200.000 insuficiência hepática, provocando uma demanda, apenas destes órgãos, se todas as pessoas tivessem acesso ao tratamento, de um milhão de transplantes por ano.³⁸

O Sistema Nacional de Transplantes aponta a concretude da escassez, já que em 2007 a lista de espera encontrava-se composta por 69.053 pacientes³⁹, enquanto que no mesmo ano foram realizados um total de 18.431 transplantes⁴⁰, incluindo coração, córnea, fígado, pâncreas, rim, rim/pâncreas, pulmão, ossos, medula óssea e válvula cardíaca, segundo dados da ABTO – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, eis o quadro da escassez que redundava na inegável complexidade da questão envolta aos transplantes.

A complexidade, então, adquire contornos cristalinos nos transplantes, posto que os critérios seletivos na definição do receptor revelam a forma da complexidade consubstanciada na seleção de um expectador da Lista Única de Receptores em detrimento dos outros, mas como assinala Luhmann e De Giorgi, “la forma della complessità è allora la necessita di mantenere un collegamento solo selettivo tra gli elementi”⁴¹, sendo imprescindível os elementos seletivos em situações de manifesta complexidade.

Nessa linha, a diferenciação sistêmica, onde cada sistema funcional se diferencia dos demais sistemas pela função prioritária que exercita no sistema global – sociedade – contribui para a redução da complexidade, pois um sistema diferenciado fica privado de funções que o inflam excessivamente, tornando mais efetivo o seu amadurecimento na sociedade diferenciada e atribuindo as funções diversas a outros sistemas, como pressuposto de organização e estabilização da função social, como no caso do sistema da saúde, em que a função reside na consecução da saúde.

³⁸ GARCIA, Valter Duro. A política de transplantes no Brasil. *Revista da Academia Sul-Rio-Grandense de Medicina*, Porto Alegre, n. 50, p. 313-320, out.-dez. 2006.

³⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Lista de Espera para Transplante – Junho/2007*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes>> Acesso em: 29 mar. 2010.

⁴⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. *Registro Brasileiro de Transplantes: Gráficos 2007*. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/profissionais>> Acesso em: 11 mar. 2010.

⁴¹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1996, p.42.

[...] a forma da complexidade é, então, a necessidade de manter apenas uma ligação seletiva entre os elementos (tradução livre).

Ao selecionar as possibilidades de acordo com a função desempenhada na sociedade, o sistema da saúde reduz a complexidade para sobreviver no ambiente e, ao mesmo tempo, a quantidade de possibilidades internas cresce, aumentando a complexidade interna do sistema.

Nota-se:

Todo o ambiente apresenta para o sistema inúmeras possibilidades. De cada uma delas surgem várias outras, o que dá causa a um aumento de desordem e contingência. O sistema, então, seleciona apenas algumas possibilidades que lhe fazem sentido de acordo com a função que desempenha, tornando o ambiente menos complexo para ele. Se selecionasse todas elas, não sobreviveria. Deve simplificar a complexidade para conseguir se manter o ambiente. Ao mesmo tempo em que a complexidade do ambiente diminui, a sua aumenta internamente. Isso porque o número de possibilidades dentro dele passa a ser maior, podendo, inclusive, chegar a ponto de provocar sua autodiferenciação em subsistemas. Para dar conta da complexidade interna, o sistema se autodiferencia.⁴²

Não se pode olvidar que a complexidade do sistema resta associada à unidade e à necessidade de organização do sistema, ou seja, a Política Nacional de Transplantes enfrenta a complexidade da definição do receptor com a ideia de unidade de elementos seletivos e, por outro lado, com a concepção da diversidade, tendo em vista a variedade de critérios de seleção utilizados para a definição adequada do receptor, considerando a especificidade de cada expectador da Lista Única de Espera.

Nas palavras de Edgar Morin, a complexidade do sistema associada à unidade e a necessidade de organização do sistema:

A primeira e fundamental complexidade do sistema é associar em si a ideia de unidade, por um lado, e a de diversidade ou multiplicidade do outro, que, em princípio, se repelem e se excluem. O que é preciso compreender são as características da unidade complexa: um sistema é uma unidade global, não elementar, já que ele é formado por partes diversas inter-relacionadas. É uma unidade original, não original: ele dispõe de qualidades próprias e irreduzíveis, mas ele deve ser produzido, construído, organizado. É uma unidade individual, não indivisível: pode-se descompô-lo em elementos separados, mas então sua existência se decompõe. É uma unidade hegemônica, não homogênea: é constituído de elementos diversos, dotados de características próprias que ele tem em seu poder.⁴³

Na ótica de Niklas Luhmann “la complejidad no es una operación; no es algo que un sistema ejecute ni que suceda en él, sino que es un concepto de observación y de descripción

⁴² KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004, p. 125.

⁴³ MORIN, Edgar. *O Método 1 - A Natureza da Natureza*. Traduzido por Ilana Heineberg. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002, p.135.

– incluida la autoobservación y la autodescripción”⁴⁴ ou, em outras palavras, “la distinción que constituye a la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad”⁴⁵ e, por consectário, a diferença é o elemento que constitui um sistema funcionalmente diferenciado, que se distingue dos demais sistemas e do ambiente, a partir de seus próprios elementos.

Aliás, nas palavras de Michel King, pode-se dizer que “sistemas sociais diferentes se distinguem uns dos outros pelo sentido que cada um dá às relações e eventos no mundo social”⁴⁶ e, nessa concepção, inegável que a saúde compõe um sistema, pois o sentido que fornece às relações com a sociedade é único e fundamental, representado pela consecução da saúde e, por consequência direta, pela manutenção da vida.

Nesse sentido, o sistema da saúde é funcionalmente diferenciado e complexo, considerando-se por complexo “aquela soma de elementos, que em razão de uma limitação imanente de capacidade de conexão do sistema, já não possibilita que cada elemento permaneça sempre vinculado”⁴⁷, tanto que executa funções de elevada complexidade, em que limitação da capacidade é fato incontroverso, sendo a seletividade um elemento indispensável na manutenção da organização e da própria autorreprodução do sistema.

Na verdade, a necessidade vital do sistema de redução da complexidade é assegurada pela seletividade, pois a complexidade significa, acima de tudo, infinitas possibilidades ao sistema, dependendo assim da seleção das possibilidades para exercer sua função, no caso a consecução da saúde ou, especificamente, a definição de um único receptor para ser submetido ao transplante.

O comportamento social em um universo hipercomplexo e altamente contingente exige a efetivação de reduções de complexidade que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas, culminando com a generalização congruente de expectativas comportamentais, por meio de três dimensões: na *dimensão temporal*, tais estruturas de expectativas podem ser estabilizadas

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2007, p.101.

A complexidade não é uma operação; não é algo que um sistema execute nem que ocorra nele, mas sim é um conceito de observação e descrição – incluído a auto-observação e a autodescrição (tradução livre).

⁴⁵ Idem, ibidem.

A diferença que constitui a complexidade tem a forma de um paradoxo: a complexidade é a unidade de uma multiplicidade (tradução livre).

⁴⁶ KING, Michel. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p.79.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Traduzido por Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p.184.

contra frustrações através da normatização; na *dimensão social*, as estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros; na *dimensão prática*, essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma interrelação de confirmações e limitações recíprocas.⁴⁸

“Mas como é possível a redução da complexidade? A partir do momento em que nós temos um processo de tomada de decisão.”⁴⁹ A redução da complexidade depende da capacidade de seleção do sistema, como se depreende da explicação de Baraldi, Corsi e Esposito:

Reducción de complejidad significa mantenimiento selectivo de un ámbito de posibilidades con bases estructurales. Son las estructuras las que determinan cuánta complejidad interna puede crear y tolerar un sistema. El mantenimiento y la reducción de complejidad dependen de dichas estructuras, que preseleccionan las posibilidades de relacionar elementos entre sí.⁵⁰

Não se pode negar que os critérios de seleção apresentados pela Política Nacional dos Transplantes reduzem a complexidade em nível de otimização dos transplantes, tendo em vista estar-se diante de recurso escasso e de demanda gigantesca, representada pelas milhares de pessoas que aguardam na Lista Única de Receptores, pois os pontos seletivos na escolha do receptor incluem desde o fator de ordem cronológica de inscrição até os casos de estado clínico de urgência ou situações em que o tempo estimado de deslocamento do potencial receptor torna inviável o transplante, objetivando a tomada de decisão.

Raffaele De Giorgi, ao discorrer acerca da complexidade do sistema, elemento presente na definição do receptor de órgãos, aponta que “projetam-se sempre possibilidades de escolha maiores do que as opções efetivamente realizáveis. Aumentam sempre os riscos de que as escolhas não sejam as mais oportunas”⁵¹, sendo assim imprescindível adequados e

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-110.

⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre Autopoiese, Normativismo e Pluralismo Jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

⁵⁰ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p.45.

Redução de complexidade significa manutenção seletiva de um âmbito de possibilidades com bases estruturais. São as estruturas que determinam quanta complexidade interna pode criar e tolerar um sistema. A manutenção e redução de complexidade depende de ditas estruturas, que preseleccionam as possibilidades de relacionar elemento entre si (tradução livre).

⁵¹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Menelick de Carvalho Neto, Juliana Neuenschwander Magalhães e Celso Fernandes Campilongo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p.38-39.

precisos critérios de seleção no momento da definição do receptor, a fim de amenizar os riscos na escolha, posto que complexidade representa excesso de possibilidades reduzida apenas pelo processo de tomada de decisão, contingente por excelência.

Assim, indubitável que a Política Nacional de Transplantes enfrenta de forma direta a complexidade dos transplantes de órgãos e tecidos, criando mecanismos que possibilitam a seleção correta do receptor e, por consequência, reduzem a complexidade, viabilizando a consecução da função do sistema da saúde na realização de procedimento definido como de alta complexidade, em que se assegura precipuamente a vida do expectador apto ao transplante.

1.3 A AUTORREPRODUÇÃO DO SISTEMA DA SAÚDE ATRAVÉS DA AUTOPOIESE: PELA AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR

A expressão *autopoiesis*⁵² foi utilizada precipuamente por Varela e Maturana na seara biológica, com o fito de definir os sistemas biológicos como unidades que reproduzem seus elementos a partir de seus próprios elementos, tornando-se independentes do entorno, impondo-se a explicitação das bases dos sistemas vivos autopoieticos para compreender a autopoiesis dos sistemas sociais, nota-se:

1. A caracterização da unidade viva mínima não pode se fazer somente sobre a base de componentes materiais. A descrição da *organização* do vivo como configuração ou *pattern* é igualmente essencial. 2. A organização do vivo é, fundamentalmente, um mecanismo de constituição de sua identidade como entidade material. 3. O processo de constituição de identidade é *circular*: uma rede de produções metabólicas que, entre outras coisas, produzem uma membrana que torna possível a existência mesma da rede. Esta circularidade fundamental é portanto uma *autoprodução* única da unidade vivente em nível celular. O termo *autopoiese* designa essa organização mínima do vivo. 4. Toda interação da identidade autopoietica acontece não somente em termos de sua estrutura físico-química, mas também quanto unidade organizada, isto é, em referência a sua unidade autoproduzida. Aparece de maneira explícita um ponto de *referência* nas interações e, portanto, surge um novo nível de fenômenos: a constituição de significados. Os sistemas autopoieticos inauguram na natureza o fenômeno *interpretativo*. 5. A identidade autopoietica torna possível a evolução através de séries reprodutivas com variação estrutural com *conservação* de identidade. A constituição de identidade de um indivíduo antecede, empírica e logicamente, o processo de *evolução*.⁵³

⁵² A palavra autopoiesis vem do grego, *auto* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção, poesia).

⁵³ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas a seres vivos: Autopoiese – A Organização do Vivo*. Traduzido por Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 47.

Da área biológica para o campo social, tem-se que a expressão *autopoiesis* refere-se àqueles sistemas que produzem todos seus componentes elementares, os quais eclodem de uma cadeia destes mesmos elementos, diferenciando-se do ambiente e dos demais sistemas. Autopoiesis, sobretudo, é o modo de produção e reprodução dos sistemas sociais. Nas palavras de Baraldi, Corsi e Esposito:

En la decisión teórica en favor de la autopoiesis se obtienen revisiones notables en el campo de la teoría del conocimiento y de la epistemología em general. La introducción del concepto de autopoiesis ha significado un progreso decisivo respecto a las problemáticas de las autoorganizaciones: mientras que para estas últimas la autorreferencia del sistema se limitaba a la capacidad de constituir y modificar autónomamente las estructuras propias, ahora puede afirmarse que el sistema opera también autónomamente en la misma constitución de los propios elementos y por tanto, que todo aquello que se presenta en el sistema (elementos, procesos, estructuras y el sistema mismo) se genera de manera interna.⁵⁴

A capacidade de auto-observação aliada à necessária distinção do entorno e à autonomia intrínseca aos sistemas sociais consubstancia o requisito fundamental para o processo autopoietico, tendo em vista que o sistema mantém seus próprios limites através da auto-observação, sendo capaz de reproduzir em cada uma de suas operações a diferenciação dos outros sistemas funcionalmente diferenciados e do ambiente, num processo ininterrupto de comunicação.

A comunicação é a operação específica que permite a autopoiese dos sistemas sociais, pois não existe comunicação fora do sistema e somente através da comunicação o sistema social pode se abrir ao ambiente para observar, sendo que sempre o sistema se conservará autônomo, sem olvidar-se que interrelação sistêmica é essencial à evolução, pois “a autopoiesis não significa fechamento para o meio, e sim a forma particular com que uma informação repercute no interior de cada sistema”⁵⁵.

Leciona Niklas Luhmann acerca do *sim* e do *não* do processo comunicacional que, a bem verdade, denota uma tomada de decisão indispensável à autopoiese do sistema:

⁵⁴ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 34.

Na decisão teórica em favor da autopoiesis se obtém revisões notáveis no campo da teoria do conhecimento e da epistemologia em geral. A introdução do conceito de autopoiesis significou um progresso decisivo a respeito das problemáticas das auto-organizações: enquanto que para estas últimas a autorreferência do sistema se limitava à capacidade de constituir e modificar de forma autônoma as estruturas próprias, agora se pode afirmar que o sistema opera também de modo autônomo na mesma constituição dos próprios elementos e, portanto, que tudo aquilo que se apresenta no sistema (elementos, processos, estruturas e o sistema mesmo) se cria de maneira interna (tradução livre).

⁵⁵ LOPES JR, Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 20.

O processo comunicacional não deve obrigar a considerar a comunicação como um valor, mas deve estar sempre aberto à opção entre o *sim* e o *não*. [...] A comunicação está ajustada a uma sequencialidade temporal: não pode ficar estacionada em um único lugar, nem atolada em si mesma; a bifurcação abstrata do *sim* ou do *não* determina tal mobilidade, na medida em que qualquer dessas opções pode dar margem à continuidade da comunicação.⁵⁶

A comunicação é “*autopoiética* en la medida en que sólo se produce en relación recursiva con otras comunicaciones y, por tanto, sólo en un entramado a cuya reproducción concurre cada una de las comunicaciones”⁵⁷, por isso a comunicação é fundamental à autopoiesis sistêmica, explica-se:

La comunicación es la operación específica que identifica los sistemas sociales: no existe sistema social que no tenga como operación propia la comunicación y no existe comunicación fuera de los sistemas sociales. Ya que toda comunicación es una operación interna de un sistema social, entre los sistemas sociales y su entorno no existe comunicación. Ya que produce todo en la comunicación, un sistema social está cerrado respecto al entorno: no recibe información de este último. Mediante la operación de comunicación, un sistema social está sin embargo abierto al entorno, en el sentido que puede observar el entorno: el entorno se construye comunicativamente como información.⁵⁸

O elemento motriz dos sistemas sociais é a comunicação, logo a interação cognitiva não elide a auto-organização dos sistemas, mas, ao contrário, propicia a regeneração e sustentabilidade do sistema em relação ao meio. Como assinala Fritjof Capra:

Devido ao fato de que as redes de comunicação podem gerar laços de realimentação, elas podem adquirir a capacidade de regular a si mesmas. Por exemplo, uma comunidade que mantém uma rede ativa de comunicação aprenderá com os seus erros, pois as consequências de um erro se espalharão por toda a rede e retornarão para a fonte ao longo de laços de realimentação. Desse modo, a comunidade pode corrigir seus erros, regular a si mesma e organizar a si mesma. Realmente a auto-organização emergiu talvez como a concepção central da visão

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Traduzido por Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 307-308.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2007, p.58.

[...] autopoiética na medida em que somente se produz em relação recursiva com outras comunicações e, portanto, apenas em um tecido cuja reprodução concorre cada uma das comunicações (tradução livre).

⁵⁸ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 34.

A comunicação é a operação específica que identifica os sistemas sociais: não existe sistema social que não tenha como operação própria a comunicação e não existe comunicação fora dos sistemas sociais. Já que toda comunicação é uma operação interna de um sistema social, entre os sistemas sociais e seu ambiente não existe comunicação. Já que produz tudo na comunicação, um sistema social está fechado em respeito ao ambiente: não recebe informação deste último. Através da operação de comunicação, um sistema social está aberto ao ambiente, no sentido de que pode observar o ambiente (tradução livre).

sistêmica da vida, e, assim como as concepções de realimentação e auto-regulação, está estreitamente ligada a redes. O padrão da vida, poderíamos dizer, é um padrão de rede capaz de auto-organização.⁵⁹

O sistema produz a si mesmo, sendo que tal reprodução autopoietica redundante no surgimento de novos elementos e eleva a autorreferencialidade a critério vital à evolução dos sistemas e da própria sociedade. Acerca da autorreferencialidade como elemento sistêmico, impendem os dizeres de Gunther Teubner:

De fato, a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de autorreferencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente.⁶⁰

E não há como desconsiderar que pelo pressuposto sistêmico a sociedade contemporânea – poder-se-ia dizer, sociedade hipercomplexa – é composta por subsistemas funcionalmente diferenciados, que através da recursividade típica dos sistemas cria e recria de forma constante novas formas sociais, ou seja, a diferenciação sistêmica advém da função exercida pelo sistema social, onde cada sistema funcional se destoa dos demais sistemas pela função prioritária que exercita na sociedade, sendo o sistema da saúde detentor de função específica: a consecução da saúde, tornando-se um sistema funcionalmente diferenciado ou, melhor dizendo, um sistema autopoietico.

A saúde constitui um sistema porque dispõe de estruturas próprias capazes de potencializar a seletividade necessária à redução de complexidade e à regulação do próprio processo autopoietico do sistema, pois “un sistema que disponga de estructuras y procesos propios, podrá coordinar *todos* los elementos que produce y reproduce, con estas formas de potenciar la selectividad. De esta manera puede regular su propia autopoiesis”⁶¹.

Um sistema autopoietico, caso do sistema da saúde, possui a autonomia advinda da diferenciação funcional, porque consegue se autorreproduzir através do fechamento

⁵⁹ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 5.ed. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 78.

⁶⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 31.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoria*. Traduzido por Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990, p. 116.

[...] um sistema que disponha de estruturas e processos próprios, poderá coordenar *todos* os elementos que produz e reproduz, com estas formas de potencializar a seletividade. Desta maneira, pode regular sua própria autopoiesis (tradução livre).

operacional, alcançando a possibilidade de autorreprodução a partir de um código, ou seja, “sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzem a partir de um *código* e de uma *programação* própria”⁶². Aliás, “os sistemas criam o fechamento e o mantêm através de sua capacidade de distinguir certas formas de comunicação como a eles pertinentes e rejeitar outras como estando além de seus limites”⁶³.

Enfim, a autopoiesis do sistema da saúde expressa pela sua capacidade de autorreprodução mediante o fechamento operacional (clausura operativa) conduzido por um código viabiliza o exercício da função do sistema da saúde, qual seja: a consecução da saúde, incluindo os transplantes, procedimento de alta complexidade que garante o direito constitucional à vida.

O sistema social mantém sua rede evolutiva na medida em que acolhe para si a fração do ambiente necessária à autopoiesis do sistema, pois o entorno não modifica o interior do sistema, que é protegido pela clausura operacional, sendo que no caso do sistema da saúde, a fração ideal é representada pela unidade de diferenciação saúde/enfermidade, que torna possível o processo autopoietico. Na verdade, um sistema autopoietico possui elementos próprios que viabilizam sua autorreprodução, todavia tais elementos carecem da diferenciação advinda dos códigos, evidenciada no sistema da saúde pelo código binário saúde/enfermidade.

Todavia, repisa-se que a clausura operacional não significa isolamento, porque o sistema mantém conexão perene com o ambiente que, por sua vez, produz irritações comunicacionais nos sistemas, pois através da comunicação, o sistema absorverá e filtrará, mediante seu código específico, as influências externas, selecionando sua especificidade, trazendo-as para seu interior de forma recursiva e, após, o sistema processa as irritações externas através de sua clausura operativa interna.

A autopoiesis sistêmica garante que o sistema encontre a resposta adequada para a celeuma do caso concreto através da operação recursiva, ou seja, a solução advém do sistema autopoietico, pelo que a resposta à definição do receptor de órgão para transplante deve advir do sistema da saúde, com o fito de assegurar a autonomia do sistema e a sua própria diferença com o ambiente, pois “el sistema es autónomo no únicamente en el plano estructural, sino también en el plano operativo [...]. El sistema sólo puede constituir operaciones propias

⁶² ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre Autopoiese, Normativismo e Pluralismo Jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

⁶³ KING, Michel. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p.63.

haciendo enlaces con sus operaciones y anticipando ulteriores operaciones del propio sistema⁶⁴.

Ademais, pode-se asseverar que a autopoiesis sistêmica não tolera a sobreposição do código de um sistema social sobre outro, pois tal fato obsta que o sistema efetive seu fechamento operacional e, conseqüentemente, seja capaz de edificar sua identidade. Tal constatação não significa que a autopoiese dos sistemas seja sinônimo de desacoplamento entre sistemas e isolamento do ambiente, posto que o sistema não exclui o entorno, mas, ao contrário, o sistema se delimita perante seu entorno. Aliás, “con chiusura non si intende isolamento termodinamico, ma solo chiusura operativa, cioè il fatto che le operazioni proprie del sistema vengono rese ricorsivamente possibili dai risultati delle operazioni proprie del sistema”⁶⁵.

Autopoiesis indica apenas que o sistema deve produzir e reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem a partir de um regime de clausura operacional, observando-se que autorreferencialidade não se confunde com autonomia solipsista⁶⁶. Nesse sentido, esclarecedora a explicação de Niklas Luhmann:

Este concepto de sistema autorreferencial cerrado no está en contradicción con la apertura de los sistemas al entorno. La cerradura como manera operativa autorreferencial es más bien una forma de ampliación de los posibles contactos con el entorno; amplía su capacidad de contato en la medida en que constituye elementos determinables y con ello aumenta la complejidad del entorno posible para el sistema.⁶⁷

“La clausura operativa trae como consecuencia que el sistema esté determinado a la autoorganización. Sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2007, p.46.

O sistema é autônomo não unicamente no plano estrutural, mas sim também no plano operativo [...]. O sistema apenas pode constituir operações próprias fazendo ligações com suas operações e antecipando ulteriores operações do próprio sistema (tradução livre).

⁶⁵ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1996, p.31.

Por clausura não se entende isolamento termodinâmico fechado, mas apenas o fechamento operacional, que é o fato de que as operações próprias do sistema são recursivamente possibilitadas pelos resultados das operações próprias do sistema (tradução livre).

⁶⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 196-197.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Traduzido por Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 58.

Este conceito de sistema autorreferencial fechado não está em contradição com a abertura dos sistemas ao ambiente. O fechamento como maneira operativa autorreferencial é uma forma de ampliação das possibilidades de contato com o ambiente; amplia sua capacidade de contato na medida em que constitui elementos determináveis e com isso aumenta a complexidade do ambiente possível para o sistema (tradução livre).

mediante operaciones propias”⁶⁸, pelo que é possível concluir que a viabilidade de abertura é ministrada pela amplitude de complexidade que as operações fechadas podem assimilar, ou seja, a abertura ao entorno deriva, paradoxalmente, do próprio fechamento operacional. Em suma, quanto mais fechado é o sistema, mais suscetível a processar corretamente as informações oriundas do meio envolvente no momento de sua abertura cognitiva.

Ademais, um sistema autopoietico depende da clausura operacional para assegurar a própria autonomia, pois o que ocorre no sistema é determinado pela própria organização do sistema, nota-se:

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela redução reiterativa (recursiva) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura [...].⁶⁹

Os sistemas autopoieticos – sistema da saúde – são operativamente fechados, não obstante sejam cognitivamente abertos, isto é, “el sistema opera siempre, pero no exclusivamente, en una situación de autocontacto; funge como sistema abierto y cerrado al mismo tiempo”⁷⁰. Nesse sentido, impendem os dizeres de Edgar Morin acerca dos sistemas abertos e fechados:

Em primeiro lugar, um sistema considerado “fechado” (não operando trocas materiais/energéticas) não é uma entidade hermética em um espaço neutro. Ele não é nem isolado, nem isolável. Características aparentemente intrínsecas, como a massa, só podem ser definidas em função das interações gravitacionais ligando-as aos corpos e constituindo seu ambiente. Que dizer que o tecido de um sistema, mesmo que fechado, se funda em relações exteriores; se ele não é realmente “aberto”, ele não é totalmente “fechado”. Se todo sistema fechado não é realmente fechado, todo sistema aberto comporta seu fechamento. Pode-se até dizer: é quando há verdadeiramente abertura organizacional que há fechamento organizacional. Toda organização, no sentido em que ela impede tanto a hemorragia do sistema no ambiente quanto a invasão do ambiente no sistema, constitui um fenômeno de

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2007, p. 67.

A clausura operativa traz como consequência que o sistema esteja determinado à auto-organização. Suas próprias estruturas podem se construir e se transformar unicamente mediante operações próprias (tradução livre).

⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*: Introdução a uma teoria sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 59.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*: Lineamientos para una teoría general. Traduzido por Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 409.

O sistema opera sempre, porém não exclusivamente, em uma situação de autocontato, funcionando como sistema aberto e fechado ao mesmo tempo (tradução livre).

fechamento. E o fechamento organizacional é necessário, na medida em que, como sempre, qualquer ameaça interna abre às portas para a ameaça externa.⁷¹

Na verdade, o processo de diferenciação funcional faz o sistema se chocar com uma avassaladora produção de possibilidades que tornará iminente a busca de critérios seletivos criados pelo próprio sistema mediante operações reclusas. Nesse processo seletivo é que ocorre a abertura cognitiva do sistema, que depois se fecha para processar as influências externas, sem que isso redunde em desvirtuamento da clausura operacional. Nesse liame, Edgar Morin preconiza que “a ideia de autoprodução ou de auto-organização não exclui a dependência em relação ao mundo externo: pelo contrário, implica-a”⁷².

Em suma, o sistema autopoietico opera de forma fechada (clausura operativa) em seu interior, e, concomitantemente, realiza a abertura cognitiva às irritações do entorno, assim a clausura operativa garante a estabilidade funcional dos sistemas e uma ininterrupta diferenciação, bem como a abertura cognitiva viabiliza a comunicação com o ambiente e com os demais sistemas, perfectibilizando-se a autorreferencialidade dos sistemas autopoieticos. A clausura operacional é a condição de possibilidade à abertura cognitiva e à própria autonomia do sistema social, pois não há abertura sem fechamento.

Nota-se pela explicação tecida por Marcelo Neves:

A combinação de fechamento e abertura pode ser tratada sob duas perspectivas: (1) embora um sistema construtor e construído de sentido exerça o “controle das próprias possibilidades de negação por ocasião da produção dos próprios elementos” (fechamento), esse controle depende das condições de escolha entre o sim e o não do respectivo código sistêmico (abertura); (2) o controle das possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada).⁷³

Salienta-se que um sistema se diferencia funcionalmente através do seu código binário⁷⁴ que fornece as bases para a clausura operacional e, ao mesmo tempo, permite a abertura para o entorno, tendo o sistema da saúde fulcro no código saúde/enfermidade que

⁷¹ MORIN, Edgar. *O Método 1: a natureza da natureza*. Traduzido por Ilana Heineberg. 2.ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 169.

⁷² MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Traduzido por Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 283.

⁷³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 63.

⁷⁴ Os códigos binários constituem os elementos de filtração, porque a universalidade de informação do entorno adentra ao sistema através do código binário (sim/não) refletindo as possibilidades de inserção ou exclusão da informação que culminará, invariavelmente, numa carga suportável de desapontamentos.

orienta o sistema para a sua função: a saúde, pois se o sistema ignorasse o código enfermidade seria impossível observar o que é saúde. Ou seja, sem a diferenciação advinda do código binário saúde/enfermidade o sistema se estagnaria e jamais teria condições de se adaptar às influências e irritações do meio. E um sistema autopoietico não é estático, ao contrário, seu procedimento evolutivo é imprescindível à autocriação.

Assim, o código binário saúde/enfermidade é fundamental ao exercício da função do sistema autopoietico, porque a aplicação do código permite o processo de diferenciação e facilita as operações recursivas do sistema, bem como pode ser comparado a um filtro das influências externas advindas da abertura cognitiva, ressaltando-se que a função é o elemento diferenciador dos sistemas e é mantida através do código binário exclusivo da operatividade de cada sistema funcionalmente diferenciado, pois com base no código binário se alcança a diferenciação funcional de um sistema autopoietico.

A estrutura do código binário expressa a equivalência funcional, nota-se que resta presente nos códigos dos diferentes sistemas um valor positivo, que significa a capacidade comunicacional do sistema, e um valor negativo, que traduz a contingência da possível inclusão do valor negativo no sistema – sim/não –, excluindo terceiros valores e formando uma unidade que viabiliza o cumprimento da função do sistema.

A função de um sistema o torna independente e único na sociedade, porque “las funciones son siempre síntesis de una gran cantidad de posibilidades; son siempre puntos de vista de la comparación entre posibilidades realizadas y otras. En este sentido, sirven como expresión de unidad y diferencia”⁷⁵, como sucede na função desempenhada pelo sistema da saúde, evidenciada na consecução da saúde.

Nesse sentido, os códigos garantem o cumprimento da função sistêmica porque consubstanciam distinções necessárias à autorreprodução do sistema, tanto que Baraldi, Corsi e Esposito explicitam que “los códigos, por lo tanto, son distinciones con las que un sistema observa las propias operaciones y define su unidad: permiten reconocer cuáles operaciones contribuyen a su reproducción y cuáles no”⁷⁶, por isso viabilizam a diferenciação funcional e a autopoiesis do sistema, ademais se pode dizer que os códigos binários auxiliam a minimizar

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. Traduzido por Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 409.

[...] as funções são sempre sínteses de uma grande quantidade de possibilidades; são sempre pontos de vista da comparação entre possibilidades realizadas e outras. Neste sentido, servem como expressão de unidade e diferença (tradução livre).

⁷⁶ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 42.

[...] os códigos, portanto, são distinções com as quais um sistema observa suas próprias operações e define sua unidade: permitem reconhecer quais operações contribuem para sua reprodução e quais não contribuem.

a contingência ao formarem um filtro de seletividade na abertura cognitiva, pois definem quais operações podem adentrar a autorreprodução do sistema.

A clausura operacional do sistema autopoietico guiada pela codificação binária redundante na conclusão de que “en tales condiciones, cada una de las operaciones orientada al código contribuye a fijar los confines del sistema en las relaciones de lo que le es externo y a especificar las uniones internas”⁷⁷, assim o fechamento operativo dá-se pelos códigos binários que estabelecem limites aos sistemas, impedindo que o sistema se infle excessivamente de influências externas incompatíveis com seu código, a fim de garantir o cumprimento da função do sistema na sociedade.

E é justamente a clausura operacional norteada pelo código binário saúde/enfermidade que confere a autonomia imprescindível ao sistema da saúde para definir o receptor de órgão para transplante, já que com a consulta na base informatizada de dados clínicos dos pacientes que integram a Lista Única de Receptores é possível selecionar o paciente apto, sopesando os casos de urgência.

O código binário da saúde é definido pela bifurcação saúde/enfermidade, tendo em vista o valor positivo saúde e o valor negativo doença, todavia isso não significa dizer que a saúde seja unicamente ausência de doença, mas sim denota apenas a equivalência funcional necessária ao funcionamento do sistema, mediante a qual é possível observar o que seja saúde e assim realizar a função.

Pode-se afirmar que o código binário serve de limite à atuação do sistema, pois não existe sistema autopoietico sem limites de operação, haja vista ser impossível a um sistema abarcar infindáveis funções, tanto é assim que a função da saúde é tratada pelo sistema da saúde, um sistema diferenciado, capaz de assegurar a saúde através da aplicação de seu código binário saúde/enfermidade e de reconhecer que questões alheias ao seu código devem ser objeto de análise de outro sistema funcionalmente diferenciado.

Nessa linha, as palavras de Niklas Luhmann acerca dos limites de atuação dos sistemas:

De esta manera, el aumento del proceso de diferenciación del sistema ejerce efectos retroactivos sobre las posibilidades de ganancia de la información. Lo que funge como límite exterior del sistema no es un filtro que reduce la selección, sino, por el contrario, deja pasar más, si el sistema está estructurado de manera distinta al

⁷⁷ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 42.

Em tais condições, cada uma das operações orientada ao código contribui para fixar os limites do sistema nas relações do que é externo e a especificar as uniões internas (tradução livre).

entorno, se vuelve, a la vez, más sensible para el entorno, siempre que el esquema de diferenciación sea seleccionado adecuadamente para este incremento de función.⁷⁸

Assim, não se está querendo dizer que os limites inviabilizam a evolução do sistema social, mas sim que reduzem a complexidade e, ao mesmo tempo, propiciam o incremento da funcionalidade sistêmica, através de novos mecanismos que aperfeiçoam a função do sistema, especificamente do sistema da saúde que, constantemente, vislumbra a especialização funcional, por exemplo, realizando um procedimento de alta complexidade como o transplante de órgãos e tecidos.

A redução da complexidade, por meio da constante especialização funcional, nada mais significa do que assegurar uma sociedade cada vez mais complexa, como já dizia Garcia Amado “a gênese de sistemas não é nem mais nem menos que a especialização funcional para a redução da complexidade. Somente assim a sociedade poderá evoluir; somente assim a sociedade poderá fazer-se mais complexa”⁷⁹ e é isso que o sistema da saúde faz quando implementa o procedimento de alta complexidade dos transplantes através de mecanismos seletivos que viabilizam a correta definição do receptor, evitando erro na escolha do paciente.

E o sistema da saúde cumpre sua função de consecução da saúde no momento em que se orienta através do código binário, eis que aí reside seu elemento norteador da especialização funcional, pois ao sistema autopoietico da saúde pertence todos os dados que se coadunam com os dois pólos do código, o negativo (enfermidade) e o positivo (saúde), a fim de concretizar a função do sistema. Da mesma forma, quanto se está diante da realização de um procedimento de alta complexidade executado pelo sistema da saúde, como o caso dos transplantes, o cumprimento da função sistêmica de consecução da saúde se dará pela aplicação do código binário no processo de definição do receptor.

A Política Nacional de Transplantes é pautada pela aplicação do código binário saúde/enfermidade, tanto é assim que um transplante somente se realiza em pacientes inscritos em Lista Única de Espera, sendo que estes pacientes-expectadores possuem a inscrição

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. Traduzido por Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998, p. 186.

Desta forma, o aumento do processo de diferenciação do sistema exerce efeitos retroativos sobre as possibilidades de angariar a informação. O que serve como limite exterior do sistema não é um filtro que reduz a seleção, mas sim, ao contrário, deixa passar mais, se o sistema está estruturado de maneira diferenciada do ambiente, torna-se, por sua vez, mais sensível ao ambiente, sempre que o esquema de diferenciação seja selecionado adequadamente para este incremento de função (tradução livre).

⁷⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 307.

deferida após análise pelo Sistema Nacional de Transplantes de exames⁸⁰ clínicos que atestem a gravidade da moléstia (enfermidade) e a ausência de possibilidade de cura medicamentosa, sendo o transplante o único procedimento para assegurar a saúde do organismo humano (saúde).

O código saúde/enfermidade adentra desde o deferimento de inscrição no Cadastro Técnico Único de potenciais receptores até a definição do receptor, explica-se: o potencial receptor, inscrito no Sistema de Lista Única, é definido em razão da ordem cronológica, flexibilizada pela iminência de óbito do paciente ou na ocorrência de um potencial receptor em condições clínicas de urgência para a realização do transplante, segundo avaliação das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO.

Nota-se que verificada a ausência das condições temporais de manutenção da saúde do potencial receptor na Lista Única de Espera, em face da situação de urgência ou iminência de óbito causada pela enfermidade, o paciente é realocado como priorizado na Lista para a realização do transplante, objetivando a restauração da saúde.

Assim, é possível afirmar que o sistema da saúde possui autonomia para decidir acerca da definição do receptor, aplicando os elementos seletivos estabelecidos pela Política Nacional de Transplantes pautados pelo código saúde/enfermidade, priorizando o paciente inscrito na Lista Única que se encontra em quadro clínico de urgência, com o objetivo de implementar a função do sistema, qual seja: a consecução da saúde ou, pode-se dizer, no caso do transplante, a consecução da vida.

⁸⁰ O artigo 32, §10, da Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes) dispõe acerca da necessidade dos exames comuns para inscrição de receptor e exames específicos para cada órgão, a fim de viabilizar a inscrição na Lista Única.

2 O SISTEMA DO DIREITO: A ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS NORMATIVAS NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR E A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE VIA TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

Sin acoplamientos estructurales en la relación de los subsistemas sociales entre sí, el derecho – en el sentido del uso moderno de la palabra –, permanece como algo corrompido.⁸¹

A relação da saúde com o direito é fundamental à tutela do direito à saúde, especificamente no que tange à efetivação constitucional da saúde como um direito de todos e um dever do Estado, sendo necessário à consecução funcional do sistema o caráter normativo-jurídico das políticas de saúde pública – incluindo, por exemplo, a tutela jurídica de aplicação da norma que rege a Política Nacional de Transplantes.

E o direito nada mais é na sociedade do que um sistema funcional diferenciado que, quando instado à tutela do direito à saúde, deve responder com uma decisão que corresponda às normas que compõem o ordenamento jurídico destinado à proteção da saúde, como

⁸¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p.513.

Sem acoplamentos estruturais na relação dos subsistemas sociais entre si, o direito – no sentido do uso moderno da palavra –, permanece como algo corrompido (tradução livre).

explicita Eligio Resta “ao juiz pede-se que ‘decida’, que diga a última palavra na base da lei [...]”⁸². Assim, os elementos que integram o sistema jurídico são imprescindíveis à operacionalidade, expressos sinteticamente em:

a) as estruturas (cortes, aparatos, recursos materiais), b) normas (de regulação externa e de auto-regulação) e as expectativas (relacionadas às solicitações externas), c) os autores, a serem diferenciados em *repeat players*, isto é, os jogadores habituais (juízes togados e não togados, advogados, administradores, forças da ordem, e outros), e usuários aos quais o bem público é destinado.⁸³

Nesse sentido, as estruturas do sistema do direito são firmadas sob a ótica de expectativas recíprocas, salientando-se que a expectativa é a antecipação de uma possibilidade que pode ou não se implementar, explica-se: o sistema jurídico lida com uma dupla possibilidade, que comprova a contingência da decisão, sendo os desapontamentos das expectativas, por consectário, intrínsecos ao labor jurídico. Em outras palavras, pode-se afirmar que “o direito é definido funcionalmente como um sistema que utiliza as possibilidades de conflito para a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”⁸⁴.

“El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna, cuya función es mantener estables las expectativas aun en caso de que resulten vanas”⁸⁵, pelo que é possível afirmar que o sistema do direito tem a função de estabilizar as expectativas normativas, pois as expectativas podem ser *cognitivas* – em que ocorrendo a frustração é possível se adaptar à realidade, existindo uma predisposição de assimilação e *normativas* – em que existindo o dano a expectativa não é abandonada, sendo as normas expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos⁸⁶, posto que o desapontamento de uma expectativa cognitiva não demanda a aplicação de uma norma que sustente a expectativa, mas sim necessita da assimilação.

⁸² RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Traduzido por Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 100.

⁸³ *Idem*, p. 99.

⁸⁴ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 234.

⁸⁵ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 54.

O direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade moderna, cuja função é manter estáveis as expectativas mesmo que resultem vãs (tradução livre).

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

Logo, ao sistema do direito compete estabilizar as *expectativas normativas*, em que “satisfacción y decepción se consideran según la distinción entre comportamiento conforme (que satisface las expectativas) y comportamiento desviante (que las decepciona)”⁸⁷, suscitando a aplicação das normas, especialmente em casos de desapontamento, a fim de que seja possível confirmar a sustentação da expectativa e que o sistema do direito desempenhe a função principalmente através da dimensão temporal, sob o fundamento de que estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização.

Niklas Luhmann ressalta a relevância da função desempenhada pelo sistema do direito de estabilização de expectativas normativas:

En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas.⁸⁸

A estabilização das expectativas normativas através da norma redundando na inarredável conclusão de que “las normas sin embargo garantizan una delimitación de lo que puede esperarse en el tiempo y en este sentido limitan la libertad y separan claramente entre lo que es aceptable y lo que no es”⁸⁹ ou, em outras palavras, tem-se “a definição das normas como o conjunto de expectativas que procuram estabilizar/coordenar as condutas fáticas dos indivíduos que integram uma determinada coletividade”⁹⁰, garantindo assim o cumprimento da função do sistema do direito identificada com a manutenção estável das expectativas, mesmo diante da frustração.

⁸⁷ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 82.

[...] satisfação e decepção são considerados segundo a distinção entre comportamento conforme (que satisfaz as expectativas) e comportamento desviante (que decepciona as expectativas) (tradução livre).

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 188-189.

Em particular, é a função de estabilizar as expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social. O direito permite saber quais expectativas têm um respaldo social (e quais não). Existindo esta segurança conferida às expectativas, pode enfrentar as decepções da vida cotidiana; ou, pelo menos, pode ter certeza de ser desacreditado em relação às suas expectativas (tradução livre).

⁸⁹ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 54.

As regras, no entanto, garantem uma delimitação do que se pode esperar no tempo e, neste sentido, limitam a liberdade e separam claramente entre o que é aceitável e o que não é (tradução livre).

⁹⁰ TRINDADE, André. *Para Entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57.

Dessa forma, pode-se asseverar que as normas representam expectativas que visam estabilizar as condutas fáticas dos indivíduos e, por isso, devem ser perseguidas na operacionalidade do sistema jurídico, especialmente quando se está diante de tutela do direito à saúde via transplante de órgãos, pois a decisão judicial deve ser fundamentada na norma – representada no caso da definição do receptor de órgãos para transplante pela Lei nº 9.434/97, alterada pela Lei nº 10.211/01 (Política Nacional de Transplantes) – a fim de garantir o cumprimento da função do sistema jurídico de estabilizar expectativas.

É o que se depreende das palavras de Niklas Luhmann:

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruente e generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.⁹¹

Em outras palavras, o sistema do direito tem a função de representar um alívio para as expectativas, no intuito de reduzir o risco de frustração e, no caso da judicialização da definição do receptor, a tutela jurídica do direito à saúde enquanto expectativa apenas não será frustrada se o sistema jurídico atentar para a norma advinda da Política Nacional de Transplantes e para os caracteres clínicos apontados pelo sistema da saúde, através da organização do Sistema Nacional de Transplantes.

Contudo, observa-se que uma decisão do sistema do direito nunca carrega a certeza da segurança absoluta, mas reflete a redução da insegurança, na medida em que o Poder Judiciário, enquanto organização voltada à consecução das decisões do sistema do direito, operacionaliza decisões que visam minimizar a insegurança a níveis aceitáveis por uma sociedade *hipercomplexa* como a hodierna, em que as decisões do sistema jurídico não podem mais ser concebidas como atos isolados.

Leonel Severo Rocha explicita que a sociedade vivencia uma hipercomplexidade em que o sistema do direito não pode mais ter a pretensão de tomar decisões isoladas, nota-se:

Na perspectiva da teoria sistêmica, estamos vivenciando uma hipercomplexidade, já que os processos de autopoiesis dos sistemas sociais dinamizam-se intensamente para fazer frente a esta desorganização do poder e do Direito. A hipercomplexidade é a possibilidade de recorrer-se a diferentes sistemas para o enfrentamento de questões específicas. As organizações têm a função de tomar decisões a partir de

⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 267.

cada sistema, por exemplo, o Poder Judiciário é a organização encarregada de decidir desde o sistema do Direito. Não existe mais a pretensão de se tomar decisões isoladas. As decisões não dependem somente dos indivíduos, mas das organizações.⁹²

E é por isso que a interpretação realizada pelo juiz no momento da decisão não pode ser aleatória ou, em outras palavras, isolada como um ato de vontade⁹³, mas sim o julgador encontra-se sujeito à lei e ao texto constitucional. “A autorreferência – circularidade – do direito é indicada através da utilização da marca da validade. Ou seja, as decisões são legalmente válidas apenas com base em normas porque tais normas são válidas apenas quando implementadas por decisões”⁹⁴, depreendendo-se que a decisão não é fruto de um ato que não possui qualquer limite, ao contrário, a decisão jurídica deve ter limites e tais limitações são consubstanciadas nas leis infraconstitucionais e, acima de tudo, na Constituição Federal, sob pena de se admitir que a própria interpretação jurídica é infinita, aleatória, desordenada e facilmente moldável aos interesses particulares do intérprete.

Uma decisão adequada ao texto constitucional e às leis infraconstitucionais constitui direito fundamental do cidadão, a fim de que o sistema do direito cumpra a sua função de estabilizar expectativas através da prestação jurisdicional ou, em última instância, mediante a decisão. Ademais, não se pode olvidar que uma decisão interfere de forma direta na sociedade, por isso inadmissível ao sistema jurídico a manutenção de uma postura decisionista, em que o julgador decide de forma isolada, especialmente quando se está diante de um caso afeto às questões de sistema diverso, como ocorre no pedido judicial de liminar para viabilizar a burla na Lista Única de Espera para Transplantes.

⁹² ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCWARTZ, Germano. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46.

⁹³ Hans Kelsen evidenciou a interpretação como um ato de vontade no Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito* (1960), assim dispondo:

“Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda”.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394.

⁹⁴ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 236.

A garantia da tutela do direito à saúde via transplante de órgãos depende da adequada definição do receptor, o que exige do sistema jurídico uma operacionalidade fundamentada no código binário e nos programas, especialmente na aplicação da norma – Política Nacional de Transplantes – e uma interrelação com o sistema da saúde para que seja possível identificar a necessidade de obediência aos mecanismos clínicos de seletividade do potencial receptor, a fim de assegurar o *direito à saúde* dos pacientes da Lista Única de Receptores.

2.1 A OPERACIONALIDADE DO SISTEMA DO DIREITO NA ESCOLHA DO RECEPTOR: POR UMA ATUAÇÃO FUNDAMENTADA NO CÓDIGO BINÁRIO E NOS PROGRAMAS

O direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, compreendido como um sistema autopoietico, pois consegue se autorreproduzir a partir de um código próprio, o código binário direito/não-direito⁹⁵, orientando-se de forma permanente por esta distinção, isto é, “lo que no se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo”⁹⁶, o que significa dizer que o sistema do direito orienta suas comunicações através do esquema binário.

A diferenciação funcional é responsável por tornar o direito um sistema autopoietico, tendo em vista que a especialização da função implica na utilização exclusiva pelo sistema do direito de código binário próprio. Da mesma forma, ao constituir um sistema autopoietico, o direito é operacionalmente fechado – clausura operativa⁹⁷ –, o que não significa isolamento da sociedade ou dos demais sistemas funcionalmente diferenciados, mas tão somente que o sistema jurídico define seus próprios limites de atuação.

Nessa linha, esclarecedora a definição de Darío Rodríguez Mansilla:

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005.

⁹⁶ Idem, p. 117.

O que não pode ser ordenado ao abrigo do esquema de controle conforme a direito/não-direito, não pertence ao sistema jurídico, mas sim ao seu ambiente social: interno ou externo (tradução livre).

⁹⁷ Idem, p. 99.

Por operativamente fechados devem ser definidos os sistemas que, para a produção de suas próprias operações, referem-se à rede de suas próprias operações e, neste sentido, se reproduzem (tradução livre).

La diferenciación funcional hizo posible el derecho se transformara en un sistema autopoietico, operacionalmente cerrado y autorreferente. Esto, no obstante, no significa que se encuentre separado completamente de la sociedad o de otros subsistemas funcionales de la misma. Lo que sí significa, es que el sistema del derecho es quien define sus limites y su entorno relevante. En esta definición, también se considera que irritaciones de dicho entorno podrán gatillar cambios en el sistema del derecho. En otras palabras, es el próprio subsistema del derecho el que define qué es lo que acepta o rechaza de las proposiciones provenientes del entorno.⁹⁸

É no contexto de uma sociedade diferenciada que o direito deve desenvolver sua função de estabilização de expectativas normativas, valendo-se do código binário direito/não-direito e de programas⁹⁹, até mesmo pelo fato de que a “a gênese de sistemas não é nem mais nem menos que a especialização funcional para a redução da complexidade”¹⁰⁰ e, nesse sentido:

El sistema jurídico constituye y reproduce *unidades emergentes* (incluyéndose a sí mismo) que no existirían sin la unidad de operación. De esta manera, el sistema logra *una reducción de complejidad singularmente propia*, una operación selectiva frente a posibilidades inmensas que, aunque no se tomen en cuenta por ignorancia o por deliberación, *no interrumpen la autopoiesis del sistema*.¹⁰¹

⁹⁸ RODRÍGUEZ, Darío Mansilla. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 53.

A diferenciação funcional possibilitou ao direito ser transformado em um sistema autopoietico, operacionalmente fechado e autorreferencial. Isso, no entanto, não significa que são separados completamente da sociedade ou de outros subsistemas funcionais da sociedade. O que significa é que o sistema do direito é quem define seus limites e seu ambiente relevante. Essa definição também ressalta que irritações do ambiente podem desencadear mudanças no sistema do direito. Em outras palavras, é o próprio subsistema jurídico que define o que aceita ou rejeita das proposições advindas do ambiente (tradução livre).

⁹⁹ Acerca do significado do código e do programa em um sistema autopoietico, esclarecedora a seguinte explicação:

Em um sistema autopoietico diferenciado com base em um código binário, o código orienta as operações que reproduzem a unidade do sistema: regula a produção de diferenças e, assim, o processamento das informações pelo sistema. As operações vêm sempre cegamente e no seu nível não existe nenhuma forma de controle do sistema sobre seu proceder: o código, de fato, não fornece diretrizes para a ação, mas se limita a orientar as operações assegurando que se relacionem com as subseqüentes. A autorregulação e o autocontrole do sistema se desenvolvem no âmbito dos programas, que dirigem a observação das operações pelo próprio sistema, com base em distinções diferentes daquelas a que tais operações são dirigidas. Os programas definem as condições que devem ser cumpridas para que uma determinada operação possa ocorrer: por exemplo, estipulam que a atribuição do valor positivo do código é correta apenas em circunstâncias específicas (tradução livre).

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 132.

¹⁰⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 307.

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 117.

O sistema jurídico constitui e reproduz unidades emergentes (incluindo ele próprio) que não existiriam sem a unidade da operação. Desta forma, o sistema alcança uma redução de complexidade única, uma operação seletiva frente a possibilidades imensas que, embora não sejam consideradas por ignorância ou por deliberação, não interrompem a autopoiesis do sistema (tradução livre).

A especialização funcional do sistema do direito é fundamental para a própria evolução do sistema, pois viabiliza a redução da complexidade fornecendo, concomitantemente, as condições para a seleção das inúmeras possibilidades que adentram o sistema, o que proporciona ao sistema jurídico a possibilidade de torna-se mais complexo nas questões envoltas ao seu código binário, posto que diferenciado funcionalmente.

Por isso, afirma-se que “o sistema do Direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo. Em outras palavras, o sistema do Direito é autopoietico”¹⁰², ou seja, o sistema jurídico necessita simultaneamente da clausura operativa para manter a sua unidade e da abertura cognitiva para conservar a sua diferenciação constitutiva, podendo-se assegurar que o sistema do direito, enquanto sistema autopoietico, não é nem fechado nem aberto, como explicita Niklas Luhmann:

Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender e, por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto. Não se trata de uma contradição lógica, pois nós definimos clausura como reprodução recursiva e não como negação da abertura. A clausura torna-se muito melhor formulada como um paradoxo: o sistema é aberto *porque* é fechado, ou ainda, é fechado *porque* é aberto, e ele – se levamos em consideração a complexidade como variável de desenvolvimento – nunca está mais aberto que fechado, e nunca está mais fechado que aberto.¹⁰³

“Tais afirmações tornam evidente o seguinte paradoxo: o sistema jurídico é fechado porque é aberto, e aberto porque é fechado”¹⁰⁴, sendo operativamente fechado e cognitivamente aberto o sistema do direito consegue conservar a sua unidade de operação – reduzindo a complexidade – e, ao mesmo tempo, tem a capacidade de aprender com o ambiente, mantendo a diferenciação funcional e tornando suas operações internas mais complexas.

Impendem as observações de Dalmir Lopes Jr:

¹⁰² ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCWARTZ, Germano. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47.

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63-64.

¹⁰⁴ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 237.

A clausura operativa institui a validade do sistema jurídico e a orientação para aprender constitui a abertura cognitiva do sistema sobre o seu meio envolvente. A comunicação jurídica, orientada pelo código direito/não-direito, permite que o sistema jurídico crie sua própria realidade, permite a ele definir a fronteira que separa a comunicação de seu interior, da complexidade abundante que o meio fornece. Entretanto, todo o contato do sistema com seu meio é estabelecido sob a forma de uma expectativa cognitiva.¹⁰⁵

A clausura operativa constitui condição de possibilidade da autopoiesis do sistema, por isso o sistema deve apenas realizar a abertura cognitiva (aprendizagem), pelo simples fato de que “la clausura operativa significa únicamente que la autopoiesis del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema sólo puede ser reproducida con operaciones propias”¹⁰⁶ e, da mesma forma, “el sistema no puede operar en su entorno, por lo que tampoco posee la capacidad de vincularse a su entorno a través de operaciones propias”¹⁰⁷.

O fechamento operacional institui a validade do sistema jurídico e a orientação para aprender constitui a abertura cognitiva do sistema sobre o seu meio envolvente. A comunicação jurídica, orientada pelo código direito/não-direito, permite que o sistema jurídico crie sua própria realidade e defina a fronteira que separa a comunicação de seu interior da complexidade abundante que o meio fornece.

E a clausura operativa é garantida pelo código binário que diferencia o sistema do ambiente, pois “através da aceitação de um código binário (jurídico-antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei”¹⁰⁸, pelo que a própria diferenciação funcional do sistema do direito depende da codificação de seu paradoxo, como se depreende dos dizeres de Niklas Luhmann:

A codificação do sistema jurídico é dada por meio da diferença do direito e do não-direito e, a partir disso, os textos escritos sobre a reflexão interna do sistema podem ser mais precisos quanto a este enunciado. *O sistema jurídico se des-paradoxiza pela adoção desse código*. Trata-se da diferença do direito e do não-direito não

¹⁰⁵ LOPES JR., Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 27.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p.507.

[...] a clausura operacional significa unicamente que a autopoiesis do sistema apenas pode ser efetuada com operações próprias, que a unidade do sistema apenas pode ser reproduzida com operações próprias (tradução livre).

¹⁰⁷ Idem, ibidem.

[...] o sistema não pode operar em seu ambiente, pelo que tampouco possui a capacidade de se vincular ao seu ambiente através de operações próprias (tradução livre).

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Sequência*, Florianópolis, ano 15, n. 28, p.15-29, jun.1994, p.06.

como paradoxo, e sim como contradição. Tem-se então: não-direito contrapondo-se ao direito e vice-versa, ou ainda: não-direito \neq direito.¹⁰⁹

Assim, “o sistema jurídico seria autônomo apesar de todas suas dependências causais relativas ao seu ambiente social, enquanto nele, e somente nele, é decidido sobre o direito e o não-direito”¹¹⁰, tendo em vista que o sistema produz o sentido normativo através da sua base de sentido normativo, não obtendo-o do ambiente, mas sim através da reprodução recursiva advinda da clausura operativa. Aliás, “toda comunicação que se refere às normas jurídicas, nada mais é que comunicação interna e própria do sistema”¹¹¹, o que redundava na inafastável conclusão de que a comunicação com o ambiente deve ser concebida como cognitiva, porque o sistema do direito realiza a abertura cognitiva, justamente, para aprender e evoluir.

A abertura é meramente cognitiva, porque “é preciso que o sistema saia de si mesmo, tome referências externas, sem romper sua autorreferência normativa”¹¹², assegurando a normatividade fechada, ou seja, “a diferenciação do sistema jurídico num sistema autorreferencial e funcional da sociedade tem por consequência a impossibilidade de abrigar, no sistema, normas que seriam indisponíveis para ele”¹¹³ e, logicamente, não pode proferir decisão com base em normas indisponíveis para o sistema.

Juan Antonio Garcia Amado explica que a garantia de que a autorreferência normativa não será corrompida se evidencia mediante a presença simultânea do código próprio do sistema e dos programas, nota-se:

O código jurídico/antijurídico dá ao sistema sua clausura operativa, pois nenhum outro sistema trabalha com ele. Ao mesmo tempo, introduz os dois pólos de uma diferença, com o que se produz uma primeira limitação da contingência: sempre o que se oponha ao antijurídico será jurídico e vice-versa; e sempre que algo se afirme como jurídico não poderá afirmar-se ao mesmo tempo como antijurídico, e vice-versa. Mas, para dirimir a designação dos valores desse código aos dados exteriores a ele, os programas decisórios são necessários. Todo direito positivo é “programa”, as normas não são nada além de programas.¹¹⁴

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manhã e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 57.

¹¹⁰ Idem, p. 59.

¹¹¹ Idem, p. 63.

¹¹² AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manhã e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 335.

¹¹³ Idem, p. 66.

¹¹⁴ Idem, p. 335.

Nesse sentido, a judicialização da definição do receptor de órgãos na Lista Única de Receptores representa o abrigo no sistema do direito de normas que são indisponíveis para ele, consubstanciadas nos critérios clínicos de definição dos casos de urgência para percepção prioritária do transplante, definidos expressamente na Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes), com aspectos médicos específicos para cada órgão, critérios estes atinentes ao código binário do sistema da saúde.

Tais critérios de definição do receptor são indisponíveis ao sistema do direito, o que significa dizer que ao sistema jurídico é vedado julgar com base no código do sistema da saúde ou, especificamente, ao sistema do direito é defeso escolher o receptor de órgãos em detrimento do paciente definido pelo sistema da saúde com base no código binário saúde/enfermidade, salvo se suscitada eventual ilegalidade na definição do potencial receptor.

O sistema do direito não compreende as razões clínicas médicas estabelecidas pelo sistema da saúde que definem o receptor de órgãos e que também determinam os casos de urgência que merecem priorização pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO's, não podendo estabelecer um juízo embasado em caracteres de aferição médica. Repisa-se que as decisões advindas do sistema jurídico que respaldam a judicialização da definição do receptor para transplante utilizam o código saúde/enfermidade como elemento decisório, porém o sistema do direito deve operar sob o código direito/não-direito, tendo a função de sanar eventuais ilegalidades ocorridas na definição do receptor e não a de definir o receptor de órgãos.

Não se está querendo dizer que o sistema do direito não pode decidir, mas sim que o sistema do direito não pode decidir através do código binário próprio do sistema da saúde, haja vista o código constituir elemento essencial à diferenciação funcional, pois “si se empalma la clausura operativa a la binariedad, entonces con base en el código se puede llegar a la diferenciación de un sistema autopoietico”¹¹⁵.

“Logo, o sistema jurídico somente terá sua autonomia afetada quando o seu código estiver em perigo. Ou seja, quando começar a tomar decisões com base em códigos de outros subsistemas”¹¹⁶, que é exatamente o que ocorre quando o sistema do direito define, por meio

¹¹⁵ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 41. Se a clausura operativa for ligada à binariedade, então com base no código se pode chegar à diferenciação funcional de um sistema (tradução livre).

¹¹⁶ SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 107.

da decisão judicial, o receptor de órgãos, eis que toma a decisão de escolher o paciente-expectador com base no código saúde/enfermidade, alheio ao seu esquema binário.

O fim casuístico de deferir a determinado requerente o direito de realizar o transplante sem passar pelo crivo dos critérios de urgência definidos pelo sistema da saúde não constitui fundamento para uma decisão advinda do sistema do direito. “O juiz, por exemplo, não atua em razão de fins, senão a partir do cumprimento de certas condições desencadeadoras: as previstas na hipótese da norma”¹¹⁷, pois o julgamento fundamentado em premissas teleológicas, ponderações ou discricionariedade judicial¹¹⁸ apenas corrói a função do sistema do direito de estabilizar expectativas e impede a redução da complexidade, indispensável à especialização funcional do sistema.

Nas palavras de Antoine Garapon, o esquecimento do direito inicia na transgressão da norma pelo julgador em nome de uma pretensa moral, nota-se:

O esquecimento do direito começa aí, nessa transgressão comum da regra em nome de uma moral pretensamente superior. Doravante a justiça é procurada na praça pública, fora da mediação da regra e de um espaço próprio para a discussão, isto é, sem por recurso a um quadro, sensível e intelectual, que a realize. A força da regra de direito sai duplamente debilitada: no seu caráter obrigatório e no princípio ético que contém. A possibilidade de se colocar imediatamente no plano da sua oportunidade priva a regra de direito da sua primeira virtude que consiste na sua própria aplicação, sem que seja possível libertar-se ao reexaminar os seus próprios méritos. Tal atitude, raramente denunciada, dado que é adotada por aqueles que devem sancioná-la – os magistrados –, revela-se também extremamente perigosa para a moral: encoraja o cinismo, a hipocrisia e a impostura. De nada serve invocar o Estado de Direito, sem mais nem menos, quando se tomam tais distâncias em relação ao simples direito.¹¹⁹

¹¹⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 336.

¹¹⁸ Nesse sentido, imprescindível a crítica manejada por Lenio Luiz Streck à discricionariedade judicial: “A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação”.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 572-573.

“Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal. Nessa “guerra” entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus “domínios de sentido” – reside a morte do próprio sistema.”

STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.108-109.

¹¹⁹ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 68.

A ausência de aplicação da norma na fundamentação das decisões judiciais sob a justificativa meramente casuística faz com que o sistema do direito não cumpra sua função de estabilização de expectativas, pois como salienta Juan Antonio Garcia Amado os casos iguais não serão tratados de forma igual, eclodindo um direito puramente casuístico:

O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, i.e., que se tratem os casos iguais de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. E sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis.¹²⁰

Na verdade, não há como se admitir que o sistema do direito profira decisões judiciais puramente casuísticas, posto que tal significa aceitar a inoperância do sistema que não mais conseguirá cumprir sua função de assegurar as expectativas, exigindo-se que o sistema do direito julgue com fundamento em normas que lhe são disponíveis e observando os limites comunicativos advindos do código binário, pois é através do código que o sistema se determina como um subsistema autopoietico da sociedade.

Nesse sentido, “o sistema ganha operacionalidade em decorrência de sua clausura. Isso significa completude, coerência e precisão internas”¹²¹, sendo que clausura operativa depende intrinsecamente do código binário (direito/não-direito), que é responsável pela diferenciação do sistema do direito e pela manutenção de sua unidade, pois permite reconhecer quais operações contribuem ou não para a reprodução, sendo indispensável sua observância no momento da decisão judicial.

Ademais, “los programas del sistema jurídico (las leyes y los reglamentos) establecen por ejemplo a cuál de los dos contendientes en caso del litigio se ha de dar razón y a cuál se le han de considerar en error, y de qué cosas es necesario tener en cuenta para esa decisión”¹²², permitindo assim que o código do direito seja operativo e que os programas sejam elementos fundamentais à decisão advinda do sistema do direito, já que toda decisão deve perpassar os programas, fundamentando-se com base nas normas.

¹²⁰AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

¹²¹CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79.

¹²²BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 132.

[...] os programas do sistema jurídico (as lei e os regulamentos) estabelecem, por exemplo, qual dos dois litigantes tem a razão e qual tem que ser considerado em erro, e quais os elementos são necessários para essa decisão (tradução livre).

“Construído conforme programas condicionais, o direito subordina à obediência normativa a possibilidade de se perseguir bons fins, bem como, posteriormente, também fins úteis”¹²³, posto que a norma carrega o conteúdo teleológico e o direito deve observá-la no momento da decisão, haja vista o sistema do direito ser irreduzível a conteúdos de consciência, nota-se pelos dizeres de Raffaele De Giorgi:

O direito é um sistema social da comunicação que realiza sociedade e, portanto, é irreduzível a conteúdos de consciência e às suas exteriorizações: sujeitos e indivíduos. O sistema jurídico não opera conforme princípios aos quais ele possa ser reduzido como a unidade de suas distinções. A estrutura do sistema do direito não é fechada por um princípio. As suas operações se referem a distinções. A distinção construtiva do sistema é a distinção entre sistema e ambiente. O sistema mantém essa distinção através de sua clausura que é continuamente reproduzida por cada operação.¹²⁴

O sistema jurídico não se sustenta na motivação pessoal, pois como assevera Luhmann, “la organización de toma de decisiones no puede controlar su próprio sostén si se apoya en una cultura jurídica basada en la motivación personal”¹²⁵, por isso o dever do juiz de julgar em consonância com os programas, especialmente com obediência às normas.

No momento em que o juiz defere a decisão liminar para definir o receptor de órgãos não está julgando de acordo com os programas do sistema do direito, porque a norma estabelece a competência do sistema da saúde, através das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO’s, para definir o potencial receptor, incluindo os casos clínicos de urgência, o que resta expresso na Política Nacional de Transplantes (Lei nº 9.434/97, com alterações inseridas pela Lei nº 10.211/01) e no Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes (Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde).

Da mesma forma, quando o juiz define o receptor com base na alegada urgência do requerente está julgando em desobediência à norma, que define esta competência ao sistema da saúde e, além disso, em desconformidade com o código binário do sistema do direito (direito/não-direito), já que os critérios de urgência são aferidos pelas Centrais de Notificação,

¹²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 87.

¹²⁴ DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a Semântica da Racionalidade e da Experiência Jurídica. In: GIORGI, Raffaele De. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Traduzido por Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 95.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 205.

[...] a organização da tomada de decisões não pode controlar sua própria manutenção se está apoiada em uma cultura jurídica baseada na motivação pessoal (tradução pessoal).

Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO’s através da Lista Única de Receptores, que já contempla os Pacientes Priorizados.

Niklas Luhmann esclarece que “sólo el derecho puede decir lo que es derecho”¹²⁶, pelo que “si un jurista quiere reconocer si una comunicación pertenece o no al sistema jurídico, debe comprobar si dicha comunicación se ordena dentro de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, por consiguiente si entra en el dominio del código del derecho”¹²⁷, daí decorre a inequívoca necessidade de obediência ao código binário do sistema jurídico, para que seja possível ao juiz discernir o que é ou não comunicação jurídica, sendo defeso julgar com base no código binário de outro sistema.

Por isso, “todo el sistema de toma de decisiones en el derecho se sustenta en la reflexividad del proceso normativo”¹²⁸, o que assegura ao sistema do direito unidade e, poder-se-ia dizer autonomia, decorrente de sua clausura operativa – viabilizada pela observância ao código binário e pela aplicação dos programas –, além de garantir à sociedade decisões judiciais em conformidade com a norma, cumprindo assim sua função de estabilizar as expectativas normativas.

Assim, pode-se afirmar que o sistema do direito para cumprir sua função deve viabilizar uma decisão judicial que reste adstrita ao código binário e aos programas, sob pena de estar-se admitindo decisões que não propiciam a estabilização das expectativas normativas, como ocorre no deferimento da liminar de antecipação dos efeitos da tutela para definição do receptor de órgãos, ignorando o Sistema de Lista Única e a Lista de Pacientes Priorizados (casos de urgência definidos pela CNCDO) e, sobretudo, tornando inócua a operacionalidade do sistema da saúde.

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 106.

[...] apenas o direito pode dizer o que é direito (tradução livre).

¹²⁷ Idem, p. 116.

[...] se um jurista quer reconhecer se uma comunicação pertence ou não ao sistema jurídico, deve comprovar se dita comunicação se ordena dentro do que é conforme (ou discrepante) com o direito, por conseguinte se entra no domínio do código do direito (tradução livre).

¹²⁸ Idem, p. 203.

[...] todo o sistema de tomada de decisões no direito se sustenta na reflexividade do processo normativo (tradução livre).

2.2 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL À JUDICIALIZAÇÃO DA ESCOLHA DO RECEPTOR DE ÓRGÃOS: O JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA

A antecipação dos efeitos da tutela, introduzida no diploma processual civil pela Lei nº 8.952/94 como fomentadora da tutela satisfativa célere e como meio de relativização do contraditório prévio, constitui o grande mote da judicialização da escolha do receptor de órgãos na Lista Única para transplantes, posto que representa o instrumento processual viabilizador da interferência direta do sistema do direito na definição do paciente a ser transplantado.

A tutela antecipada somente é concedida nos casos em que existe a prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança¹²⁹ da alegação agregada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Diante do adimplemento das exigências previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela há de ser concedida, desde que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, nos termos do parágrafo 2º do citado artigo.¹³⁰

¹²⁹ A verossimilhança nas palavras de Warat:

“A verossimilhança é predicada sempre de enunciados cuja verdade se desconhece ou não se obteve legitimamente, mas que, de qualquer modo, aceita-se em função de certas crenças generalizadas ao nível popular e não científico pois, desta forma estaríamos em pleno dilema da verdade. O verossímil seria um tipo de afirmação que admitiria o contrário; sua verdade não submeteu-se à prova, mas postula o caráter de ser provavelmente verdadeira. Trata-se de um raciocínio, que provoca um efeito de verdade ou realidade, ou seja, algo é verossímil quando consegue provocar a representação de sua veracidade ou realidade.”

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito – Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. v.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 97.

¹³⁰ Art.273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Todo provimento antecipatório dos efeitos de uma sentença vindoura em demanda satisfativa deve apresentar os seguintes aspectos: a) juízo declaratório de verossimilhança, por meio do qual o julgador manifestará seu convencimento a respeito do *fumus boni iuris*, ou seja, o juiz deverá ter por verossímil o direito que o requerente manifestara como fundamento para o pedido; b) com base nesse juízo de probabilidade da existência verossímil do direito alegado pelo autor, o julgador proverá ordenando que se tomem medidas executivas ou mandamentais, em que haverão de consistir os efeitos antecipados.¹³¹

Na verdade, há tutela antecipatória porque o julgador se adianta para, antes da sentença, outorgar à parte um provimento que, pelo rito ordinário, somente poderia ocorrer após o exaurir da cognição; o que ocorre é que o magistrado antecipa efeitos fáticos inerentes à tutela jurisdicional vindicada, ofertando-se ao requerente uma situação jurídica que, conquanto talvez não seja a própria tutela pretendida, corresponda aos efeitos que teria a procedência da tutela jurisdicional ordinária.

Assim, pode-se afirmar que a antecipação dos efeitos da tutela se apóia no estado de urgência, explica-se:

A urgência, então, remete, em princípio, a um estado de coisas excepcional: a gravidade de uma situação íntima para que se aja imediatamente, se for preciso, à margem ou mesmo em violação dos processos ordinários. Há perigo na demora, e como se diz nestes casos, necessidade (urgência, dita a lei). Então, a urgência conota simultaneamente uma ideia de inquietação face ao risco grave e iminente e uma ideia de transgressão a respeito das instituições e das maneiras de fazer habituais. Logicamente, um registro como este deveria, pois, permanecer tão excepcional como as necessidades às quais pretende fazer face.¹³²

“Ao prometer o ‘imediato, imediatamente’, a urgência nutre uma cultura da impaciência que transforma qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer transição por um bloqueio institucional, criticável”¹³³, por isso as situações de urgência – temporalidade do excepcional – tornaram-se a regra – temporalidade normal –, erigindo-se assim como um remédio para todo e qualquer caso, generalizando-se.

Nota-se pela reflexão de François Ost as consequências da banalização das situações excepcionais da urgência:

¹³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 185.

¹³² OST, François. *O Tempo do Direito*. Traduzido por Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005, p. 331-332.

¹³³ Idem, p. 334-335.

Generalizando a exceção da urgência em nome de uma necessidade nunca muito distinta da simples oportunidade, é um campo virtualmente infinito que se abre à derrogação. No plano temporal, o efeito produzido não é somente de aceleração, mas também de inversão: em muitos casos, na urgência permitirá ao *imperium* (à força) que preceda a *jurisdictio* (o enunciado da regra), imunizando o fato cumprido em relação a um *exame* jurídico posterior.¹³⁴

Dessa forma, instaura-se o regime jurídico da urgência, em que todo anseio do indivíduo que bate às portas do Poder Judiciário não pode esperar, não pode ser preterido pelo anseio do outro em idêntica situação de urgência. É o que ocorre na judicialização da definição do receptor de órgãos, pois o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela com base na suposta urgência do requerente constituirá, invariavelmente, violação da urgência do outro expectador da Lista Única, já que o estado de urgência é comum a todos os integrantes da fila de transplantes ou, melhor dizendo, é imanente ao transplante de órgãos, visto como o último procedimento para garantia da vida dos pacientes que integram a Lista de Receptores.

A alteração do critério de alocação de órgãos perfectibilizada pela decisão interlocutória proferida pelo magistrado priorizando determinado paciente trará como consequência imediata o aumento do risco para todos os outros integrantes da Lista Única de Receptores, porque todos terão o seu angustiante tempo de espera prorrogado, havendo possibilidade de ocorrência do óbito. Nessa linha, Francisco Neto de Assis, presidente da Aliança Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos – ADOTE, assinala que “quando alguém na fila de espera dos transplantes é favorecido outros começam a perder o horizonte da esperança e podem estar sendo encaminhados para a fila da morte”¹³⁵.

Por isso, o propalado estado de urgência que serve de justificativa para o deferimento da liminar de antecipação dos efeitos da tutela não é condição excepcional do requerente, mas de todos os pacientes que integram a Lista Única e, além disso, não se pode olvidar que os casos clínicos de urgência, diagnosticados pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos permitem a priorização do potencial receptor na Lista Única de Espera, flexibilizando assim o critério cronológico, conforme previsão da Portaria nº 2.600/09 (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes).

Ademais, o substrato elementar da tutela antecipada é o apoio em juízos de probabilidade, no qual a certeza matemática exaustivamente perquirida pela ordinariedade cede lugar aos juízos de verossimilhança. E por verossímil entende-se a verdade possível,

¹³⁴ OST, François. *O Tempo do Direito*. Traduzido por Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005, p. 341.

¹³⁵ ASSIS NETO, Francisco. Sobre a fila dos transplantes. *Diário Popular*, Pelotas, fev. 2004. Disponível em: <http://www.diariopopular.com.br/12_02_04/artigo.html> Acesso em: 29 mar. 2010.

jamais a verdade absoluta engendrada pela ideologia anacrônica do racionalismo que fulmina com a efetividade processual.

O processualista Ovídio A. Baptista da Silva apregoa a impossibilidade de certezas matemáticas para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, partindo do pressuposto de que o processo não se alicerça em teoremas indubitáveis, asseverando que:

É um pressuposto de toda tutela preventiva que o juízo que a fundamenta sustente-se em critérios de *probabilidade*, no qual a certeza matemática cederá lugar aos juízos de *verossimilhança*. Se o magistrado deve prover para o que possa ocorrer no futuro, a sentença terá de apoiar-se em juízos hipotéticos. Em última análise, seu juízo será, nestes casos, necessariamente condicional, com o risco de a sentença não representar a vontade do legislador, mas a “vontade do juiz”, caso em que a sentença, dizia Hobbes, seria por definição “injusta”. A dificuldade encontrada pela tutela preventiva reside nisto.¹³⁶

A verossimilitude encontra embasamento em critérios da probabilidade, sob pena de aniquilamento do próprio instituto jurídico da tutela antecipada, que repele o contraditório prévio e visa assegurar a efetividade do provimento jurisdicional que pode perecer com a delonga da ordinaryidade. O procedimento ordinário necessariamente exige o decurso do tempo para atingir a cognição plena, porém tal dilação temporal é incompatível com a efetividade jurisdicional em voga, especificamente quando existe risco de extravio do direito a reclamar tutela urgente.

Nesses termos, o processualista Cândido Rangel Dinamarco:

Sabe-se também que a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelares e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que, no entanto fique excluído o contraditório, mas tão somente postergado.¹³⁷

A tutela antecipada demanda celeridade, mas “não se quer com isso dizer, que deve o juiz, ao arpejo da lei e do bom senso, passar por cima de tudo e de todos. Demanda aqui, uma proteção que não dispensa o verossímil e o provável”¹³⁸. Por isso, a prova inequívoca, exigência expressa ao deferimento da tutela antecipatória, deve ser aferida conjuntamente

¹³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 133.

¹³⁸ SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A Tutela Antecipada no Direito à Saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 128.

com os juízos de verossimilhança, podendo ser considerada como a prova idônea que reflete a conexão necessária com os fatos narrados pelo requerente, assegurando uma verdade possível, que embase o juízo da verossimilitude.

Logo, “o que a lei exige não é a prova de verdade absoluta – que, sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo da probabilidade do juízo de verdade”¹³⁹. Poder-se-ia dizer que a prova inequívoca constitui exigência para que o magistrado possa formar um juízo mínimo de convencimento acerca da necessidade premente da medida, assenta-se precipuamente no juízo de probabilidade de que a arguição do requerente será comprovada no curso do procedimento ordinário, no intuito também de não transformar a antecipação em regra geral, banalizando a finalidade do instituto.

Embora prova alguma seja absolutamente inequívoca, o que impediria, porquanto, a própria antecipação de tutela, não se pode deixar de considerar que a prova autorizadora do provimento antecipatório tem que ser suficiente à convicção do juízo de verossimilhança. A prova inequívoca fundante do provimento antecipatório na escolha do transplantando consubstancia-se em laudos e atestados médicos unilaterais diagnosticando o risco da permanência na lista de espera e a urgência na transplantação, algo intrínseco a todos os integrantes da Lista Única de Receptores.

Por óbvio, tal prova não tem o condão de formar o juízo verossímil, pois se trata de situação em que a verossimilitude resta presente nos dois pólos da demanda, já que laudos médicos privados atestando a necessidade emergencial de transplante podem ser alcançados por qualquer expectador da Lista Única, porque todos urgem pelo transplante de órgãos como única forma de sobrevivência.

Nesse sentido, apontando a prova para dois sentidos idênticos, ou seja, todos os seres humanos que integram a Lista Única urgem pelo transplante como única alternativa de sobrevivência, não cabe ao juiz decidir o caso individual sem pensar nos demais casos concretos idênticos, já que a convicção do estado de urgência que autoriza a precedência do paciente advém de decisão da Central de Transplantes, não de atestados médicos privados, pelo que assinala Marinoni:

A aceitação de que a prova *pode apontar em dois sentidos* e a consciência de que a convicção, apesar de não se submeter à lógica matemática, *deve ser demonstrada através de argumentos capazes de justificar racionalmente a decisão judicial*,

¹³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76.

enterra de vez por todas a ideia de pensá-las à distância do direito material e dos casos concretos que visam elucidar.¹⁴⁰

Por isso, o artigo 273, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil dispõe que a antecipação dos efeitos da tutela há de ser concedida, desde que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Todavia, a reversibilidade concerne aos consectários fáticos advindos do cumprimento da decisão, e não da decisão em si mesma, posto que a decisão é sempre reversível, o que redundaria na conclusão de que a reversibilidade deve corresponder ao retorno fático do *status quo ante*.

A reversibilidade da medida constitui algo impossível na definição do receptor de órgãos, haja vista inexistir forma de reposição ao estado anterior à providência, pois uma vez alocado o órgão, a esperança dos expectadores da Lista Única de Espera e principalmente daquele ser humano que ocupava a primeira posição de inscrição cronológica é esvaída, já que a situação de necessidade e verossimilitude é evidenciada em todos os integrantes da Lista Única de forma equivalente, sendo injusta a salvaguarda da necessidade de um em detrimento de muitos.

O professor Ovídio A. Baptista da Silva salienta que diante da igualdade de verossimilhança está o juiz autorizado a sacrificar o interesse considerado menos relevante em benefício do interesse de maior relevância, no caso, o interesse da coletividade de expectadores da Lista Única:

Pode ocorrer igualmente que o índice de verossimilhança de ambos os direitos em conflito seja equivalente, ou apresente diferenças pouco significativas, mas um deles tenha relevância, para o ordenamento jurídico, expressivamente superior à de seu antagonista. Neste caso – ante a “bilateralidade” do risco de dano irreparável que poderá ocorrer sempre que a não concessão da medida possa causar também um dano irreversível ao autor –, estará o juiz autorizado a sacrificar o interesse considerado menos relevante.¹⁴¹

A judicialização da definição do receptor se embasa no pedido de tutela antecipatória fundado no receio de dano irreparável ou de difícil reparação que na dicção de Fux, “à luz do princípio da satisfação específica, há risco de dano toda vez que a prestação possa frustrar-se pela demora natural do processo”¹⁴², surgindo como um risco de que a morosa prestação

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 226.

¹⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

¹⁴² FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 372.

jurisdicional possa conduzir a uma inocuidade, haja vista a alegação de urgência no provimento. Em contrapartida, deve-se considerar que a regra processual não permite ao Juízo, para elidir um perigo de dano, produzir outro de maior amplitude, afetando a coletividade representada pelos demais pacientes.

Sendo assim, deve ser sopesada a inviabilidade do Poder Judiciário em deferir a tutela antecipada para um em detrimento de outros que aguardam a mesma providência na fila única de espera, diante da insuficiência de meios para precisar se a situação de um é mais ou menos grave daqueles que se encontram nas primeiras posições da lista de receptores, levando-se em consideração ainda os bens da vida de mesma grandeza envoltos na celeuma, a irrefutável irreversibilidade da medida e a ausência de prova inequívoca, sob pena de deturpação do instituto jurídico da antecipação dos efeitos da tutela, que visa a efetividade processual e, por conseguinte, o respeito à dignidade dos litigantes e à própria fila única de transplantes, de interesse público indisponível.

Ou seja, admitir a utilização de critérios subjetivos na apreciação da prova inequívoca da verossimilhança redundaria em perigo de irreversibilidade da medida, considerando-se ainda que há lei federal que regulamenta o acesso à fila para recebimento de órgãos, na qual estão estabelecidos os critérios de gravidade e urgência, a julgamento da equipe médica autorizada pelo Sistema Nacional de Transplantes, conjugados com os critérios objetivos, quais sejam: antiguidade, compatibilidade sanguínea e anatômica.

Não cabe ao Judiciário, em sede de tutela antecipada, afastar razões eminentemente técnicas quanto à inclusão de pacientes em lista de transplante de órgãos, exceto quando há prova inequívoca de ilegalidade nos procedimentos de inclusão, com respaldo no fato de que a inobservância do critério cronológico somente poderá ocorrer mediante ordem oficial da autoridade competente, sob pena de se colocar em risco a vida de outras pessoas que aguardam, seguramente com a mesma aflição, a ordem cronológica estabelecida pela Política Nacional de Transplantes.

Repisa-se que os casos de urgência e priorização na fila única de espera encontram-se previstos na Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes) e são criteriosamente analisados pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos na definição do receptor, ou seja, a preterição do critério cronológico e a precedência dos pacientes que urgem pelo transplante é operacionalizada pela Central de Transplantes, não competindo ao Poder Judiciário, que sequer tem acesso à Lista de Pacientes Priorizados, interferir diretamente na escolha do potencial receptor.

Cabe inferir que a decisão interlocutória que defere a antecipação dos efeitos da tutela pode aniquilar com a vida de um expectador que se encontra na Lista de Pacientes Priorizados, já que o magistrado baseia-se exclusivamente nos dados unilaterais apresentados pelo requerente – que, logicamente, não se enquadraram nos critérios de urgência estabelecidos pela Portaria nº 2.600/09 – , sem consulta aos casos de urgência já estabelecidos pela Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos.

Além disso, o parágrafo 5º do Decreto nº 2.268/97, estabelece que a ordem de inscrição cronológica poderá deixar de ser observada se, em razão da distância e das condições de transporte, o tempo estimado de deslocamento do receptor selecionado tornar inviável o transplante. Ora, o magistrado quando defere a decisão de imediata realização do procedimento de transplantação não tem ciência do critério temporal na alocação do órgão, podendo, inclusive, frustrar o transplante em razão do perecimento do órgão no aguardo do receptor definido pelo Poder Judiciário.

Outro aspecto que pesa ao Judiciário é a implicação da decisão diante dos demais expectadores, como salienta Leo Pessini ao evidenciar os aspectos críticos no suprimento de órgãos para transplantes na relação demanda/necessidade, constatando a escassez de doadores frente à lista de espera, nota-se:

Nesse contexto é importante estabelecer a diferença entre necessidade e demanda. Pessoas com necessidade de um transplante são aquelas que: a) morrem do próprio problema que tornava o transplante necessário; b) são mantidas em condições terapêuticas ótimas na ausência de transplantes (por exemplo, diálises). Já a demanda é para aqueles pacientes que estão imediatamente esperando um transplante e constam das listas oficiais. Assim, as necessidades são, na realidade, bem superiores à demanda clínica.¹⁴³

Por isso, a definição do receptor constitui competência da Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO, com habilitação a determinar o paciente a ser transplantado, tendo condições de observar os casos de urgência insertos na Lista de Pacientes Priorizados, sendo que o limite de atuação do Poder Judiciário reside na competência da Central de Transplantes que confere à decisão de escolha do expectador um grau maior de credibilidade e aceitação, haja vista levar em consideração o quadro clínico dos demais integrantes da Lista Única de Espera. Enfim, conferir à Central de Transplantes a competência

¹⁴³ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 318.

na escolha do receptor de órgãos revela o respeito pelas demais pessoas que integram a fila única, já que a decisão importa diretamente na sobrevivência dos pacientes.

Portanto, a judicialização da definição do receptor de órgãos ocasiona a desestruturação do sistema da saúde, tendo em vista que os critérios de alocação delineados pela equipe médica responsável pela escolha do paciente a ser transplantado são literalmente nulificados, porque a decisão do sistema jurídico apenas considera as alegações noticiadas pelo requerente, colocando-se assim o sistema do direito à disposição de interesses individuais, mesmo diante de uma decisão de interesse público que reflete diretamente sobre a coletividade de integrantes da Lista Única de Receptores.

2.3 A CONSECUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR PARA TRANSPLANTE: PELOS CAMINHOS DA INTERRELAÇÃO SISTÊMICA

O sistema do direito exerce sua função de estabilização de expectativas normativas e, pode-se dizer, sua função de decisão¹⁴⁴, através da clausura operativa e da abertura cognitiva, afinal o direito não apenas deve supor a existência de seu entorno, mas deve ser capaz de se interrelacionar, possibilitando continuar dentro de sua própria autopoiese para, consequentemente, propiciar a regeneração e sustentabilidade do sistema em relação ao meio.

A forma de interrelação sistêmica é evidenciada pelo *acoplamento estrutural*, conceito originalmente formulado pelos biólogos chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, criadores da autopoiesis dos sistemas biológicos que fecundou o ideal de autorreprodução conciliado com a possibilidade de abertura ao entorno. Na verdade, o acoplamento estrutural do sistema com o ambiente não contribui com operações reprodutivas do sistema, ou seja, não ocorre a determinação do sistema pelo entorno, mas meras perturbações de um pelo outro, que são elas próprias construções internas dos sistemas autopoieticos que se exteriorizam ao ambiente. Por meio de tais irritações os sistemas são capazes de se abrir cognitivamente ao seu entorno, sem que isso afete a clausura operacional.

Nota-se pela explicação de Maturana e Varela:

¹⁴⁴ Nesse sentido:

“A clausura do Direito protege sua grande função: a decisão”.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.71.

Dado que também descrevemos a unidade autopoietica como tendo uma estrutura particular, ficará claro que as interações – se forem recorrentes entre unidade e meio – constituirão perturbações recíprocas. Nessas interações, a estrutura do meio apenas desencadeia as modificações estruturais das unidades autopoieticas (não as determina nem as informa). A recíproca é verdadeira em relação ao meio. O resultado será uma história de mudanças estruturais mútuas e concordantes, até que a unidade e o meio se desintegrem: haverá *acoplamento estrutural*.¹⁴⁵

Como salienta Marcelo Neves “os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais”¹⁴⁶ e permitem que o sistema reaja às irritações, aceitando-as ou rejeitando-as, situando-se “de maneira ortogonal à operação do sistema: ele seleciona o que pode acarretar efeitos no sistema e filtra aquilo que não convém que nele produza efeitos”¹⁴⁷, de modo que se torna possível a manutenção da autopoiesis, eis:

O acoplamento estrutural com o meio como condição de existência, abrange todas as dimensões das interações celulares e, portanto, também as que têm a ver com outras células. As células dos sistemas multicelulares normalmente existem em estreita junção com outras células, como meio de realização de sua autopoiese.¹⁴⁸

Logo, o acoplamento estrutural entre dois sistemas autopoieticos funda-se na relação estrutural, ou seja, atua no interior dos sistemas, em suas estruturas, e não no plano das operações, não se fundindo com o meio, mas apenas cumprindo sua função de perene irritação dos sistemas, como elucida Corsi, Baraldi e Esposito:

Cuando acontece un acoplamiento estructural entre dos sistemas, no significa que exista una fusión entre ellos o que haya una coordinación estable de las operaciones respectivas. El acoplamiento estructural se realiza en correspondencia con un evento, el cual desaparece en el momento mismo de su aparición: la coincidencia, por lo tanto, es sólo momentánea y no conforma una fusión entre las operaciones de los sistemas coludidos, en cuanto que vuelven a separarse inmediatamente después de su encuentro.¹⁴⁹

¹⁴⁵ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Traduzido por Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 87.

¹⁴⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Traduzido por Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 275.

¹⁴⁸ Idem, p. 88-89.

¹⁴⁹ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 20.

Quando acontece um acoplamento estrutural entre dois sistemas, não significa que exista uma fusão entre eles ou que haja uma coordenação estável das operações respectivas. O acoplamento estrutural se realiza em consonância com um evento, o qual desaparece no momento mesmo de sua aparição: a coincidência, portanto, é apenas momentânea e não consubstancia uma fusão entre as operações dos sistemas acoplados, enquanto que voltam a se separar imediatamente depois do seu encontro (tradução livre).

“El sistema se produce como una unidad que puede mantener interdependencias causales con el entorno de una determinada manera sin perder su capacidad de autorreproducción”¹⁵⁰.

Nessa linha, Jean Clam ressalta a necessidade perene de sociabilidade dos diferentes sistemas autopoieticos, sem prejuízo de sua clausura operacional:

Os diferentes sistemas não podem ser lidos, senão na sua *sociabilidade*, como as estruturas operativas temporalizadas da comunicação, desenhando-se sobre o fundo da contingência inesgotável e não-ultrapassável que é a sociedade. A sociedade é, como o mundo, o horizonte da sobrecomplexidade comunicacional possível, que suscita, sempre a sistematização autorreferencial – já que não encontra apoio fora dela mesma.¹⁵¹

A interrelação sistêmica perfectibilizada pelo acoplamento estrutural é representada por irritações aos sistemas, que continuam a operar com seus códigos próprios, sem prejuízo de sua clausura operativa, afinal, como assevera Canotilho “não há sobredeterminação, determinação em última instância de uns sistemas sobre os outros, mas retroagem indeterminadamente uns com os outros mantendo a sua própria autodeterminidade”¹⁵², algo indispensável às decisões judiciais que refletem diretamente no sistema da saúde.

A sociedade contemporânea vivencia uma hipercomplexidade, uma vez que os processos autopoieticos necessitam se dinamizar para enfrentar a abundância de possibilidades apresentadas ao direito, não existindo sistemas que prescindem da interrelação sistêmica. Nas palavras de Gunther Teubner:

Com efeito, não obstante cada sistema social possua o seu código e autopoiesis próprios, qualquer um deles participa na comunicação social geral, o que significa duas coisas: por um lado, que tais subsistemas não podem ultrapassar as fronteiras do discurso comunicativo geral e respectivas construções da realidade (se pretendem que as suas específicas comunicações sejam entendidas de todo em todo); por outro lado, que são possíveis articulações recíprocas pontuais e subliminares entre subsistemas que utilizam uma matéria-prima semelhante (sentido) nos atos individuais de comunicação.¹⁵³

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales. In: FISCHER, Hans Rudi; RETZER, Arnold; SCHWEIZER, Jochen (Org.). *El final de los grandes proyectos*. Traduzido por Javier Legris. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 118.

O sistema é produzido como uma unidade que pode manter interdependências causais com o meio de uma determinada maneira sem perder sua capacidade de autorreprodução (tradução livre).

¹⁵¹ CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.353.

¹⁵³ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 27.

Resta claro que o acoplamento estrutural “no determina lo que sucede en el sistema pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la *autopoiesis* se detendría y el sistema dejaría de existir”¹⁵⁴, além de cumprir a função de viabilizar a interrelação sistêmica, pois como afirma Jean Clam “o acoplamento estrutural é utilizado onde dois sistemas autônomos ou então autopoieticos interagem um com o outro”¹⁵⁵.

O acoplamento estrutural é indispensável à autopoiesis dos sistemas sociais, conforme menciona Niklas Luhmann, os sistemas autopoieticos “irritan sus posibilidades, mientras que la irritación recíproca intensiva asegura el mantenimiento de una compatibilidad satisfactoria”¹⁵⁶, posto que “sin acoplamientos estructurales en la relación de los subsistemas sociales entre sí, el derecho – en el sentido del uso moderno de la palabra –, permanece como algo corrompido”¹⁵⁷.

A autonomia¹⁵⁸ do sistema do direito não significa isolamento dos demais sistemas sociais, mas apenas denota que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem ter que utilizar o código de outro sistema para decidir, no entanto, o sistema do direito se acopla estruturalmente com os demais sistemas, a fim de que se reproduza mantendo contato com o externo, mas que opere com seu próprio código¹⁵⁹, jamais por critérios advindos de sistemas diversos.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2007, p.72.

[...] não determina o que ocorre no sistema, mas deve estar pressuposto, já que de outra maneira a *autopoiesis* pararia e o sistema deixaria de existir (tradução livre).

¹⁵⁵ CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Traduzido por Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 275.

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 566.

[...] irritan suas possibilidades, enquanto a irritação recíproca intensiva assegura a manutenção de uma compatibilidade satisfatória (tradução livre).

¹⁵⁷ Idem, p. 513.

[...] sem acoplamentos estruturais na relação dos subsistemas sociais entre si, o direito – no sentido do uso moderno da palavra –, permanece como algo corrompido (tradução livre).

¹⁵⁸ “Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia, nem de isolamento (causal)”.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 63.

¹⁵⁹ Em entrevista realizada com Niklas Luhmann no dia 05.09.1994, em Foz do Iguaçu (PR), foi ressaltado que no Brasil deve se dar importância para a observância do código binário do sistema jurídico, nota-se:

“Professor, para finalizar, poderia nos dar sua impressão sobre nosso País?”

Bem, é claro que aqui só posso dar uma opinião superficial, por não ser estudioso da sociedade brasileira. Essa, porém, não é a primeira vez que venho ao País, e notei, por exemplo, na linguagem utilizada na imprensa, palavras mais carregadas de indignação, menos ‘cordiais’, denunciando fatos como a corrupção, o que interpreto como um desenvolvimento benéfico, no sentido de se firmar no País o respeito a pautas objetivas de conduta. Nos termos da teoria de sistemas, diria que está se tornando mais importante no Brasil a observância do código lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*), essencial para que o Direito seja autopoietico, isto é, desempenhe sua função social atendendo a critérios estabelecidos por ele mesmo, e não, por outros sistemas funcionais, como o econômico ou o político”.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 100.

Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

O Direito, em uma sociedade com alta diferenciação funcional de seus sistemas internos, se mantém autônomo frente aos demais sistemas, como aqueles da moral, da economia, da política, da ciência, na medida em que continua operando com seu próprio código, e não por critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas. Ao mesmo tempo, sem que seus componentes percam seu conteúdo especificamente jurídico, para adotar outros, de natureza moral, política, econômica, etc., o sistema jurídico há de realizar o seu acoplamento estrutural com outros sistemas sociais.¹⁶⁰

Na função de gestão de conflitos, o sistema jurídico se confronta com eventos que advêm de diferentes sistemas sociais, nesse sentido é cognitivamente aberto, porém deve decidir (operar) pela clausura operativa através de seu código binário próprio. Assim, depreende-se da explicitação de Michel King:

Os acontecimentos do ambiente externo, uma vez ingressados no domínio das comunicações jurídicas transformam-se inevitavelmente ou são reconstruídos pelo Direito de forma que lhes permite converterem-se em eventos reconhecíveis como comunicações jurídicas que possibilitam a criação ou a confirmação de regras que governem tais eventos. Tão logo se estabeleça essa relação entre o Direito e eventos em outros sistemas, o caminho está aberto para que a relação continue e para futuros eventos no mundo social de natureza semelhante automaticamente causem o aparecimento de coisas semelhantes dentro do sistema jurídico. Na linguagem da teoria autopoietica, uma *perturbação* no ambiente social que penetre o sistema de sentidos do direito cria um *acoplamento estrutural*, no ponto de perturbação entre direito e quaisquer outros sistemas, tanto sociais quanto psíquicos, que hajam gerado perturbação.¹⁶¹

“A *autonomia* do sistema não é, então, nada mais do que *operar conforme o próprio código*”¹⁶², por isso quando dois sistemas autopoieticos perfazem o acoplamento estrutural a “autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento”¹⁶³, considerando-se ainda que o acoplamento estrutural faz crescer “a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as ‘chances de aprendizado’ (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes”¹⁶⁴, o que propicia a autopoiesis e a própria evolução cognitiva do sistema.

¹⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 70.

¹⁶¹ KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 86.

¹⁶² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 83.

¹⁶³ Idem, p. 98.

¹⁶⁴ Idem, ibidem.

Nesse sentido, assinala Marcelo Neves:

A capacidade de aprendizado (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e “veloz”. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exige a “digitalização” interna de informações proveniente do ambiente. A diferenciação do direito na sociedade não é outra coisa senão o resultado da medição dessas duas orientações. A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de afirmar-se com respeito a um fechamento indiferente ao ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e reciclar-se, sensível ao seu ambiente.¹⁶⁵

Assim, mesmo diante do acoplamento estrutural entre o sistema da saúde e o sistema do direito para assegurar a tutela do *direito à saúde* é importante ressaltar que a aprendizagem adquirida não altera o fato de os sistemas continuarem a operar com seus códigos próprios. A interrelação sistêmica não modifica ser competência exclusiva do sistema da saúde a constatação da doença e do tratamento, sendo vedado ao sistema do direito operar interferência.

Tal pode ser constatado na exemplificação proposta por Baraldi, Corsi e Esposito, em que resta claro que a interdependência não significa perda da autonomia do sistema:

Las interdependencias entre medicina y otros sistemas de función son muy importantes. El sistema de la medicina está estructuralmente acoplado con la economía, la ciencia, el sistema jurídico y etcétera: la curación médica necesita decisiones políticas, conocimientos científicos, financiamientos, regulación jurídica. Las interdependencias no anulan la autonomía del sistema de la medicina: pueden intervenir organizaciones laborales, sesiones parlamentares, comisiones éticas, sacerdotes, padres de familia, pero la construcción de la enfermedad (el diagnóstico y la curación, la información y los consejos) sigue siendo una materia de la medicina.¹⁶⁶

No momento em que o juiz defere a liminar que autoriza a “burla” para o requerente na Lista Única de Espera ocorre a perda de autonomia do sistema da saúde, pois a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO não apontou o caso do requerente

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 82.

¹⁶⁶ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 105.

As interdependências entre medicina e outros sistemas funcionais são muito importantes. O sistema da medicina está estruturalmente acoplado com a economia, a ciência, o sistema jurídico e etc.: o tratamento médico necessita decisões políticas, conhecimentos científicos, financiamientos, regulação jurídica. As interdependências não anulam a autonomia do sistema da medicina: podem intervir organizações trabalhistas, sessões parlamentares, comissões éticas, sacerdotes, pais de família, mas a construção da doença (o diagnóstico e o tratamento, a informação e os conselhos) segue sendo uma matéria da medicina (tradução livre).

como de urgência para priorização, mas o sistema do direito, baseado unicamente em laudo médico particular apresentado pelo autor, aponta o caso como de urgência e autoriza a precedência na Lista Única, ou seja, o sistema do direito opera diagnóstico acerca do estado clínico de urgência, decidindo com base no código do sistema da saúde (saúde/enfermidade).

“Por sua vez, uma vez editadas leis de conteúdo sanitário, o sistema jurídico deve responder aos problemas por seu código próprio Direito/Não-Direito”¹⁶⁷, isto é, a Política Nacional de Transplantes (Lei nº 9.434/97, com alterações inseridas pela Lei nº 10.211/01) e o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes (Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde) estabelecem a competência da Central de Transplantes para apontar os casos clínicos de urgência, a partir de exames periódicos realizados nos pacientes inscritos na Lista Única, sendo função do sistema do direito responder apenas com base no seu código binário, sanando eventual ilegalidade constatada na definição do receptor, mas não julgar com base em código diverso, apontando o caso clínico de urgência e, por consectário, definindo o receptor que ajuizou a demanda judicial em detrimento do paciente apontado pelo sistema da saúde como potencial receptor.

A observância do código binário do sistema do direito e do sistema da saúde é fundamental na tutela do *direito à saúde*, pois o direito à saúde é resultado do acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da saúde, como leciona Schwartz, referindo-se ao direito à saúde: “[...] do Direito advindo do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema sanitário: o Direito à saúde”¹⁶⁸.

Assim, o *direito à saúde* constitui fruto do acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da saúde e deve ser tutelado no momento da definição do receptor de órgãos para transplante, já que para a integralidade de expectadores da Lista Única o *direito à saúde* apenas é garantido com a realização do transplante.

A garantia do *direito à saúde* é expressa na Constituição Federal, tanto que o artigo 6º¹⁶⁹ elenca a saúde como um direito social¹⁷⁰ e o artigo 196 da Carta Magna, por sua vez,

¹⁶⁷ SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 74.

¹⁶⁸ Idem, p. 76.

¹⁶⁹ Art.6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁷⁰ Acerca da definição de direitos sociais: “Os direitos sociais devem ser identificados a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos a prestações públicas, que, materializadas por meio de serviços e ações do Poder Público, permitam que o indivíduo partilhe dos benefícios da vida em sociedade”.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p.62.

estabelece que este direito será garantido por meio de políticas públicas por parte do Estado.

Por isso, Andreas J. Krell afirma:

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹⁷¹

O *direito à saúde* é um direito fundamental constante do rol de direitos sociais – integrante do Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal¹⁷² –, pois como esclarece Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Os direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.¹⁷³

Importante ressaltar que o fato de o *direito à saúde* ser um direito fundamental não justifica o deferimento das liminares pelo Poder Judiciário para permitir a burla na Lista Única de Transplantes, em face de que não se pode cogitar a existência de direitos fundamentais absolutos partindo-se exclusivamente da análise do indivíduo, pois o direito fundamental à vida tem cunho coletivo, especialmente quando se está diante de seres humanos que necessitam do transplante como única forma de garantir a sobrevivência.

¹⁷¹ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19-20.

¹⁷² A Constituição é resultado do acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema do direito. É o que se depreende:

“No será sino hasta finales del siglo XVIII, en la periferia de Europa, en los estados de Norteamérica, cuando se invente la forma que garantiza, de manera eternamente novedosa, un acoplamiento estructural entre los sistemas jurídico y político, a saber: lo que desde entonces se conoce como Constitución”.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 540.

“A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as”.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.97.

“É claro, a Constituição promove uma espécie de acoplamento estrutural entre os dois sistemas, entre o sistema político e o sistema jurídico”.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 108.

¹⁷³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p.63.

Nesse sentido, a reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet acerca da perspectiva de restrições aos direitos subjetivos individuais, nota-se:

[...] a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes.¹⁷⁴

Além disso, tendo a Constituição Federal concebido o direito à saúde como direito fundamental, a consequência é a sua autoaplicabilidade, ou seja, as normas que o garantem têm aplicabilidade imediata¹⁷⁵, consoante disposição do §1º, do artigo 5º, da Carta Magna. “É também, a possibilidade de referi-la tanto como um direito fundamental quanto um direito subjetivo e, portanto oponível ao Estado em caso de descumprimento de seus preceitos”¹⁷⁶ que torna o direito à saúde uma obrigação de ordem constitucional a ser garantida pelo Estado.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 150.

¹⁷⁵ Destaca-se o julgamento do RE nº 271.286 pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a aplicabilidade imediata do artigo 196 da Constituição Federal, em acórdão de lavra do Ministro Celso de Mello:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

¹⁷⁶ SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 129-130.

E, pode-se dizer, como estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal, que o direito à saúde é garantido primeiro por políticas públicas, sendo a atuação do Poder Judiciário secundária, suscitada a inércia estatal ou a ilegalidade na aplicação das políticas, pois “as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação deste direito, e a atuação do Poder Judiciário ocorre em um momento posterior, onde se constata a não-ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde”¹⁷⁷.

Tendo em vista que a atuação do Poder Judiciário é secundária na garantia do direito à saúde, tem-se por incontroverso que as políticas públicas são o meio primeiro para a consecução da saúde e, nesse sentido, a Política Nacional de Transplantes deve ser aplicada de forma primária na definição do receptor, não sendo justificável ao Poder Judiciário proferir decisão liminar para definir o receptor sem atentar para a escolha advinda do Sistema Nacional de Transplantes, organização competente para aplicar a política pública de transplantes.

Além disso, o *direito à saúde* – advindo do acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da saúde – deve ser tutelado no momento da definição do receptor de órgão para transplante por ambos os sistemas, já que o direito à saúde, neste caso, se aproxima do direito à vida, devendo a decisão observar a repercussão para a coletividade de expectadores da Lista Única, já que todos têm o direito à saúde ou, no caso, o seu equivalente, o direito à vida, pois todos aguardam pelo transplante como única forma de assegurar a manutenção da vida.

Nesse sentido, Werner assinala a concepção equivalente do direito à saúde com o direito à vida e o fato inegável de que todo indivíduo tem o direito à saúde e a decisão deve considerar, caso a caso, a dimensão da repercussão geral da decisão individual proferida:

A lógica que predomina é simplificar o direito à saúde como equivalente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. É um direito individual subjetivo que não pode ser denegado de forma alguma; porém, todo indivíduo tem o direito à vida; todo indivíduo tem o direito à dignidade humana e todo indivíduo tem o direito à saúde. [...] O direito à saúde é um direito subjetivo com dimensão social, assim, no momento em que se o evoca para denegá-lo ou reconhecê-lo, a decisão deve considerar, caso a caso, a dimensão da repercussão geral da decisão individual proferida.¹⁷⁸

¹⁷⁷ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 57.

¹⁷⁸ WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde – O Desafio de Compreender um Direito com Duas Faces. *Revista de Direito Sanitário (CEPEDISA)*, São Paulo, v.09, n.02, p.92-131, jul.-out. 2008, p. 126-127.

Portanto, a tutela do *direito à saúde* no caso da definição do receptor de órgãos para transplante reflete o direito à saúde (direito à vida) da integralidade de pacientes inscritos na Lista Única e, por isso, deve ser assegurada pelo sistema do direito e pelo sistema da saúde, este primariamente competente para definir o receptor, já que executa a Política Nacional de Transplantes e aquele, secundariamente, acaso constatada ilegalidade na definição do receptor, através da aplicação do código lícito/ilícito, sob pena de estar exercendo uma função que compete ao sistema da saúde e, indubitavelmente, proferindo decisão judicial com base no código saúde/enfermidade, haja vista definir o receptor.

3 A DECISÃO JUDICIAL DA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR: COMPLEXIDADE, CONTINGÊNCIA E A NECESSIDADE DE REALIZAR A DIFERENÇA

Per noi, quindi, la decisione è un evento comunicativo e non qualcosa che ha luogo nella testa di un individuo.¹⁷⁹

A judicialização da definição do receptor de órgãos advém de decisão judicial do sistema do direito e, pode-se dizer, diante de um caso de alta complexidade com questões envoltas ao direito à saúde ou, especificamente, ao direito à vida, a decisão judicial, invariavelmente, refletirá sua própria contingência, pois a escolha do julgador foi eleita dentre a totalidade de possibilidades e, ao mesmo tempo, contra o horizonte de outras possibilidades dentre as quais aquela foi escolhida.

Nesse sentido, leciona Niklas Luhmann acerca da decisão:

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Traduzido por Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 116-117.

Para nós, a decisão é um evento comunicativo e não algo que acontece na mente de um indivíduo (tradução livre).

A diferencia de las simples acciones, las decisiones *tematizan* su propia contingencia y logran unidad por el hecho de que, *no obstante*, se definen de forma clara. Lo que actúa como unidad de la decisión (y en organizaciones, como elemento del sistema) es por lo tanto la *relación ajustada entre alternativas*. La identidad de un acto de decisión no se perfila, consecuentemente, sólo en la alternativa elegida, sino también contra el horizonte de otras posibilidades de entre las cuales aquélla ha sido preferida. De allí que cambie una decisión su calidad aun sin que haya cambios en el desarrollo por ella iniciado, cuando una alternativa olvidada o pasada por alto, surge repentinamente y debe ser posteriormente interpretada.¹⁸⁰

“Las decisiones son, por lo tanto – lo que es resultado de la tematización de la contingencia”¹⁸¹ e, em específico, nas decisões judiciais, já que todos os argumentos e causas que motivaram a decisão poderiam tomar, também, outra alternativa. Nota-se:

Un sistema que procesa sus operaciones internas mediante informaciones, siempre tiene a la vista también otras posibilidades. En el caso del sistema jurídico, esta orientación por contingencia se refuerza en la medida en que el sistema se encuentra ya inmerso en una mayor positivización del derecho. Porque con ello se da por concedido que todas las normas jurídicas y todas las decisiones, todas las causas y argumentos podrían tomar, también, otra forma – sin negar que lo sucede, sucede tal como sucede.¹⁸²

Aliás, como coloca Luhmann, a própria “idea de justicia se puede entender como *fórmula da contingencia* del sistema jurídico”¹⁸³, posto que “el concepto de fórmula de contingencia toma así el lugar de una gran cantidad de otros conceptos decisivos en la

¹⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traduzido por Darío Rodríguez Mansilla. México: Iberoamericana, 2005, p.11.

À diferença das simples ações, as decisões tematizam sua própria contingência e alcançam unidade pelo fato de que, não obstante, se definem de forma clara. O que atua como unidade da decisão (e em organizações, como elemento do sistema) é portanto a relação ajustada entre alternativas. A identidade de um ato de decisão não se perfila, consecuentemente, apenas na alternativa elegida, mas também contra o horizonte de outras possibilidades dentre as quais aquela foi escolhida. Daí a decisão de alterar sua qualidade ainda que haja mudanças no desenvolvimento por ela iniciado, quando uma alternativa esquecida ou negligenciada, surge repentinamente e deve ser posteriormente interpretada (tradução livre).

¹⁸¹ Idem, ibidem.

As decisões são, portanto – o que é resultado da tematização da contingência – muito mais sensível ao contexto que as ações (tradução livre).

¹⁸² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 282.

Um sistema que processa suas operações internas mediante informações, sempre tem em vista também outras possibilidades. No caso do sistema jurídico, esta orientação por contingência se reforça na medida em que o sistema se encontra já imerso em uma maior positivação do direito. Porque assim se tem por certo que todas as normas jurídicas e todas as decisões, todas as causas e argumentos poderiam ter, também, outra forma – sem negar que isso acontece, acontece tal como acontece (tradução livre).

¹⁸³ Idem, p. 280.

[...] ideia de justiça se pode entender como *fórmula da contingência* do sistema jurídico (tradução livre).

definición de justicia: virtud, principio, idea, valor...”¹⁸⁴, deprendendo-se de forma sintética que “la justicia se puede designar como consistencia de la toma de decisión”¹⁸⁵. Em suma: “Justiça, nessa perspectiva, não é a referência a valores suprapositivos, éticos ou metajurídicos. A justiça é a consistência adequada do processo decisório”¹⁸⁶.

E não se pode negar que a complexidade que adentra o sistema do direito é imensa, especialmente quando se coloca a obrigatoriedade de julgar uma demanda acerca da definição do receptor, mas como afirma Luhmann “sólo se puede hablar de justicia en el sentido de una complejidad adecuada en la toma de decisiones consistentes”¹⁸⁷, ou seja, a justiça reside em uma complexidade adequada (reduzida) no processo decisional, o que resultará em decisões fundamentadas e consistentes.

Niklas Luhmann observa que o sistema do direito deve reduzir complexidade para que as decisões judiciais possam ser consistentes, nota-se:

En su propia complejidad, el sistema jurídico no puede dar cuenta de todas las situaciones sociales. Tiene que reducir complejidad, como todo sistema en relación con el entorno, y proteger la construcción propia de complejidad mediante altos muros de indiferencia. Pero entonces, la reconstrucción interna del entorno puede resultar, no obstante, más o menos compleja. Sin embargo, tal complejidad interna sólo responde a la exigencia de justicia, en tanto sea compatible con la consistencia, en el momento de la toma de decisiones.¹⁸⁸

Além da necessária redução da complexidade, incontroverso que a própria decisão judicial é contingente e a justiça denota, resumidamente, a consistência da tomada de decisão, isto é, uma decisão advinda de uma situação de elevada complexidade, como a definição do receptor, será sempre contingente, mas representará, de certa forma, uma justiça, se a decisão judicial que indefere (ou defere) a antecipação da tutela for devidamente fundamentada com

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 280.

[...] o conceito de fórmula de contingência toma, portanto, o lugar de uma grande quantidade de outros conceitos decisivos na definição de justiça: virtude, princípio, ideia, valor... (tradução livre).

¹⁸⁵ Idem, p. 289.

[...] a justiça pode ser designada como consistência da tomada de decisão (tradução livre).

¹⁸⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 21-22.

¹⁸⁷ Idem, p. 287.

[...] somente é possível falar de justiça no sentido de uma complexidade adequada na tomada de decisões consistentes (tradução livre).

¹⁸⁸ Idem, ibidem.

Em sua própria complexidade, o sistema jurídico não pode dar conta de todas as situações sociais. Tem que reduzir complexidade, como todo sistema em relação com o meio, e proteger a construção própria de complexidade mediante muros altos de indiferença. Mas, então, a reconstrução interna do meio pode resultar, contudo, mais ou menos complexa. No entanto, tal complexidade interna somente responde à exigência de justiça, na medida em que seja compatível com a consistência, no momento da tomada de decisões (tradução livre).

argumentos advindos do sistema do direito, através da aplicação do código binário direito/não-direito, não pelo código do sistema da saúde (saúde/enfermidade), mediante a realização da diferença.

Atenta-se para a explicação de Luhmann de que a decisão deve ser observada mediante a diferenciação:

Le decisione sono osservazioni. Osservano mediante distinzione, che abbiamo chiamato alternative. La forma alternativa, quindi, è quella forma che fa di un'osservazione una decisione. La decisione indica quale lato dell'alternativa preferisca. Questo e nient'altro è il modo specifico del suo operare (autopoietico). Per questo, presumibilmente, rendere chiare le alternative per una decisione è molto più importante (e rapido) che non illustrare tutte le conseguenze di una determinata opzione.¹⁸⁹

Uma decisão judicial, portanto, é toda decisão que realiza a diferença mediante a incidência do código binário exclusivo do sistema do direito, como se depreende das palavras de Luhmann: “Las decisiones suponen para el observador de primer orden (incluso para el mismo que decide) aquello que produce la diferencia. Por eso se espera de ellas que sean racionales”¹⁹⁰.

Na dicção de Bahia e Simioni, a relevância da decisão judicial realizada com base no código binário:

Com isso fica claro que a decisão jurídica – gize-se: decisão realizada com base no código da diferença entre direito e não-direito –, é uma operação do sistema jurídico. É uma operação que faz parte do direito. É uma operação que se endereça, ela mesma, ao sistema jurídico como sistema/função de referência. Por mais que se possa ver, do ambiente do sistema jurídico, uma decisão jurídica como sorte, como inspiração divina (religião), como bela (arte), como pagamento (economia), como um ato de poder (política), como verdade (ciência) etc., ela continua a possuir a identidade da decisão jurídica na medida em que decidida com base no código “direito/não-direito”.¹⁹¹

¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Traduzido por Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 109.

A decisão é observação. Observada mediante distinção, que denominamos alternativa. A forma alternativa, em seguida, é aquela forma que faz de uma observação uma decisão. A decisão indica qual lado da alternativa foi preferido. Isso é a forma específica de sua operação (autopoietica). Por isso, provavelmente, tornar claras as alternativas para uma decisão é muito mais importante (e rápido) que não explicar todas as conseqüências de uma determinada escolha (tradução livre).

¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. El futuro como riesgo. In: BAUMAN, Zygmunt; GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LUHMANN, Niklas. *Las Consecuencias Perversas de La Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 169.

As decisões significam para o observador (mesmo para aquele que decide) o que faz a diferença. Por isso se espera delas que sejam racionais (tradução livre).

¹⁹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisões judiciais devem fazer diferença. *Revista Consultor Jurídico*, mai. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/decisoes-juridicas-levar-serio-valores-principios-constitucionais>> Acesso em: 10 ago.2010.

Assim, a decisão judicial que viabiliza a judicialização da definição do receptor não realiza a diferença, pois o julgador decide com base no código do sistema da saúde, quando, na verdade, para aplicar a fórmula da contingência que resulta numa justiça – vista como a consistência da tomada de decisão – deveria julgar através da aplicação do código binário da diferença entre direito e não-direito, que representa a identidade da decisão jurídica.

3.1 A INDECLINABILIDADE JURISDICIONAL: OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO X OBSERVÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (POLÍTICA NACIONAL DE TRANSPLANTES)

O pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela para viabilizar a “burla” na fila única de transplantes ou, em outras palavras, para determinar que o requerente seja escolhido como receptor, impõe ao sistema do direito a necessidade de *decidir*, pois o acesso à justiça constitui um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, com a seguinte dicção: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”.

Tal significa afirmar que ao juiz é defeso se negar a proferir decisão acerca do pedido de definição do receptor, trata-se da indeclinabilidade jurisdicional. Niklas Luhmann salienta o dever de decidir sobre toda e qualquer demanda que se apresenta ao Poder Judiciário como uma dupla negação, isto é, a *não-decisão não é permitida*, eis:

Do ponto de vista formal, o fato que nos chama a atenção, num primeiro momento, está em que a norma que proíbe a recusa da Justiça é estatuída como uma dupla negação sem conteúdo: a *não-decisão não é permitida*. Essa forma faz justiça à universalidade do princípio da proteção legal, que, por sua vez, corresponde à competência universal do sistema jurídico para todas as questões de Direito. Além disso, essa forma leva em consideração o fato de que não se pode antecipar, num sistema jurídico, quais as pendências que ele deverá resolver. O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente pode reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nesta base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições (*Anregungen*) de qualquer espécie, contanto que elas assumam uma forma jurídica. Assim, a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do “fechamento” (*Geschlossenheit*).¹⁹²

¹⁹² LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XVII, n. 49, p. 149-168, jul. 1990, p. 160-161.

Logo, não se coloca em questão a contrariedade à judicialização, haja vista a indeclinabilidade jurisdicional – a impossibilidade da *não-decisão* – como uma garantia constitucional, mas o que se propõe é a necessidade de decisões judiciais consistentes, que realizem a diferença por intermédio da incidência do código próprio do sistema do direito, não se admitindo uma judicialização com respostas advindas da corrupção dos códigos, julgando-se com base em código diverso do sistema jurídico, o que ocorre na judicialização da definição do receptor de órgãos.

Diante da obrigatoriedade decisional exige-se do julgador que não apresente qualquer resposta, mas uma resposta consistente e adequada ao sistema do direito e, por consectário, pode-se dizer, uma decisão digna à sociedade. Interessante a lição de Luhmann acerca da tomada de decisão pelo julgador, nota-se: “Como hay que decidir y fundamentar, entonces hay que acerlo con un mínimo de autodeterminación – que es indispensable para tomar la decisión de un caso concreto. Habrá que evitar la palabrería inútil”¹⁹³. Ou seja: o acesso à justiça deve espelhar não um acesso a *qualquer* justiça, mas um acesso à justiça da *decisão consistente*.

A decisão judicial consistente (justa) deve ser fundamentada no ordenamento jurídico vigente, pois “el juez aplica las leyes, obedece las instrucciones del legislador”¹⁹⁴ e isso não significa dizer que o magistrado não possui a liberdade de interpretar, ao contrário, a liberdade do juiz consiste na obediência às leis; a vinculação à lei é propriamente objeto de interpretação do juiz.

Celso Fernandes Campilongo resume a questão: “Um Judiciário obrigado a decidir conforme a lei está, por isso mesmo, legitimado a resistir às pressões políticas. A independência do Judiciário tem por preço sua dependência à lei”¹⁹⁵, como se infere também dos dizeres de Niklas Luhmann:

A posição dos Tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição. Os Tribunais são um lado dessa distinção; do outro lado encontramos a legislação. A própria distinção é vista como um instrumento de autodisciplina do sistema jurídico, com base em uma tradição que remonta à antiguidade. Ela impede que todas as questões jurídicas sejam decididas a partir de um ponto, a partir de um centro, que poderia servir simultaneamente de

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 280.

Como tem que decidir e fundamentar, então tem que realizar com um mínimo de autodeterminação – que é indispensável para tomar a decisão de um caso concreto. Terá que evitar a fala inútil (tradução livre).

¹⁹⁴ Idem, p. 364.

[...] o juiz aplica as leis, obedece as instruções do legislador (tradução livre).

¹⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

ponto de interferência a interesses sociais. No mundo antigo esse princípio se voltava contra a diferenciação segmentária dos amigos e parentes ‘mais próximos’ ou ‘mais distantes’ e, de maneira limitada, também contra a centralização do poder no topo da sociedade, portanto, contra a estratificação. Liberdade – também e precisamente a liberdade do Juiz – consiste em ter de obedecer apenas à lei.¹⁹⁶

Além disso, a liberdade do juiz de interpretar o caso deve ser balizada por critérios de justiça, no sentido de consistência das respostas e, especificamente, de que a decisão judicial deva aplicar a igualdade nos casos particulares, ou seja, aplicar as mesmas regras. Nota-se como Luhmann coloca a questão:

El juez se enfrenta a la doble exigencia: decidir sobre cada caso y decidir de manera justa – lo que por lo menos quiere decir: aplicar la igualdad en los casos particulares, es decir, aplicar las mismas reglas. Aquí, la interpretación de la ley – que en la competencia judicial desarrolla sus propias reglas –, debe ser justa. La *necesidad* de que se decida y la *libertad* que surge precisamente al buscar razones (cuestionables) para llegar a una decisión, resultan *restringidas* por los puntos de vista de la justicia. Y es esta triada de necesidad, libertad y restricción la que produce el derecho.¹⁹⁷

No deferimento liminar da antecipação dos efeitos da tutela para definir o receptor não se pode afirmar que a tríade necessidade – liberdade – restrição, tida por Luhmann como produtora do direito, esteja sendo executada, pois a restrição pelo ponto de vista da justiça (aplicar a igualdade nos casos particulares, aplicar as mesmas regras) não é adimplida, já que a decisão judicial não aplica as mesmas regras, fazendo distinção entre os expectadores da Lista Única no momento em que prioriza o requerente e, tampouco, aplica a igualdade no caso particular, haja vista todos os pacientes integrantes da Lista necessitarem do transplante como única forma de manutenção da vida e, também, considerando o fato de que a decisão não observa os casos de urgência priorizados pela Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO, operando flagrante desigualdade na aplicação da regra.

¹⁹⁶ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XVII, n. 49, p. 149-168, jul. 1990, p. 149-150.

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 366.

O juiz se depara com a dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa – que, pelo menos, quer dizer: aplicar a igualdade nos casos particulares, ou seja, aplicar as mesmas regras. Aqui, a interpretação da lei – que na competência judicial desenvolve suas próprias regras – deve ser justa. A *necessidade* de decidir e a *liberdade* que surge precisamente ao buscar razões (questionáveis) para chegar a uma decisão, resultam *limitadas* por pontos de vista da justiça. E é esta tríade de necessidade, liberdade e limitação a que produz o direito (tradução livre).

Assim, tendo em vista a necessidade (indeclinabilidade jurisdicional), pode-se asseverar que uma das restrições na liberdade de interpretação do julgador reside na legislação e, especialmente, no caso dos transplantes, na Política Nacional de Transplantes, constituindo política pública¹⁹⁸. A política pública é definida, sinteticamente, nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹⁹⁹

Bucci complementa ainda que “as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”²⁰⁰, pelo que se depreende serem as políticas públicas ações estatais coordenadas para garantir a promoção e proteção de direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente os direitos fundamentais, aí incluídos os direitos sociais, como o direito à saúde.

¹⁹⁸ Vale salientar definições acerca de *política pública*:

“Considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos”.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 232.

“Definindo-se, política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes”.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

“As políticas públicas devem ser vislumbradas como elementos para construir esta espécie de solicitude, fazendo como que cada cidadão possa ser ele próprio na comunidade e, ao mesmo tempo, possa haver uma comunidade. Os cidadãos como fazendo parte da polis, decorrente de ações governamentais de inclusão. [...] Fazer política pública é erigir espaços comunitários constitucionalmente democráticos, formal e substancialmente democráticos”.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 296-297.

¹⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

²⁰⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264.

O direito à saúde depende das políticas públicas para sua consecução, a fim de que sua aplicabilidade imediata concretize-se no mundo dos fatos, tanto é assim que Sueli Gandolfi Dallari considera a saúde pública como política de Estado, revelando a estreita ligação com a ideia de políticas públicas, nota-se:

A recordação do desenvolvimento recente do conceito de saúde pública revela sua estreita ligação com a ideia de políticas públicas. De fato, em todas as etapas de sua evolução se percebe a indispensável atuação do Estado para defender a saúde pública, configurando direitos e distribuindo bens e serviços. Especialmente em virtude de priorizar a verificação do comportamento das doenças e outros agravos nas populações e não nos indivíduos, a implementação de medidas de saúde pública sempre dependeu da organização social subjacente. Assim, sem qualquer receio de deslize metodológico, pode-se afirmar que, com a criação do Estado Moderno, a saúde pública é uma política de Estado.²⁰¹

E, tendo em vista que o transplante de órgãos e tecidos constitui questão de saúde pública, nada mais adequado do que o tratamento via política pública, instaurada através da Política Nacional de Transplantes (Lei nº 9.434/97 e alterações da Lei nº 10.211/01), pois como ação estatal as políticas públicas se valem precipuamente de normas jurídicas para a implementação de seus objetivos e diretrizes, como se vislumbra na política tangente aos transplantes.

A política pública como estrutura normativa de ação é vista na Política Nacional de Transplantes, expressa por lei, imbuída de força normativa, através da definição legal dos procedimentos de interesse público na alocação de órgãos e tecidos, o que viabiliza a realização dos direitos que a política visa proteger, no caso, o direito à saúde ou, em outras palavras, o direito à vida.

Nesse sentido, importante o esclarecimento tecido por Patrícia Helena Massa-Arzabe, acerca da política pública como estrutura normativa:

Mantendo-se no âmbito interno, as políticas públicas são conjuntos de ações e programas de ação governamental que se valem precipuamente de normas jurídicas para moldar e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos. A norma jurídica desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal dirigida. Por isso, a norma é fundamental no contexto presente tanto para viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger.²⁰²

²⁰¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.252.

²⁰² MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

Arnaud e Dulce ressaltam que a política pública somente possui normatividade jurídica por ser conferida pelo detentor do poder²⁰³ de decisão política (Legislativo e Executivo), caso da Política Nacional de Transplantes, verifica-se:

A política pública tira sua qualidade normativa do tipo de normatividade própria do modo de regulação escolhido para sua implementação; ela só tem normatividade jurídica pelo fato de que ela pode lhe ser conferida por quem tem o poder de decisão, tendo legitimidade para fazê-lo (legislador ou detentor do poder regulamentar).²⁰⁴

A Política Nacional de Transplantes se expressa mediante a força normativa da lei e, logicamente, advém de uma decisão do sistema político, que alcança vinculação coletiva, diferentemente de uma decisão judicial que vincula apenas as partes litigantes. Como assinala Luhmann: “El sistema político se mueve en un terreno totalmente diverso: trata de condensar la formación de las opiniones de tal manera que se puedan tomar decisiones que vinculen colectivamente”²⁰⁵.

A função do sistema político é, essencialmente, “mantener la capacidad de tomar decisiones que vinculen colectivamente”²⁰⁶, o que significa dizer que quem decide (detentor de poder) também se encontra vinculado ao que decide e, também, que as decisões advindas do sistema da política vinculam a coletividade, o que demanda explicitação:

1) Se trata de una comunicación que se presenta bajo la forma de decisiones, por tanto, que hace su aparición como algo que es contingente dado que no excluye la posibilidad de que se puedan cambiar las decisiones – aunque entonces se trate claramente de nuevas decisiones –. 2) La vinculación tiene que realizarse de manera efectiva independientemente de la racionalidad de la decisión, de su utilidad, de su validez normativa. Con la palabra *vinculación* se expresa que la decisión – una vez

²⁰³ Acerca do *poder*, impendem as palavras de Niklas Luhmann:

“É justamente nisto que consiste a função do poder: ele garante as cadeias possíveis de efeitos, independentemente da vontade do agente subalterno – quer queira quer não. A causalidade do poder consiste na neutralização da vontade, embora não necessariamente na ruptura da vontade do subalterno. Ela o atinge também e justamente quando este quer agir no mesmo sentido e vem a saber que teria que agir assim de qualquer modo. A função do poder consiste na regulação da contingência. Como qualquer outro código de meios, o código do poder se refere também a uma discrepância possível (!) – não necessariamente real – dos resultados seletivos de *Alter e Ego*, ao torná-los ‘iguais’”.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 11.

²⁰⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Traduzido por Eduardo Pellet Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 243.

²⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 490.

O sistema político se move em terreno totalmente diverso: trata de condensar a formação das opiniões de maneira que seja possível tomar decisões que vinculem coletivamente (tradução livre).

²⁰⁶ NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana, 2004, p. 143.

[...] manter a capacidade de tomar decisões que vinculem coletivamente (tradução livre).

decidida se convierte en premisa que no puede ser puesta en cuestión, aunque con ello no queda dicho que los estados futuros del sistema queden con ello prefijados. 3) Se trata de vinculaciones colectivas, por tanto, de referencias en las que queda incluido el mismo que decide. No se trata, por tanto, de un modelo jerárquico en el que la cima pudiera regirlo desde fuera. También el que decide queda vinculado: el poder ya no se presenta entonces como la capacidad de desvincularse a placer por parte del “soberano”. 4) Finalmente es importante que la función no simplemente se refiera a las decisiones de facto, sino a la simple capacidad. Mantener la capacidad es primero una fórmula de recursividad del proceso de la decisión, esto es, la posibilidad de volver a tomar otras decisiones. Sólo así se entiende que la sociedad en general tenga la oportunidad de trascender el momento y que el sistema político garantice que puede proteger a la sociedad de los frecuentes peligros.²⁰⁷

Niklas Luhmann afirma que a função que provoca a diferença do sistema político é a capacidade de produzir decisões vinculantes, no sentido de vincular tanto quem toma a decisão quanto os destinatários, expondo:

La *función* que ha provocado la diferenciación del sistema político puede caracterizarse como *el empleo de la capacidad de imponer decisiones vinculantes*. Brevemente (y de modo ambiguo) puede hablarse también de la producción de decisiones vinculantes, donde <<vínculo>> ha de entenderse siempre como vínculo *colectivo*, en el sentido de que este (siempre hasta nuevo aviso) vincula a la selección tomada, tanto a quienes adoptan las decisiones como a los destinatarios de las mismas.²⁰⁸

Tendo em vista que a Política Nacional de Transplantes nasce do sistema político, indubitável que representa decisão que vincula a coletividade, no caso, todos os expectadores da Lista Única, podendo-se afirmar que tal política concebida por uma lei vincula também

²⁰⁷ NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana, 2004, p. 143.

1) Trata-se de uma comunicação apresentada sob a forma de decisões, portanto, faz sua aparição como algo que é contingente, pois não exclui a possibilidade de que as decisões podem mudar – embora trata-se claramente de novas decisões. 2) A vinculação tem que ser realizada de maneira *efetiva* independentemente da racionalidade da decisão, de sua utilidade, de sua validade normativa. Com a palavra *vinculação* se expressa que a decisão – uma vez decidida converte-se em premissa que não pode ser posta em questão, embora isso não signifique que os estados futuros do sistema fiquem com isso prefixados. 3) Tratam-se de vinculações coletivas, portanto, de referências que incluem o mesmo que decide. Não se trata, portanto, de um modelo hierárquico no qual a parte superior pode governá-lo de fora. Também quem decide fica vinculado: o poder já não se apresenta, então, como a capacidade de desvincular-se pela vontade do “soberano”. 4) Finalmente é importante que a função não se refere simplesmente às decisões de fato, mas à simples capacidade. Manter a capacidade é primeiramente uma fórmula de recursividade do processo decisional, isto é, a possibilidade de voltar a tomar outras decisões. Somente assim se entende que a sociedade em geral tenha a oportunidade de transcender o momento e que o sistema político garante proteção à sociedade dos frequentes perigos (tradução livre)

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 94.

A *função* que provocou a diferenciação do sistema político pode ser caracterizada como *o emprego da capacidade de impor decisões vinculantes*. Brevemente (e de modo ambíguo) pode-se falar também da produção de decisões vinculantes, onde <<vínculo>> deve ser entendido sempre como vínculo *coletivo*, no sentido de que este (sempre até novo aviso) vincula a seleção tomada, tanto aos tomadores de decisões como aos destinatários das mesmas (tradução livre).

qualquer decisão judicial isolada a ser proferida pelo sistema do direito, porque afetará a coletividade de destinatários da política pública que urgem por idêntica medida: o transplante.

“A decisão judicial, por mais amplos que sejam seus efeitos, é sempre causal, descontínua e fragmentária. A decisão política, no campo das políticas públicas, pode e deve ser geral, unívoca, contínua e coerente com o conjunto de outras políticas”²⁰⁹, justamente pelo fato de que a decisão política pressupõe uma complexidade gigantesca com referências cognitivas infinitas e, em contrapartida, a decisão judicial advém de uma complexidade já reduzida pelo sistema político.

E, sendo a Política Nacional de Transplantes uma lei advinda do sistema político, com caráter de vinculação coletiva, nada mais adequado do que a conclusão de que “o Poder Judiciário é obrigado a decidir com base em premissas que lhe são oferecidas pelo sistema político”²¹⁰, como também refere Luhmann acerca da promulgação da lei como símbolo do êxito político e como vinculação para o exercício da função de estabilização de expectativas normativas pelo sistema do direito:

La promulgación de una ley en el parlamento puede ser registrada como éxito político. En ese acto terminan largos esfuerzos por lograr un consenso sólido, y esa nueva ley cambia, simultáneamente, la situación de vigencia del derecho: sirve de instrucción para los tribunales y más allá sirve para todo aquel que quiera saber, en el ámbito de sentido correspondiente, qué es lo conforme a derecho (y lo que no).²¹¹

Ademais, o artigo 196 da Constituição Federal submete o direito à saúde às políticas públicas, com o intuito de assegurar a universalidade das prestações e preservar os direitos dos cidadãos independentemente das condições de acesso ao Poder Judiciário, mantendo uma isonomia na distribuição de recursos escassos, ainda mais quando se está defronte à definição do receptor de órgãos para transplantes.

E as condições de acesso à justiça não são idênticas para todas as pessoas em solo brasileiro, como se depreende de recente estudo publicado pela *Folha de São Paulo*, de 24 de julho de 2010, utilizando-se do caso de ações judiciais para fornecimento de medicamentos,

²⁰⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 117.

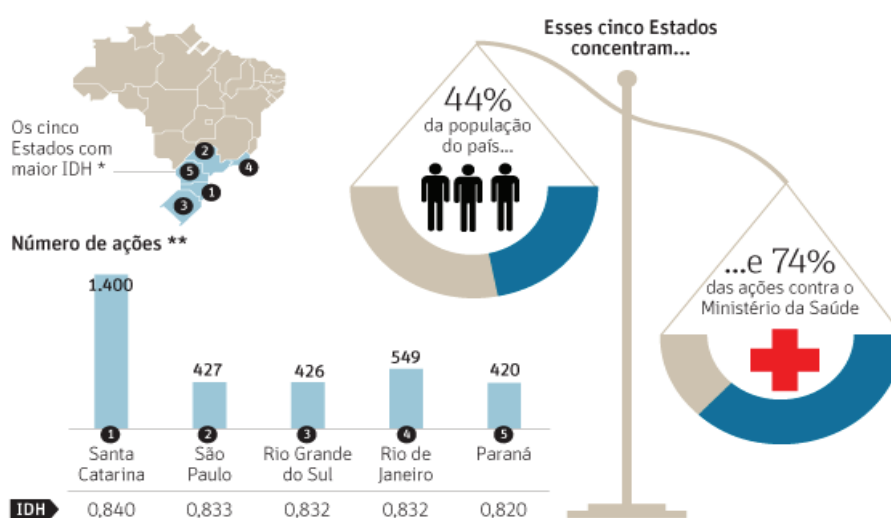
²¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 86.

²¹¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 501.

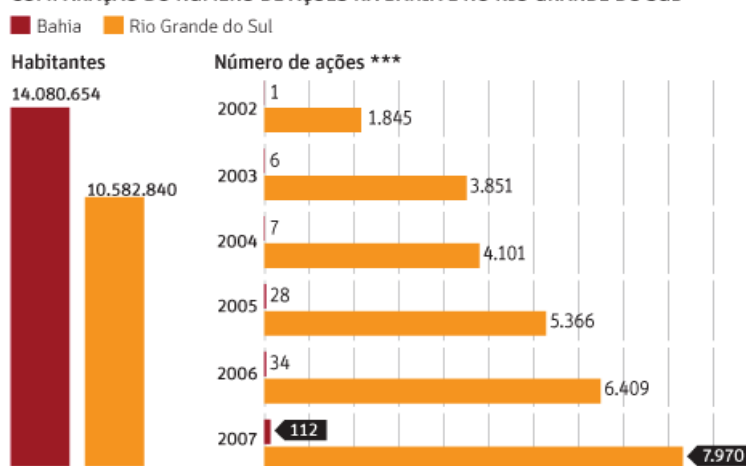
A promulgação de uma lei no Parlamento pode ser registrada como êxito político. Neste ato terminam grandes esforços para alcançar um consenso sólido, e essa nova lei modifica, simultaneamente, a situação de vigência do direito: serve de instrução aos tribunais e ainda serve para todo aquele que queira saber, no âmbito do sentido correspondente, o que é conforme ao direito (e o que não é) (tradução livre).

restando constatado que o fenômeno da judicialização se concentra nos cinco Estados com melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que centralizam quase 75% dessas ações, embora representem cerca de 45% da população do país, revelando a desigualdade no acesso à justiça, como se infere pelo dados constantes da tabela abaixo²¹²:

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DESIGUALDADE



COMPARAÇÃO DO NÚMERO DE AÇÕES NA BAHIA E NO RIO GRANDE DO SUL



* Excluindo o Distrito Federal ** Em âmbito federal até 2008 *** Em âmbito estadual
Fontes: PNUD 2009, Ministério da Saúde, Secretarias de Estado da Saúde da Bahia e do Rio Grande do Sul

²¹² COLUCCI, Cláudia; MACHADO, Uirá. Ações por remédios caros favorecem ricos, diz estudo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jul.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/772062-acoes-por-remedios-caros-favorecem-ricos-diz-estudo.shtml>> Acesso em 06 set.2010.

Assim, não se pode olvidar que a igualdade no acesso à justiça é relativa na sociedade, pois “hoje está bem claro que tratar como iguais os sujeitos que, econômica e socialmente, estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”²¹³, ante o fato inconteste de que a população de baixo potencial financeiro não dispõe de idênticas condições de acesso à justiça, seja por falta de conhecimento, seja por não poderem contratar advogados e arcar com o custo do processo judicial pleiteando a obtenção da tutela antecipada na definição do receptor de órgãos.

Bauman afirma que “as armas de defesa não estão disponíveis de maneira uniforme para todos, e é razoável que indivíduos mais fracos e mal armados procurem a força do número para compensar sua impotência individual”²¹⁴, inferindo-se que a defesa dos expectadores para transplante reside no próprio sentido de coletividade inserto na Lista Única, imunizadora das arbitrariedades e dos favorecimentos advindos da minoria com recursos financeiros que pleiteia a desintegração da lista através da ação judicial, visando exclusivamente o interesse individual, derrocando qualquer possibilidade de respeito aos demais seres humanos em idêntica situação periclitante.

A Política Nacional de Transplantes vincula toda a coletividade de integrantes da Lista Única e deve ser observada pelo sistema do direito no momento da decisão judicial para definição do receptor. Além disso, cabe ressaltar que o sistema jurídico deve intervir apenas quando for suscitada uma ilegalidade (código direito/não-direito) na execução da política pública, seja comissiva ou omissiva, pois a própria política pública expressa um direito, no caso, o direito à saúde. Contudo, ao sistema do direito não compete analisar o mérito da política pública – competência do sistema político – sua qualidade ou adequação, mas tão somente a questão da legalidade na consecução.

Nessa linha, refere Maria Paula Dallari Bucci:

O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.²¹⁵

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Traduzido por Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 347.

²¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 205.

²¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

A garantia constitucional do acesso à justiça não significa que o Poder Judiciário pode *modificar* ou *desconsiderar* políticas públicas em decisões casuísticas, mas apenas controlar a legalidade dos atos administrativos²¹⁶.

Nota-se que Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, defensores de uma expansiva atuação positiva do Poder Judiciário na garantia dos direitos sociais, também ressaltam que o fenômeno da judicialização possui limites, a fim de elidir a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes, que manifestamente ocorre quando o Poder Judiciário toma decisões que representam a modificação do mérito de uma política pública:

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamental, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.²¹⁷

²¹⁶ Nesse sentido, importante destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de autoria da Ministra Ellen Gracie na SS 3073/RN, negando o fornecimento de medicamento que não integrava a lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, pois a decisão judicial estaria desconsiderando uma política pública. Transcreve-se trecho do acórdão:

“A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 09 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente”. (SS 3073, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007 PP-00021)

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

A alteração ou inobservância de políticas públicas pelo Poder Judiciário implica ofensa à democracia, adentrando-se uma *aristocracia judiciária*, posto que a formulação da política pública não constitui sua competência, o que não impede que a legalidade seja controlada pelo Poder Judiciário, como ressalta Appio:

Este postulado implicaria grave ofensa à democracia, pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verdadeira *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art.1º, parágrafo único). [...] Muito embora o Poder Judiciário possa proceder a um exame acerca da constitucionalidade destas leis, sempre que demandado, a formulação da política pública compete ao Poder Legislativo.²¹⁸

Da mesma forma, Limberger reconhece que as políticas públicas devem advir do Poder Legislativo e Executivo²¹⁹, sendo vedada a intervenção judicial, permitida apenas diante da constatação de ilegalidade na execução, nota-se:

Por primeiro, a formulação de políticas públicas cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que estas opções se constituem em verdadeira decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Não cabe aí uma manifestação jurisprudencial, portanto. Por segundo, nos casos de ineficiência ou omissão na execução das políticas públicas, cabe a intervenção judicial. Aí podem se apresentar algumas situações. O Judiciário está autorizado a intervir, quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, §2º, da CF.²²⁰

²¹⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 156.

²¹⁹ Nesse sentido, o Prof. Dr. Marcelo Figueiredo ressalta que as políticas públicas não podem ser *formuladas originariamente* pelo Poder Judiciário em respeito à própria cidadania, explicitando:

“E no caso brasileiro é preciso recordar, em primeiro plano: a) a vigência do princípio da inafastabilidade do amplo controle jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; b) o fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direito, conceito amplo e substantivo que merece ser decodificado também pelo Judiciário para aplicar os valores e direitos constitucionais, generosamente; c) ter presente a ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da Constituição e de seus destinatários, inclusive o Estado; d) compreender o esforço para conferir aplicabilidade e eficácia máxima aos direitos que atendam ao princípio da dignidade humana em sua dimensão mais compreensiva e pluralista possível; e) considerar que os direitos constitucionais fundamentais considerados indispensáveis a uma vida digna (saúde, educação, moradia, etc.) são de variada eficácia e aplicabilidade e não raro demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares. Presentes tais premissas de compreensão, é preciso ainda aceitar que o princípio da separação de poderes, com sua dimensão contemporânea renovada, é vigente e deve ser aplicado, não por amor à mecânica do constitucionalismo clássico, mas, sobretudo por reverência aos espaços democráticos de cada função e poder estatal. É dizer, as políticas públicas não podem ser formuladas originariamente pelo Poder Judiciário em respeito à própria cidadania”.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo, p. 29-30. Disponível em: < www.pucsp.br/direito > Acesso em 01 set. 2010.

²²⁰ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.5, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68.

A transferência da capacidade de reger políticas públicas para o sistema do direito abala a própria democracia, enquanto *locus* da participação do povo no processo de tomada de decisão nas políticas públicas, pois “a democracia define-se, não como a criação política da sociedade, mas como a penetração do maior número de atores sociais individuais e coletivos, no campo das decisões”²²¹, o que não se verifica em cidadãos alienados e passivos no aguardo de uma justiça providencial, como ressalta Vianna:

De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos.²²²

A democracia vista como instrumento de participação dos cidadãos acerca das decisões nas políticas públicas é condição de possibilidade da própria democracia, nota-se:

O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis.²²³

Tal exercício democrático²²⁴ significa que a formulação de políticas públicas compete ao sistema da política, espaço público que propicia a participação popular, o que não ocorre

²²¹ TOURAINE, Alain. *O que é democracia?*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 41-42.

²²² VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 43.

²²³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 283.

²²⁴ Acerca da relevância da democracia participativa na realização de políticas públicas:

“As iniciativas de democracia participativa buscam romper esse círculo vicioso, resgatando a dimensão pública e cidadã da política. Essas iniciativas tendem a ocorrer em alguns sentidos diferentes: um deles é o da mobilização de setores sociais interessados na realização de políticas públicas, levando aos governos e aos parlamentos reivindicações e buscando formas de concretizá-las, pressionando, controlando, buscando manter um grau de mobilização que possa estabelecer uma nova relação entre um setor da cidadania e a política”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 659.

“[...] a renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao ato de votar”.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 270.

“[...] o povo não se constitui simplesmente como eleitorado temporário, eventualmente acompanhado de constantes pesquisas de opinião política, mas como ator da política”.

HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. Traduzido por Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131.

no sítio do sistema do direito, todavia “a magistratura pode, e isso não é pouco, bloquear e suspender a execução de programas de governo considerados ilegais”²²⁵, ou seja, a legalidade deve ser controlada pelo sistema do direito, porém o mérito da política pública compete ao sistema da política, sob pena do sistema jurídico proferir decisões de enormes riscos e custos políticos, com vinculação isolada, atingindo (beneficiando) apenas o litigante, em detrimento da coletividade.

O sistema do direito não pode decidir politicamente, pois a decisão judicial é casuística e “o juiz encontra a consistência de suas decisões no ordenamento jurídico. Suas justificativas devem, obrigatoriamente, estar fundadas em provas e argumentos processados segundo o código direito/não direito”²²⁶, o que difere das políticas públicas decididas pelo sistema da política, que se fixam sobre o código binário governo/oposição e são de dimensão coletiva.

Luhmann explicita a necessidade da separação do sistema da política e do direito em função dos distintos códigos:

La separación de ambos sistemas funcionales se muestra, en particular, en su diferente codificación. Mientras se pudo pensar que para la imposición del derecho resultaba de importancia la codificación político-jerárquica de los cargos públicos y que, entonces, el derecho y la política encontrarían su propia libertad en la forma del Estado, resultaba obvio que en el sistema jurídico no había ningún equivalente funcional para la codificación democrática del poder: el esquema gobierno/oposición. En el sistema político surgen, tan pronto el sistema se observa a sí mismo con relación a las decisiones colectivamente vinculantes, ideas sobre las alternativas de la decisión – estas alternativas se condensan en la oposición, en tanto tales contraposiciones puedan continuarse. [...] En cambio, en el sistema jurídico, las alternativas se tratan de manera completamente diversa: las alternativas están dispersas y dependen del caso particular y de las reglas.²²⁷

²²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 106.

²²⁶ Idem, p. 104.

²²⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 487-488.

A separação de ambos os sistemas funcionais mostra-se, no particular, em sua diferente codificação. Embora se possa pensar que para a imposição do direito foi de grande importância a codificação político-hierárquica dos cargos públicos e que, então, o direito e a política encontrariam sua própria liberdade na forma do Estado, era óbvio que no sistema jurídico não havia nenhum equivalente funcional para a codificação democrática do poder: o esquema governo/oposição. No sistema político surgem, assim que o sistema observa-se a si mesmo com relação às decisões coletivamente vinculantes, ideias sobre as alternativas da decisão – estas alternativas se condensam na oposição, como tais contraposições podem continuar. [...] Ao contrário, no sistema jurídico, as alternativas são tratadas de maneira completamente distinta: as alternativas estão dispersas e dependem do caso particular e das regras (tradução livre).

Além dos códigos, a fórmula da contingência de que se valem os programas também é distinta no sistema da política, enquanto no direito se reflete na justiça (consistência da tomada de decisão), no sistema político se consubstancia no bem comum, o que justifica a vinculação coletiva das decisões políticas, orientadas à coletividade, ao *bem comum*, como explicita Raúl Zamorano Farías:

No interior desta construção, os programas são construções históricas que tornam semântico o código que é formal. Estes se valem das *fórmulas de contingência* que se apóiam em referentes contingentes derivados também historicamente (valor que determina os programas). Assim, o referente para o programa do sistema político, a fórmula de contingência, será o *bem comum* e para o sistema do direito à *justiça*.²²⁸

A Política Nacional de Transplantes emerge do sistema da política e, por isso, vincula a coletividade e visa o bem comum de pacientes que integram a Lista Única de Receptores, devendo ser observada no momento da decisão judicial advinda do sistema do direito, de vinculação isolada às partes litigantes, o que significa dizer que o fenômeno da judicialização possui limites e, logicamente, a política pública dos transplantes é um limite a ser obedecido pelo sistema jurídico.

Portanto, a Política Nacional de Transplantes enquanto limite à judicialização não obsta que o sistema do direito intervenha quando suscitada ilegalidade na execução da política pública, o que decorre da própria indeclinabilidade jurisdicional, mas impede que o juiz profira uma decisão judicial afastada dos ditames de tal política, ignorando os critérios de definição do receptor insertos na política pública ou, em outras palavras, alterando (*fazendo*) uma política pública no caso particular.

²²⁸ FARÍAS, Raúl Zamorano. O sistema político como institucionalização das expectativas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v.2, n.1, p. 19-30, jan-jun. 2010, p. 24.

3.2 A CONCRETUDE DA JUDICIALIZAÇÃO NA DEFINIÇÃO DO RECEPTOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA-SISTÊMICA DA FUNDAMENTAÇÃO DECISIONAL NOS CASOS JUDICIAIS

A judicialização da escolha do receptor de órgãos para transplante suscita a inércia do Poder Judiciário através de pedidos liminares de antecipação dos efeitos da tutela para permitir a “burla” na Lista Única sob o argumento da urgência na medida, revelando posicionamentos dissonantes, em que algumas Câmaras dos Tribunais de Justiça deferem a vindicada tutela e outras entendem pelo indeferimento, inexistindo jurisprudência pacífica sobre a matéria²²⁹.

Os julgamentos que concedem a medida *inaudita altera pars*, definindo o receptor encontram embasamento em laudos unilaterais noticiados pelo autor e partem do pressuposto de que o direito fundamental à vida do requerente é absoluto, mesmo que tal decisão acarrete a aniquilação da garantia à vida dos demais expectadores da fila única de transplantes que dependem da mesma medida salutar para a sobrevivência.

As decisões que indeferem o pedido liminar são pautadas, invariavelmente, pela constatação de que o risco de vida não diferencia o paciente dos demais inscritos na fila única de espera, incumbindo à equipe médica da Central de Transplantes, de acordo com as regras da Política Nacional de Transplantes, decidir qual paciente deverá ser transplantado, pois esta sim é habilitada a promover tal escolha.

Não há como negar que os entraves eclodem pela constatação de que a oferta de órgãos não supre as demandas do sistema, impondo-se a escolha de critérios capazes de tratar as pessoas de maneira igualitária – já que todos os expectadores necessitam do transplante como única forma de sobrevivência – e assegurar ao maior número possível de pacientes o direito fundamental à vida. Nota-se que o trato diferenciado das situações é medida excepcional quando se está diante de situação de similitude, ponderando Robert Alexy que “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está

²²⁹ Cumpre salientar que a pesquisa jurisprudencial abordou todos os Tribunais de Justiça do Brasil, percebendo-se que os casos de judicialização da definição do receptor de órgãos para transplante se concentram no Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, bem como se verificou que os pedidos judiciais de priorização se restringiram ao período de 2005 a 2009, não sendo encontrada decisão no ano de 2010.

ordenado un tratamiento igual”²³⁰, medida que já é realizada pela Política Nacional de Transplante em relação aos pacientes priorizados na Lista Única em face do estado clínico de urgência.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em dois casos de transplante hepático, manteve o deferimento da liminar de precedência na Lista Única, definindo o requerente como receptor, mesmo diante da vigência da Portaria nº 1.160/06 do Ministério da Saúde que previa a priorização em caso de urgência, sob o argumento de que o direito à vida deve ser perseguido.²³¹

A Terceira Câmara Cível, por maioria, concedeu a liminar para priorizar o requerente em relação aos demais pacientes relacionados na Lista Única em face da apresentação de laudo médico particular que atestava situação clínica de urgência, desconsiderando a decisão da Central de Transplantes, sob pretensa afirmação de que o direito fundamental à vida no caso concreto se sobrepõe a qualquer outro.²³²

A decisão proferida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afastou o critério cronológico e determinou a precedência do paciente,

²³⁰ALEX Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 395.

Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual (tradução livre).

²³¹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Direito Público. Antecipação de Tutela. Transplante de fígado. Portaria nº 1.160/06 do Ministério da Saúde. Alteração de Critério. Considerada a entrada em vigência da Portaria nº 1.160/06, do Ministério da Saúde, que alterou substancialmente os critérios de escolha para transplantes de fígado, passando do critério cronológico de inscrição na lista de espera para um em que se avalia a gravidade da enfermidade e a urgência reclamada para o caso, calculada de acordo com o método MELD/PELD, descabe a utilização do critério anterior, de sorte que se mostra correta a decisão agravada, na medida em que o direito à vida deve ser perseguido pelo Poder Público, garantido como princípio constitucional. Agravo desprovido. Agravo de Instrumento nº 70015635022. Des. Relator João Armando Bezerra Campos. Julgado em 30 de agosto de 2006.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Direito Público. Antecipação de Tutela. Transplante de fígado. Portaria nº 1.160/06 do Ministério da Saúde. Alteração de Critério. Considerada a entrada em vigência da Portaria nº 1.160/06, do Ministério da Saúde, que alterou substancialmente os critérios de escolha para transplantes de fígado, passando do critério cronológico de inscrição na lista de espera para um em que se avalia a gravidade da enfermidade e a urgência reclamada para o caso, calculada de acordo com o método MELD/PELD, descabe a utilização do critério anterior, de sorte que se mostra correta a decisão agravada, na medida em que o direito à vida deve ser perseguido pelo Poder Público, garantido como princípio constitucional. Agravo desprovido. Agravo de Instrumento nº 70015195688. Des. Relator João Armando Bezerra Campos. Julgado em 06 de dezembro de 2006.

²³² ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Direito Público não especificado. Paciente portadora de cirrose hepática que necessita realizar transplante. Prioridade. Critério híbrido adotado. A agravante encontra-se na lista única de transplante de fígado, buscando afastar o critério cronológico em virtude do risco iminente de morte. A análise clínica da agravante, assim como dos demais pacientes classificados como de prioridade máxima da lista única, procedida por médico da Secretaria Estadual da Saúde, deverá ser adotada para, se necessário, abandonar o critério cronológico legalmente previsto. Agravo parcialmente provido por maioria. Agravo de Instrumento n. 70013676044. Des. Relator Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Julgado em 26 de janeiro de 2006.

através da concessão da antecipação da tutela para a realização de retransplante de fígado, disponibilizando o primeiro fígado compatível ao requerente, para imediato transplante. O Desembargador Relator Irineu Mariani manifestou-se pelo parcial provimento ao agravo de instrumento, referindo que cabe ao Poder Judiciário, com base em prova técnica apresentada pelo requerente, corrigir um erro de classificação de paciente considerado sem urgência para enquadrá-lo como caso de urgência, em face da lesão ao direito à vida.²³³

Da mesma forma, a Quarta Câmara Cível no julgamento de recurso de apelação referendou a decisão do Juízo *a quo* que havia determinado a realização de transplante, derrocando o critério cronológico vigente à época em benefício do requerente, com base nos atestados médicos unilaterais apresentados²³⁴.

A Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já determinou a realização de transplante mediante a alegação do requerente de que se encontrava em estado de saúde periclitante com risco de vida, comprovado exclusivamente por laudo médico particular, mantendo o deferimento da liminar para realização de transplante hepático²³⁵.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também apresenta precedentes em que restou deferida liminar para determinar a inclusão do requerente na lista de espera, mesmo diante da constatação pela Central de Transplantes de que não se tratava de caso clínico para procedimento de transplante, tendo em vista o tamanho incompatível dos nódulos, sob o fundamento de que não obstante as normas técnicas estabeleçam as condições de apresentação

²³³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Direito à saúde. Transplante de órgão (fígado). Caso de retransplante. Não pode o Judiciário, dentre os casos de urgência máxima, determinar que o primeiro órgão compatível seja transplantado neste ou naquele paciente. No entanto, pode, e deve, se houver prova técnica, classificar o caso como de urgência máxima, devendo com tal ser considerado pela equipe médica, porque em tal hipótese estará a ocorrer violação a direito subjetivo. Exegese do art.5º, XXXV, da CF. Agravo parcialmente provido por maioria. Voto vencido do Relator. Agravo de Instrumento nº 70011728524. Des. Relator Irineu Mariani. Julgado em 24 de agosto de 2005.

²³⁴ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Saúde Pública. Ação ordinária c/c tutela antecipada. Cirrose criptogênica porfiria. Insuficiência hepática grave. Transplante hepático. Procedência na origem. Transplante efetuado com sucesso. Garantia constitucional na forma do art. 196 da Constituição Federal de 1988. Portaria nº 1.160/2006 do Ministério da Saúde. Alteração de critério de escolha para o transplante. Sentença confirmada. 1. A Portaria nº 1.160/2006, do Ministério da Saúde, alterou os critérios de escolha para transplantes de fígado, passando a utilizar o método MELD/PELD, que avalia a gravidade e a urgência para cada caso. 2. Assim, comprovada a situação gravíssima do autor, correto se apresenta a determinação de realização da cirurgia. Negado provimento à apelação. Apelação Cível nº 70020318713. Des. Relator Wellington Pacheco Barros. Julgado em 15 de agosto de 2007.

²³⁵ ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento. Medida Cautelar Inominada. Transplante de fígado. Agravo de Instrumento contra liminar concedida em ação cautelar objetivando preferência na lista de espera. Decisão mantida. Exame dos requisitos ensejadores da medida afetos ao juízo monocrático. Decisão adequadamente fundamentada à vista do alegado e do relatório médico que instrui o processo. Recurso improvido. Agravo de Instrumento nº 994000296886. Des. Relator Coimbra Schmidt. Julgado em 28 de fevereiro de 2000.

dos nódulos tumorais, se a realização do transplante de fígado é apresentada pelo médico particular como o último recurso a ser tentado para uma sobrevida do paciente, não lhe pode ser negado, sob pena de violação ao direito à vida²³⁶.

Em contrapartida, as decisões que negam a concessão da tutela antecipada embasam-se no fato do Poder Judiciário ser desprovido de conhecimentos médicos para definir o receptor de órgãos, sendo difícil precisar se o requerente encontra-se em situação mais grave que os demais integrantes da Lista Única, haja vista que as pessoas indicadas para um transplante já figuram grave quadro clínico, sendo o transplante o único tratamento possível a garantir suas sobrevidas, reconhecendo-se a competência da Central de Transplante na definição do receptor com base nas regras definidas pela Política Nacional de Transplantes.

Nessa linha, o Desembargador Relator Luiz Ari Azambuja Ramos, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, respalda o indeferimento do pedido de precedência, ante o reconhecimento da legitimidade da Central de Transplantes na escolha do receptor, salientando:

Com efeito, o pedido diz respeito à recolocação de paciente que aguarda em fila de espera de transplante de órgãos – fígado –, sendo juridicamente impossível ao Poder Judiciário, sem qualquer base científica, determinar a não-observância da lista de espera. Tratando-se de uma questão médica de alta indagação, a avaliação de prioridade deve ser confiada ao Centro de Transplantes da Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, sob pena de se colocar em risco a vida de outras pessoas que aguardam, seguramente com a mesma aflição, a ordem cronológica estabelecida, segundo a compatibilidade dos receptores.²³⁷

²³⁶ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Reexame Necessário. Transplante de fígado. Inclusão em Lista de Espera. Impetrante com nódulos tumorais em condições diversas daquelas estabelecidas como seguras nas normas técnicas. Transplante como último recurso a uma sobrevida. Não obstante as normas técnicas estabeleçam as condições de apresentação dos nódulos tumorais, para a realização do transplante de fígado em segurança para o paciente, se esse tratamento é apresentado pelo médico como o último recurso a ser tentado para uma sobrevida do paciente, não lhe pode ser negado, sob pena de violação ao direito líquido e certo do impetrante à vida. Reformaram parcialmente a sentença. Reexame Necessário nº 1.0024.07.744228-3/003. Des. Relator Maurício Barros. Julgado em 23 de junho de 2009.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Reexame Necessário. Processo Civil. Ação de Obrigação de Fazer. Inscrição de Paciente em Sistema de Receptores para Transplante. O Estado deve assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde, porque decorrente de preceitos rígidos da Constituição Federal. Mantém-se sentença que determina a inscrição de paciente portador de doença grave em sistema de receptores de órgão para transplante, com base em indicação médica fundamentada, porque é imperiosa a preservação da vida, em obséquio da proteção aos direitos fundamentais que, como frutos da própria natureza humana, são anteriores ao Estado e inerentes à ordem jurídica brasileira. Confirmaram a sentença de precedência. Reexame Necessário Cível nº 1.0024.07.385337-6/002. Des. Relator Almeida Melo. Julgado em 19 de junho de 2008.

²³⁷ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação. Direito Público não especificado. Processual Civil. Ação Cautelar. Transplante de fígado. Antecipação em lista de espera de doador. Inépcia da inicial. Falta de condições da ação e impossibilidade jurídica do pedido. Processo extinto. Decisão que se impõe confirmada. Apelação desprovida. Apelação Cível nº 70011591963. Des. Relator Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em 07 de julho de 2005.

Em situação análoga, indeferindo o pedido liminar, o Des. Wellington Pacheco Barros, da Quarta Câmara Cível, reiterando os argumentos do Juízo *a quo*, assim pondera:

Em que pese a indiscutível gravidade da situação narrada pelo agravante, e comprovada nos laudos médicos acostados ao presente recurso, em situações análogas a do caso em tela, inclusive com indicação de prioridade pela Equipe de Transplantes do Estado, firmou-se posição no sentido de que cabe à equipe médica da Central de Transplantes do Estado estabelecer as prioridades dos transplantes aos pacientes em espera por órgãos no Estado. A medida se justifica por ser impossível ao Magistrado ter conhecimento preciso se a situação do agravante é mais ou menos grave daqueles que se encontram nas primeiras posições da lista de espera, de modo que o caso, ao menos por ora, deve ser avaliado pelo órgão competente, habilitado a avaliar a situação clínica do paciente, e sua condição em relação aos demais integrantes da referida lista, podendo transigir sobre a necessidade de realocação do agravante, se verificada a necessidade de quebra da ordem cronológica estabelecida na Lei nº 9.434/97.²³⁸

O Desembargador Rogério Gesta Leal, integrante da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho, salienta que “todos aqueles outros componentes da lista única de transplante padecem da mesma dor e sofrimento, com suas vidas da mesma forma arriscadas, muitos ainda sem condições materiais de, como a autora, provocar a Justiça para narrá-los”²³⁹, proferindo voto pelo indeferimento da concessão da tutela antecipada e entendendo pela competência da Central de Transplantes.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já manifestou acórdãos em que restou indeferido o pedido de priorização para transplante, arguindo também o fato de que a ausência de ilegalidade da conduta administrativa representa a necessidade de observância dos critérios administrativos de seleção estabelecidos em lei, representados pela Política Nacional de Transplante, que viabiliza a escolha do receptor de forma impessoal, científica e objetiva²⁴⁰.

²³⁸ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Saúde Pública. Portador de cirrose criptogênica porfiria. Necessidade de transplante de fígado. Inscrição no Sistema Nacional de Transplante. Alegação de iminente risco de vida. Alteração da ordem de inscrição. Ausência de prova imprescindível. Ônus probatório do Agravante. Liminar Indeferida. Agravo não provido. Agravo de Instrumento nº 70013538715. Des. Relator Wellington Pacheco Barros. Julgado em 03 de maio de 2006.

²³⁹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Transplante de fígado. Violação da Lista de Espera. Impossibilidade. Diante da ausência cabal de prova tanto dos níveis de criticidade da saúde da postulante, como de seu enquadramento nos requisitos para ser atendida na frente dos demais pacientes que figuram na lista de espera, é de ser provido o presente Agravo de Instrumento provido. Agravo de Instrumento nº 70015595549. Des. Relator Rogério Gesta Leal. Julgado em 17 de agosto de 2006.

²⁴⁰ ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara de Direito Público. Apelação com Revisão. Mandado de Segurança. Impetração voltada à realização de transplante de rim com prioridade. Ilegalidade da conduta administrativa não evidenciada. Fazenda Estadual que, outrossim, bem explicita a política nacional de transplante de órgãos a ser observada, de modo a viabilizar a seleção do candidato de forma impessoal, científica e objetiva. Denegação da ordem pronunciada corretamente em primeiro grau. Apelo do impetrante não provido. Apelação com Revisão nº 994071302463. Des. Relator Paulo Dimas Mascaretti. Julgado em 09 de abril de 2008.

Igualmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao indeferir liminar para realização de transplante, evidencia que cirurgia de transplante independe da atuação exclusiva do Estado, pois está condicionada à existência de doadores e, como a demanda de órgãos e tecidos para transplante é superior à oferta, foram estabelecidos critérios para assegurar a igualdade de oportunidades entre os pacientes que necessitam de transplantes, que devem ser seguidos no momento da definição do receptor²⁴¹.

As decisões judiciais que manifestaram posicionamento favorável ao deferimento do pedido com base na preservação do direito à vida do requerente desconsideraram o idêntico direito à vida de tantos outros que aguardam na Lista Única, bem como a imprescindibilidade da adoção de critérios de escolha do receptor, considerando a demanda excessiva de um recurso escasso. Nesse sentido, ressalta Gustavo Amaral:

Por óbvio, todos que estão na fila de transplantes necessitam do órgão. Todavia, mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é *necessariamente* deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos *finitos*. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então, será necessária a adoção de *escolhas trágicas*, em que se opta por quem atender, e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outra ou a outros.²⁴²

Niklas Luhmann refere que “a vida deve ser partilhada com outros em moldes transparentes para qualquer um”²⁴³, o que significa dizer que a vida não é um bem concebido individualmente, mas sim um bem advindo da interdependência, não sendo justificado o deferimento de precedência para resguardar o direito à vida de um indivíduo em detrimento de tantos outros que compõem a coletividade integrante da Lista Única de Espera, pois em tal

²⁴¹ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível. Direito à Saúde - Cirurgia de transplante - Direito Fundamental - Prioridade da Administração Pública - Solidariedade entre as esferas Municipal, estadual e federal da Administração - Lei Federal nº 9.434/1997 - Fila única - O direito à saúde deve ser garantido de pronto, sendo viabilizado o acesso universal dos cidadãos ao sistema público encarregado de prestar assistência médica e material em sua proteção, em todos os níveis da Federação, não cabendo ao Poder Público se esquivar da prestação de prestar os serviços assistenciais. O art. 23, inciso II, da CF estabelece a responsabilidade solidária dos entes federados, cabendo a todos eles garantir o direito à saúde, cada qual em sua esfera de governo. A cirurgia de transplante de córnea independe da atuação exclusiva do Município, pois está condicionada à existência de doadores. Como a demanda de órgãos e tecidos para transplante é superior à oferta, foram estabelecidos critérios para assegurar a igualdade de oportunidades entre os pacientes que necessitam de transplantes. Os referidos critérios atentam para as circunstâncias específicas de cada caso, tais quais gravidade, urgência e compatibilidade entre doador e receptor. Assim, não há como condenar-se o Município a realizar a cirurgia pretendida, mas tão somente a arcar com os custos e fornecer, oportunamente, o aparato para a realização da mesma. Apelo desprovido. Apelação Cível nº 1.04396.06.061752-9/004. Des. Relator Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 16 de abril de 2009.

²⁴² AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

²⁴³ LUHMANN, Niklas. *O Amor como Paixão: para a codificação da intimidade*. Traduzido por Fernando Ribeiro. Lisboa: Difel, 1982, p. 37.

atitude não há transparência na partilha da vida, ao contrário, evidencia-se a ocultação, haja vista as outras vidas desconhecerem a priorização dada à vida²⁴⁴ do requerente.

Como ressalta Edgar Morin, “o individualismo, fonte de responsabilidade pessoal pela sua conduta de vida, é também fonte do egocentrismo”²⁴⁵, comportamento espelhado na decisão judicial que prioriza determinada vida de um indivíduo e, ao mesmo tempo, condena outras vidas que necessitam de idêntica providência para ver assegurado o direito fundamental à vida.

A implementação do equilíbrio equânime entre as necessidades e os direitos dos indivíduos exige uma mudança de mentalidade do individualismo para um respeito à individualidade combinado com o senso de comunidade, requer que se concebam os “indivíduos como pessoas autônomas que gozam de iguais direitos ao lado de todos os outros cidadãos do mundo, numa relação de interdependência em que os direitos de alguns não devem ser garantidos às expensas dos direitos de outros”²⁴⁶.

Edgar Morin refere a constatação de que o próprio viver é uma ato solidário²⁴⁷, pois ninguém está só, o que redundará na conclusão inafastável de que a vida não pode ser vista de forma individual e solitária, mas na constante interdependência com as outras vidas, eis:

O viver é solitário e solidário. O ser vivo emerge para a solidão acedendo ao egocentrismo. Mas a vida solitária não pode deixar de ser solidária. Vivendo cada um a nossa vida, inscrevemo-nos numa cadeia de vidas, as quais, por sua vez, nos fazem viver a nossa vida. Participamos de miríades de outras vidas que nos alimentam e que alimentamos. Cada vida autônoma é possuída no interior e no

²⁴⁴ Nesse sentido, impendem as palavras de Edgar Morin acerca da vida e, especialmente, da identidade das vidas, o que não permite privilégios na manutenção da mesma, nota-se:

“A vida é um fungo que se formou nas águas e na superfície da Terra. Nosso planeta gerou a vida que se desenvolveu de forma líquida no mundo vegetal e animal; nós somos uma ramificação da ramificação dessa evolução dos vertebrados, dos mamíferos, dos primatas, portadores em nós das herdeiras, filhas, irmãs das primeiras células vivas. Pelo nascimento, participamos da aventura biológica; pela morte, participamos da tragédia cósmica. O ser mais corriqueiro, o destino mais banal participa dessa tragédia e dessa aventura”.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Traduzido por Eloá Jacobina. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 36.

²⁴⁵ MORIN, Edgar. *O Método 6 – Ética*. Traduzido por Juremir Machado da Silva. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 26.

²⁴⁶ GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 28.

²⁴⁷ Luis Alberto Warat reconhece na solidariedade, no viver solidário, uma forma de sair do narcisismo, aceitando que o outro existe e que as escolhas individuais refletem nas outras vidas, mencionando:

“A solidariedade é uma forma do sair do narcisismo, aceitando que o outro existe. A solidariedade é a forma do amor. Não se pode amar sem ser solidário com o objeto amado. Não existe afetividade sem solidariedade. Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática”.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito – O sonho acabou*. v.2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 388.

exterior por outras vidas. Ninguém nasce só. Ninguém está só no mundo, e no entanto cada um está só no mundo.²⁴⁸

Na verdade, a base dos julgados que deferem a priorização do indivíduo se funda na absolutização do direito à vida do requerente ou, melhor dizendo, na concepção absoluta da garantia constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana sem, contudo, atentar para o fato de que a dignidade da pessoa humana deve suportar relativização quando a sua proteção implica em derrocar o resguardo da dignidade de outras tantas vidas que compõem a comunidade da Lista Única.

Ingo Wolfgang Sarlet salienta a questão da relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção de idêntica dignidade de terceiros que integram uma mesma comunidade, nota-se:

Assim, considerando que também o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade, forçoso admitir – pena de restarem sem solução boa parte dos casos concretos – que a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade.²⁴⁹

Mesmo considerando o direito à vida como um direito individual não há como negar que apenas pode ser exercido no meio social, o que demanda a interdependência com as demais vidas, pelo que vedada a interpretação individualista do direito à vida, flagrantemente nos casos de definição do receptor para transplante, o que deve ser considerado pelo julgador, como explicita Dallari:

Na realidade, os próprios direitos individuais só têm sentido prático no relacionamento de uns indivíduos com os outros, o que exige, logicamente, o reconhecimento de que os direitos de qualquer pessoa são sempre condicionados pela circunstância da convivência. Os direitos de cada um não terminam onde começam os dos outros, pois todos estão inevitavelmente entrelaçados e só existem e podem ser exercidos num meio social.²⁵⁰

²⁴⁸ MORIN, Edgar. *O Método 2 – A Vida da Vida*. Traduzido por Maria Gabriela de Bragança. 3.ed. Lisboa: Europa-América, 1999, p. 370.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 153.

²⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

O próprio interesse público que reveste a Política Nacional de Transplantes veda o tratamento individualista na escolha do receptor, sendo imprescindíveis critérios que garantam o acesso igualitário ao órgão, pois “a especificidade do princípio do interesse público está em prescrever que, em caso de colisão deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada”²⁵¹, revelada no ajuizamento de ações judiciais para perquirir priorização na Lista Única de Receptores.

O interesse particular de um indivíduo não pode sobrepujar idêntico interesse de outros indivíduos que compõem a mesma comunidade de expectadores, como ressalta Carvalho referindo-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, aplicável ao caso da definição do receptor de órgãos:

Outrossim, não pode o interesse de um particular sobrepujar o interesse dos demais particulares, i.e., não pode o exercício da liberdade de um ferir a liberdade de outrem. Apenas nesse sentido é que o princípio da supremacia do interesse público pode ser compreendido e interpretado. Não num sentido positivo, como se houvesse um coletivo apartado e independente em relação aos seus componentes (o que já configura uma contradição), mas sim compreendido na teia que forma a interrelação entre os indivíduos formadores do tecido social.²⁵²

Ou seja: a Política Nacional de Transplantes deve ser seguida também pelo fato de que constitui uma política pública que assegura critérios de igualdade na escolha do receptor, já incluindo os casos de urgência que demandam priorização e, repisa-se, a manutenção da igualdade é corolário básico das políticas públicas em saúde e, manifestamente ressaltada na escolha do paciente a receber o transplante de órgãos, sob pena de privilegiar determinadas vidas em detrimentos de outras, já que ao deferir uma priorização na fila de transplantes, o julgador estará, inequivocamente, preterindo a vida do expectador que receberia o órgão e aumentando o risco de morte dos demais.

Nesse sentido, a análise de João Carlos Simões Gonçalves Loureiro em estudo constitucional acerca das transplantações evidencia a necessidade de critérios de igualdade em tais políticas públicas:

Apenas se exige que na efetivação dessas políticas públicas não sejam adotados critérios que violem o princípio da igualdade. Na verdade, o princípio do igual

²⁵¹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 53.

²⁵² CARVALHO, Cristiano. O Direito Sanitário Brasileiro. In: CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito Sanitário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 30.

acesso aos cidadãos às prestações no domínio da saúde é apenas expressão de princípios essenciais no domínio dos direitos derivados a prestações: igual acesso e utilização das instituições criadas pelos poderes públicos e igual participação (quota-parte) nas prestações disponibilizadas por estes serviços.²⁵³

Da mesma forma, é preciso considerar que o transplante de órgãos é uma técnica da medicina, com caracteres técnicos inacessíveis ao julgador no momento da decisão liminar como, por exemplo, a aferição dos níveis clínicos de urgência autorizadores da precedência, expostos na Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde (Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes), por isso a necessidade de atentar para os critérios clínicos de alocação aferidos pela CNCDO, pois “el transplante es una técnica médica regulada legislativamente y, en consecuencia, todas las actividades a desarrollar para cumplimentar dicho acto deben seguir los parametros establecidos por la ley especial”²⁵⁴.

Ademais, “a especificidade do direito reside em proteger quem espera um comportamento conforme a norma”²⁵⁵ ou, em outras palavras, “a função do direito consiste na produção de certeza através da estabilização de instabilidades, ou seja, através da estabilização da contingência e, portanto, da incerteza”²⁵⁶, pois “cada norma é projetada contra a possibilidade de comportamento desviante”²⁵⁷, o que, no caso da definição do receptor, assegura aos expectadores a certeza de que a escolha do paciente será realizada em consonância com os ditames da Política Nacional de Transplantes, evitando assim a frustração de expectativas, o que ocorre com a interferência das decisões judiciais que definem o receptor.

A aderência do julgador à norma que regula a escolha do receptor para transplante, estabelecida pela Política Nacional de Transplantes, garante condições equânimes aos integrantes da Lista Única à percepção do órgão e não se pode negar que “a neutralidade da lei deriva do direito que todo cidadão possui de reivindicar seus direitos. A lei positivada é igual para todos. A lei deve ser obedecida por todos para a manutenção da igualdade no

²⁵³ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 51.

²⁵⁴ SAGARNA, Fernando Alfredo. *Los Trasplantes de Órganos en el Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p.47.

[...] o transplante é uma técnica médica regulada legislativamente e, em consequência, todas as atividades a desenvolver para completar dito ato devem seguir os parâmetros estabelecidos pela lei especial (tradução livre).

²⁵⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 86.

²⁵⁶ DE GIORGI, Raffaele. *Direito e Modernidade. Sequência*, Florianópolis, ano 19, n. 35, p. 1-9, dez. 1997, p. 4-5.

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997, p. 87.

direito à decisão”²⁵⁸ e, especificamente, no direito à manutenção da vida expressa, no caso, pelo aguardo na alocação do órgão para transplante.

“Realçar a importância das regras e da legalidade não significa legalismo, formalismo ou positivismo. Mas pode representar um resgate dos direitos fundamentais como valores intrínsecos do ordenamento”²⁵⁹, pois garante aos expectadores da Lista Única a segurança de que critérios seletivos igualitários serão seguidos na definição do receptor, conforme estabelecido na legislação tangente à Política Nacional de Transplantes, a fim de que as condições de acesso ao órgão que garantirá o direito fundamental à vida sejam as mesmas para todos os que partilham de idêntico sofrimento.

Luhmann assevera que “o legislador pode se demitir do problema com a referência de que somente o juiz pode decidir sobre casos. O juiz encontra ao contrário seu alibi em que isto tem que ocorrer por regras que foram fixadas de forma genérica pelo legislador”²⁶⁰, pois o juiz que altera, por exemplo, uma política pública como a dos transplantes de órgãos através da decisão judicial está agindo como legislador, o que lhe é defeso, como salienta Cappelletti, “o bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”²⁶¹.

Artur Stamford assinala que “interessa deixar evidenciado que há uma instância de criação de direito por parte dos magistrados, todavia não uma criação aleatória, arbitrária. O direito estatal fornece limites ao arbítrio do julgador”²⁶² e, “as normas constitucionais e legais substantivas do ponto de vista jurídico-dogmático configuram, para o intérprete oficial, as partes e a esfera pública, regras procedimentais do jogo jurisdicional”²⁶³ ou, pode-se dizer, a norma constitui o limite da discricionariedade jurisdicional, não sendo permitido ao julgador ignorar ou modificar a norma aplicável ao caso, ainda mais quando se trata de uma política pública como a Política Nacional de Transplantes, de interesse público indisponível e afeta ao direito fundamental à vida.

²⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 121.

²⁵⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50.

²⁶⁰ LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento. *Revista Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000, p. 155.

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 74.

²⁶² STAMFORD, Artur. *Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 139.

²⁶³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 212.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, organização do sistema do direito, deve estar atento às políticas públicas estabelecidas “e contar, para as suas decisões, com as diretrizes políticas formuladas pelo Poder Público, observando os limites de sua competência funcional, para evitar, inclusive, que sejam contempladas pretensões abusivas”²⁶⁴, como ocorre nas decisões judiciais favoráveis à “burla” na Lista Única, representando risco de lesão à ordem pública administrativa²⁶⁵, pois ignoram os procedimentos seletivos estabelecidos na Política Nacional de Transplantes e executados pelo Sistema Nacional de Transplantes, organização do sistema da saúde.

E decidir de forma dissociada das políticas públicas vigentes e das normas significa julgar de forma aleatória, admitindo decisões de um “juiz-deus” que decide sobre a seleção da vida, priorizando uma vida e condenando diversas que padecem de análoga dor e ignorando por completo os critérios de definição do receptor definidos pela norma. Como refere François Ost, o juiz Hércules representa esse juiz “semideus”, nota-se:

Se assiste aquí no solamente a una atomización de lo jurídico, disperso en una multitud de decisiones, sino también, y fundamentalmente, a una disolución de lo normativo que se agota en una colección dispersa de manifestaciones esporádicas de voluntad. La decisión, en estas condiciones, ya no recoge nada de lo normativo de la regla (por definición ausente) y se analiza desde ahora como <<el hecho del juez>> que ninguna regularidad normativa quiere validar.²⁶⁶

²⁶⁴ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). *Temas Atuais de Direito Sanitário*. Brasília: CEAD/FUB, 2009, p. 127.

²⁶⁵ Nesse sentido, apontando pelo risco de lesão à ordem pública administrativa, o Superior Tribunal de Justiça, negou pedido de transplante de órgãos no exterior, por considerar estar-se diante de questão relativa a matéria de política nacional de saúde. Transcreve-se a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. UNIÃO. TRANSPLANTE DE ÓRGÃO NO EXTERIOR. ALEGADA LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E À SAÚDE PÚBLICA. EFEITO MULTIPLICADOR. 1. Cabe à Administração fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias, em território nacional. Questão relativa a matéria de Política Nacional de Saúde. Risco de lesão à ordem pública administrativa configurado. 2. A determinação contra legem que obriga o Estado brasileiro a fornecer todas as condições para que a agravante/ requerida faça cirurgia de elevado custo no exterior, havendo quem a faça no país, tem potencial de lesionar a saúde pública, constituindo-se precedente para um número indefinido de outras situações semelhantes. 3. Regimental não provido. (AgRg na SS 1.467/DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 16/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 196).

²⁶⁶ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Traduzido por Isabel Lifante Vidal. *DOXA*, n. 14, p.169-194, 1993, p. 178.

Testemunha-se aqui não apenas uma atomização do jurídico, disperso em uma infinidade de decisões, mas também, e fundamentalmente, a uma dissolução do normativo que se esgota em uma coleção dispersa de manifestações esporádicas da vontade. A decisão, nestas condições, já não inclui nada do normativo da regra (por definição ausente) e se analisa desde então como <<o feito do juiz>> que nenhuma regularidade normativa quer validar (tradução livre).

Evidentemente, nenhuma decisão judicial derroca a contingência intrínseca no ato de decidir, pois “a decisão jurídica ocorre em situações onde não há aquela simetria entre alternativas e consequências, sendo a decisão não um ato de escolha da solução ótima, mas uma opção pela alternativa que satisfaz os requisitos mínimos de aceitabilidade”²⁶⁷, isto é, a decisão judicial não reflete uma escolha justa ou a justiça, mas apenas uma escolha (contingência) dentre as possibilidades (complexidade) e, logicamente, exige-se do julgador uma escolha fundamentada nas normas.

A decisão com fundamento nas regras vigentes e, no caso da definição do receptor de órgãos, com base na lei que estabelece a Política Nacional de Transplantes é condição de possibilidade para uma decisão judicial do sistema do direito, como explicita Luhmann:

La decisión lo que pretende es que se la considere o como conocimiento o como aplicación del derecho. El derecho contiene suficientes reglas (por ejemplo, las de las cargas de prueba) para garantizar que esto es posible en todos los casos. Por consiguiente no se puede poner en duda que esto es posible, además de que se puede comprobar en los textos elaborados.²⁶⁸

Ademais, há que se analisar que a decisão judicial que defere o pedido liminar para definir o receptor de órgãos é uma decisão isolada do sistema do direito, sem comunicação com o sistema da saúde, precipuamente para tomar ciência acerca dos casos de urgência já priorizados pela Central de Transplantes e sobre o quadro clínico do requerente inscrito na Lista Única, condições de elegibilidade expostas na Política Nacional de Transplantes, sob pena de julgar-se de forma aleatória ou, em outras palavras, decidir como o “juiz Hércules”.

O acórdão nº 70006225247, proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, evidencia a abertura cognitiva para o sistema da saúde, tendo sido constatado pelo julgador que o requerente, ao contrário do afirmado nos laudos médicos unilaterais apresentados, não se enquadrava nos casos clínicos de urgência, indeferindo assim o pedido de priorização na percepção do órgão. O Desembargador Relator Wellington Pacheco Barros menciona:

²⁶⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 97.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 390.

A decisão pretende ser considerada como conhecimento ou como aplicação do direito. O direito contém regras suficientes (por exemplo, as regras das provas) para garantir que isso é possível em todos os casos. Portanto, não se pode colocar em dúvida que isso é possível, ademais considerando que é possível comprovar nos textos elaborados (tradução livre).

De efeito, porque se existe a extrema gravidade médica capaz de determinar a não-observação da lista de espera, competente para tal afirmativa é o médico incumbido desse mister e este, o Dr. Roberto Schlindwein, Coordenador da Central de Transplantes, em contato mantido logo após o recebimento deste recurso no Gabinete, reafirmou o ofício contido à fl. 22 de que o agravante não se encontra em situação de urgência máxima e, por decorrência direta, não tem aplicabilidade o Decreto que possibilita a não observância da lista de espera.²⁶⁹

E foi imbuído da necessidade de expandir a abertura cognitiva (aprendizagem) do sistema do direito com o sistema da saúde, que o Supremo Tribunal Federal promoveu a Audiência Pública nº 4, convocada pelo Presidente Ministro Gilmar Mendes, para ouvir 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.²⁷⁰

O Presidente do Supremo Tribunal Federal convocou a Audiência Pública da Saúde, nos termos do artigo 13, inciso XVII, do Regimento Interno, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde. Os dados levantados na Audiência Pública ficaram arquivados na Presidência do STF e podem ser utilizados por todos os Ministros da Corte, na elaboração de decisões e votos, em qualquer processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal.²⁷¹

A Abertura da Audiência Pública foi realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, ressaltando que a judicialização da saúde representa o fato de satisfazer as necessidades dos requerentes através das decisões judiciais e, ao mesmo tempo, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos anônimos, mas que dependem de idêntico direito, transcreve-se:

²⁶⁹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Constitucional. Administrativo. Saúde Pública. Central de Transplantes. Transplante hepático. Alegado índice máximo de gravidade. Lista de espera. Ação ordinária. Tutela antecipada. Indeferimento na origem em regime de plantão. Contato com médico coordenador dando conta da inexistência da urgência alegada. Não conhecimento. Indeferimento liminar da inicial e extinção do recurso. Agravo de Instrumento nº 70006225247. Des. Relator Wellington Pacheco Barros. Julgado em 23 de abril de 2003.

²⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública Saúde*. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em 01 set. 2010.

²⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública Saúde – Perguntas Frequentes*. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=pergunta>> Acesso em 01. set. 2010.

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde.²⁷²

É o que se depreende também da fala do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, ao evidenciar a imprescindibilidade de obediência às políticas públicas:

Acho que a via judicial bem educa o gestor omissor que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas.²⁷³

E, como ressaltou o Ministro da Saúde na Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal, a via judicial serve para educar o administrador omissor²⁷⁴, que não pratica os ditames fixados nas políticas públicas, impondo-se a atuação do sistema do direito como, por

²⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Abertura da Audiência Pública – Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura da Audiencia Publica/MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica/MGM.pdf)> Acesso em 01.set. 2010.

²⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Ministro da Saúde José Gomes Temporão*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>> Acesso em 01 set. 2010.

²⁷⁴ Transcreve-se ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal que ressalta ser o direito à saúde garantido via políticas públicas e que o Poder Judiciário deve sanar omissões do administrador, mas não interferir no poder discricionário da Administração na execução das políticas públicas, eis:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AI 734487 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220).

exemplo, quando constatada ilegalidade por parte da Administração Pública nos procedimentos de inclusão de pacientes na Lista Única para transplantes ou na definição do receptor, sendo plenamente cabível a interferência do sistema do direito para reprimir o ato ilegal.

Nesse sentido, manifesta-se Luís Roberto Barroso:

A atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.²⁷⁵

A interferência do sistema do direito com as decisões judiciais que deferem a priorização do requerente em detrimento do paciente definido pelo sistema da saúde como potencial receptor evidencia uma corrupção sistêmica, já que mesmo diante da aplicação da Política Nacional de Transplantes pelo sistema da saúde, o sistema jurídico decide com base no código binário doença/enfermidade, pois define o receptor, quando deveria apenas interferir em casos de ilegalidade na implementação da política pública, através do código direito/não-direito, perpetrando a diferenciação na decisão judicial.

A própria autonomia dos sistemas autopoieticos é garantida através de codificações binárias próprias, que garantem a diferenciação, pois o código “es universalmente manejable independientemente del contenido presente de cada comunicación, y posibilita la clausura del sistema por medio de la reformulación de su unidad como diferencia”²⁷⁶, diferença esta indispensável à decisão judicial, a fim de que o sistema do direito não se corrompa, o que ocorre quando julga com base em código diverso do esquema binário direito/não-direito.

Na decisão judicial que define o receptor não há diferenciação pelo sistema do direito, pois decide com base em código binário do sistema da saúde que, inevitavelmente, perde sua autonomia na seleção do receptor para transplante. E a diminuição da autonomia de um

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008, p. 21. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em 17 set. 2010.

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005, p. 126.

[...] é universalmente gerenciável independentemente do conteúdo de cada comunicação, e possibilita a clausura do sistema através da reformulação de sua unidade como diferença (tradução livre).

sistema autopoietico redonda em perda da capacidade de rendimento, porque a desestabilização do sistema da saúde é inegável, como observa Luhmann que ao “poner coto a la autonomia autopoietica y a la dinámica propia de los sistemas, se perderia la capacidad de rendimiento de estos y, en último término, se corromperían”²⁷⁷.

“O sistema legal então tem que implementar a distinção de legalidade e ilegalidade”²⁷⁸, especialmente na decisão judicial que depende da distinção para articular o paradoxo e salvar a própria operacionalidade do sistema, o que Luhmann denomina de “distinção salvadora”, nota-se pela explicitação:

O código do sistema legal, a distinção entre certo e errado ou, para condições modernas, entre atos legais e ilegais, é um primeiro esquema para articular o paradoxo, fundar a possibilidade de autorreferência. [...] “Distinção salvadora” – esta é a receita para resolver o paradoxo, e “salvadora” deveria ser entendida no duplo sentido de salvar o sistema despistando o paradoxo através de uma distinção e salvar a própria distinção pela operação que faz uso delas.²⁷⁹

A decisão judicial que possibilita a judicialização da definição do receptor não realiza a diferença, já que o juiz decide com base no código do sistema da saúde quando, na verdade, deveria julgar através da aplicação do código binário da distinção entre direito e não-direito, elemento binário que compõe a identidade da decisão jurídica, imbuída de coibir atos ilegais, não de definir o paciente apto à recepção do órgão para transplante.

Portanto, resta demonstrada a necessidade de que a decisão judicial seja realizada com base no código da diferença entre direito e não-direito, jamais através do esquema binário de outro sistema autopoietico, para que constitua fruto de uma operacionalidade do sistema do direito, bem como mediante a observância das normas vigentes – especificamente a Política Nacional de Transplantes –, cumprindo sua função de estabilização das expectativas normativas.

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. El futuro como riesgo. In: BAUMAN, Zygmunt; GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LUHMANN, Niklas. *Las Consecuencias Perversas de La Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 197.

Caso contrário, se diminuir a autonomia autopoietica e a dinâmica própria dos sistemas, se perderia a capacidade de rendimento e, em último caso, os sistemas se corromperiam (tradução livre).

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Traduzido por Cicero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 39, p. 45-52, jan-jun. 2006, p. 52.

²⁷⁹ Idem, ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde compõe um sistema autopoietico da sociedade destinado à função de consecução da saúde através de suas próprias estruturas e mediante a aplicação da diferenciação advinda do código binário saúde/enfermidade, que fornece as bases para a clausura operacional e, ao mesmo tempo, permite a abertura cognitiva para o entorno, garantindo a estabilidade funcional, podendo-se afirmar que o esquema binário é imprescindível ao exercício da função do sistema da saúde, pois permite o processo de diferenciação e facilita as operações recursivas do sistema, comparando-se a um filtro das influências externas advindas da abertura cognitiva.

E o sistema da saúde cumpre sua função de consecução da saúde no momento em que se orienta através do código binário, em específico quanto se está diante da definição do receptor para realização de transplante de órgãos, prática definida pelo Sistema Único de Saúde – estrutura organizacional do sistema da saúde – como de alta complexidade, sendo necessário aplicar caracteres de seleção baseados na incidência do código saúde/enfermidade, a fim de escolher o potencial receptor inscrito em Lista Única.

A alta complexidade não se refere apenas ao procedimento técnico, mas também pelo fato de que se está diante de recurso escasso (potenciais doadores) e de demanda elevada (potenciais receptores). Dessa forma, o Ministério da Saúde instituiu no ano de 1997 a Política Nacional de Transplantes, através da [Lei nº 9.434/97](#) e [Decreto nº 2.268/97](#), criando a estrutura organizacional do sistema da saúde denominada Sistema Nacional de Transplantes (SNT), detentora da competência para operacionalizar o processo de captação e distribuição de órgãos e coordenar o Sistema de Lista Única de Receptores e as Centrais Estaduais de Transplantes.

A Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde – Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes – regulamenta a alocação de órgãos e tecidos expressa pela Política Nacional de Transplantes, especificando a obrigatoriedade de distribuição conforme o Sistema de Lista Única. Todavia, a ordem cronológica de inscrição não constitui o único fator determinante na definição do receptor, trata-se de uma regra que comporta exceções, especialmente quando constatada pela Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO a iminência de óbito do paciente, flexibilizando assim o critério da ordem cronológica diante da constatação clínica de urgência.

A Política Nacional de Transplantes é pautada pela aplicação do código binário saúde/enfermidade, tanto é assim que um transplante somente se realiza em pacientes inscritos em Lista Única, que possuem a inscrição deferida após a análise pelo Sistema Nacional de Transplantes de exames clínicos que atestem a gravidade da moléstia (enfermidade) e a ausência de possibilidade de cura medicamentosa, sendo o transplante o único procedimento para assegurar a saúde do organismo humano (saúde).

Da mesma forma, não se pode negar que os critérios seletivos aplicados pela Política Nacional de Transplantes reduzem a complexidade para otimizar a definição do potencial receptor, pois os caracteres de seleção incluem desde o fator da ordem cronológica de inscrição até os casos de estado clínico de urgência ou situações em que o tempo estimado de deslocamento do potencial receptor torna inviável o transplante, elidindo o risco de escolha errônea do paciente.

Assim, o sistema da saúde opera com elementos seletivos estabelecidos pela Política Nacional de Transplantes para a correta decisão acerca da definição do receptor, pautados pelo código binário saúde/enfermidade, priorizando o paciente inscrito na Lista Única que se encontra em quadro clínico de urgência, com o objetivo de realizar a função do sistema da saúde de consecução da saúde ou, no caso do transplante de órgãos, de consecução da vida.

A relação da saúde com o direito é fundamental à tutela do direito à saúde, especificamente no que tange à efetivação constitucional da saúde como um direito de todos e um dever do Estado, sendo necessário à consecução funcional do sistema o caráter normativo-jurídico das políticas de saúde pública – incluindo, por exemplo, a tutela jurídica de aplicação da norma que rege a Política Nacional de Transplantes.

E o direito é um sistema autopoietico, pois consegue se autorreproduzir a partir de um código próprio, o código binário direito/não-direito, orientando-se de forma permanente por esta distinção, com a função de estabilizar as expectativas normativas, viabilizando assim uma decisão adequada ao texto constitucional e às leis infraconstitucionais, um direito fundamental do cidadão.

Ao constituir um sistema autopoietico, o direito é operacionalmente fechado – clausura operativa –, o que significa dizer que o sistema jurídico define seus próprios limites de atuação. O fechamento operacional institui a validade do sistema jurídico e a aprendizagem constitui a abertura cognitiva do sistema para o meio, pois na função de estabilizar expectativas normativas, o sistema jurídico se confronta com eventos que advêm de diferentes sistemas sociais, porém deve decidir (operar) pela clausura operativa através de seu código binário próprio.

Além disso, a comunicação jurídica, norteadada pelo código direito/não-direito, permite que o sistema do direito defina a fronteira limítrofe que separa a comunicação de seu interior da complexidade abundante que o ambiente fornece, sendo defeso proferir decisão com base em código binário diverso. A operacionalidade do sistema jurídico conforme o código binário assegura a autonomia do sistema, pois denota que o sistema opera com um código próprio, sem ter que utilizar o código de outro sistema para decidir, no entanto, o sistema do direito realiza o acoplamento estrutural com os demais sistemas, a fim de que se reproduza mantendo contato com o externo através da abertura cognitiva, mas opere por seu próprio código binário.

Nesse sentido, ressalta-se que o sistema do direito não possui ingerência nos caracteres seletivos médicos aferidos pelo sistema da saúde para definir o receptor de órgãos, concluindo-se que a decisão viabilizadora da judicialização da definição do receptor para transplante utiliza o código saúde/enfermidade como elemento decisório, quando o sistema jurídico deveria operar sob o código direito/não-direito, tendo a função de sanar eventuais ilegalidades na definição do receptor e não definir o potencial receptor.

A decisão judicial que autoriza a “burla” na Lista Única representa a perda de autonomia do sistema da saúde, pois a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO não apontou o caso do requerente como de urgência para priorização, em contrapartida, o sistema do direito aponta o caso como de urgência, tendo assim operado com base no código do sistema da saúde, pois realizou na decisão judicial diagnóstico acerca do estado clínico de urgência do requerente.

Da mesma forma, no momento em que o magistrado defere a decisão liminar para definir o receptor de órgãos não está julgando de acordo com os programas do sistema do direito, porque a norma estabelece a competência do sistema da saúde, através da organização do Sistema Nacional de Transplantes, para definir o potencial receptor, incluindo os casos clínicos de urgência que são priorizados na Lista Única de Receptores, o que resta expresso na Política Nacional de Transplantes (Lei nº 9.434/97, com alterações inseridas pela Lei nº 10.211/01) e no Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes (Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde).

Aliás, o fim casuístico de deferir a determinado requerente que ingressa com uma ação judicial o direito de realizar prioritariamente o transplante sem passar pela análise dos critérios clínicos de urgência definidos pelo sistema da saúde não constitui fundamento para uma decisão advinda do sistema do direito, uma vez que o julgamento fundamentado em premissas teleológicas, ponderações ou discricionariedade judicial apenas corrói a função do sistema do direito de estabilizar expectativas normativas e torna impraticável a redução da complexidade.

O sistema do direito para cumprir sua função deve decidir de forma adstrita ao código binário e aos programas, sob pena de estar-se admitindo decisões aleatórias que não propiciam a estabilização das expectativas normativas, como ocorre no deferimento da liminar de antecipação dos efeitos da tutela para definição do receptor de órgãos, que ignora os ditames advindos da Política Nacional de Transplantes.

A antecipação dos efeitos da tutela constitui o instrumento processual da judicialização da escolha do receptor de órgãos, donde se evidencia a concretização do regime jurídico da urgência do requerente na realização do transplante, situação em que todo anseio do indivíduo que ingressa em Juízo não pode esperar, não pode ser preterido pelo anseio do outro em idêntica situação de urgência, pois o deferimento da tutela antecipada com base na urgência do requerente constituirá, invariavelmente, violação da urgência de outro expectador da Lista Única, já que o estado de urgência é imanente ao procedimento de transplante, visto como o último procedimento para garantia da vida.

O argumento do estado de urgência não é condição excepcional do requerente, até mesmo porque os casos clínicos de urgência, diagnosticados pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO's, permitem a priorização do potencial receptor na Lista Única de Espera, afastando o critério cronológico, conforme previsão da Portaria nº 2.600/09 do Ministério da Saúde. Além disso, a prova inequívoca que fundamenta o provimento do pedido antecipatório na escolha do receptor consubstancia-se em atestados médicos unilaterais diagnosticando o risco da permanência na Lista Única, algo intrínseco a todos os integrantes da Lista Única de Receptores.

Por isso, tal prova não tem o condão de formar o juízo verossímil, pois laudos médicos privados atestando o risco de permanência na Lista Única de Espera podem ser alcançados por qualquer expectador da Lista Única, já que todos urgem pelo transplante de órgãos como única forma de sobrevivência, sendo defeso ao juiz decidir o caso individual sem cogitar os demais casos concretos idênticos, ainda mais diante do fato de que a Política Nacional de Transplantes estabelece que o estado de urgência autorizador da precedência do paciente advém de decisão da Central de Transplantes, não de laudos médicos privados.

Outro óbice legal ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela para definir o receptor de órgãos na Lista Única é a necessidade de que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório. Ora, a reversibilidade da medida constitui algo impossível na escolha do receptor, haja vista inexistir forma de reposição ao estado anterior à providência, pois uma vez alocado o órgão, a esperança dos expectadores da Lista Única de Espera e principalmente daquele ser humano que ocupava a primeira posição de inscrição cronológica é esvaída, já que a situação de necessidade e verossimilitude é evidenciada em todos os integrantes da Lista Única de forma equivalente.

No caso da definição do receptor para transplante, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação advindo do risco de que a morosa prestação jurisdicional possa conduzir a uma inocuidade significa que para elidir um perigo de dano o Poder Judiciário produzirá outro de maior amplitude, afetando a coletividade representada pelos demais pacientes integrantes da Lista Única, diante da insuficiência de meios jurídicos para precisar se a situação de um é mais ou menos grave daqueles que se encontram nas primeiras posições da Lista Única de Espera, de interesse público indisponível.

Ademais, a decisão judicial que defere a antecipação dos efeitos da tutela pode aniquilar com a vida de um expectador que se encontra na Lista de Pacientes Priorizados, já que o magistrado baseia-se exclusivamente nos dados unilaterais apresentados pelo requerente

– que, logicamente, não se enquadrava nos critérios de urgência estabelecidos pela Portaria nº 2.600/09 – , sem acesso aos casos de urgência já estabelecidos pela Central de Transplantes.

Além da priorização do paciente pelo estado clínico de urgência e iminência do risco de óbito, o parágrafo 5º, do Decreto nº 2.268/97, estabelece que a ordem cronológica poderá deixar de ser observada se, em razão da distância e das condições de transporte, o tempo estimado de deslocamento do receptor selecionado tornar inviável o transplante. Contudo, ao deferir a imediata realização do procedimento de transplante o juiz não tem ciência do critério temporal na alocação do órgão, podendo, inclusive, frustrar o transplante em razão do perecimento do órgão no aguardo do receptor definido pelo Poder Judiciário.

Não cabe ao Poder Judiciário, em sede de tutela antecipada, afastar razões eminentemente clínicas quanto à inclusão de pacientes em lista de transplante de órgãos, exceto quando há prova inequívoca de ilegalidade nos procedimentos de inclusão, com respaldo no fato de que a inobservância do critério cronológico somente poderá ocorrer mediante ordem oficial da Central de Transplantes, sob pena de se colocar em risco a vida de outras pessoas que aguardam a ordem cronológica estabelecida pela Política Nacional de Transplantes.

Portanto, a observância do código binário do sistema do direito e do sistema da saúde é fundamental na tutela do direito à saúde, pois o *direito à saúde* é propriamente resultado do acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da saúde, constituindo um direito fundamental constante do rol de direitos sociais, integrando o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal.

O *direito à saúde* deve ser tutelado no momento da definição do receptor de órgãos para transplante por ambos os sistemas, já que o direito à saúde, neste caso, se aproxima do direito à vida, devendo a decisão observar a repercussão para a coletividade de expectadores da Lista Única, já que todos têm o direito à saúde ou, no caso, o seu equivalente, o direito à vida.

Entretanto, o fato do *direito à saúde* ser um direito fundamental não justifica o deferimento das liminares pelo Poder Judiciário para definir o receptor de órgãos, porque não se pode cogitar a existência de direitos fundamentais absolutos partindo-se exclusivamente da análise do indivíduo, já que o direito fundamental à vida tem cunho coletivo, especialmente quando se está diante de seres humanos que necessitam do transplante como única forma de manutenção da vida.

Assim, a tutela do *direito à saúde* na definição do receptor de órgãos para transplante reflete o direito à saúde (direito à vida) da integralidade de pacientes inscritos na Lista Única e, por isso, deve ser assegurada pelo sistema do direito e pelo sistema da saúde, este primariamente competente para definir o receptor, já que executa a Política Nacional de Transplantes e aquele, secundariamente, acaso suscitada ilegalidade na definição do receptor, através da aplicação do código binário direito/não-direito.

O pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela para viabilizar a “burla” na fila única de transplantes impõe ao sistema do direito a necessidade de *decidir*, pois o acesso à justiça constitui um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, sendo defeso ao juiz se negar a proferir decisão acerca do pedido de definição do receptor, em face da indeclinabilidade jurisdicional, isto é, a *não-decisão não é permitida*.

Logo, não se coloca em questão a contrariedade à judicialização, haja vista a indeclinabilidade jurisdicional, mas o que se propõe é a necessidade de decisões judiciais consistentes, que realizem a diferença por intermédio da incidência do código próprio do sistema do direito, não se admitindo uma judicialização com respostas advindas da corrupção sistêmica, julgando-se com base em código diverso do sistema jurídico, o que ocorre na judicialização da definição do receptor de órgãos.

Tendo em vista a indeclinabilidade jurisdicional, pode-se asseverar que uma das restrições na liberdade de interpretação do julgador reside na legislação e, especialmente, no caso dos transplantes, na Política Nacional de Transplantes, constituindo política pública expressa mediante a força normativa da lei e, logicamente, advém de uma decisão do sistema político que alcança vinculação coletiva, diferentemente de uma decisão judicial que vincula apenas as partes litigantes do processo.

A garantia constitucional do acesso à justiça não significa que o Poder Judiciário pode modificar ou desconsiderar políticas públicas em decisões casuísticas, até mesmo porque as políticas públicas devem advir do Poder Legislativo e Executivo, sendo vedada a intervenção judicial, permitida apenas diante da constatação de ilegalidade na execução (código direito/não-direito), sendo proibido ao sistema do direito analisar o mérito da política pública, o que constitui competência do sistema político.

As políticas públicas decididas pelo sistema da política refletem uma dimensão coletiva, ao contrário, as decisões judiciais são meramente casuísticas, por isso o sistema do direito não pode decidir politicamente, sob pena de o sistema jurídico proferir decisões que representem risco de lesão à ordem pública administrativa, beneficiando apenas o litigante,

em detrimento da coletividade, representada, no caso da definição do receptor de órgãos, pelos integrantes da Lista Única.

Ademais, a vinculação constitucional do direito à saúde às políticas públicas visa garantir a universalidade das prestações e preservar os direitos dos cidadãos independentemente das condições de acesso ao Poder Judiciário, mantendo uma isonomia na distribuição de recursos escassos, ante o fato inconteste de que a população de baixo potencial financeiro não dispõe de idênticas condições de acesso à justiça para obtenção da tutela antecipada na definição do receptor de órgãos.

Infere-se que a defesa dos expectadores para transplante reside no próprio sentido de coletividade inserto na Lista Única, que imuniza as arbitrariedades e os favorecimentos advindos da minoria com recursos financeiros para pleitear a priorização na fila através da ação judicial, objetivando exclusivamente o interesse individual, ao contrário, a Política Nacional de Transplantes vincula toda a coletividade de integrantes da Lista Única de Receptores.

A Política Nacional de Transplantes emerge do sistema da política e, por isso, além de vincular a coletividade, visa o bem comum de pacientes que integram a Lista Única, devendo ser observada no momento da decisão judicial advinda do sistema do direito, o que não obsta ao sistema jurídico o controle da legalidade na execução da política pública, mas serve de limite ao juiz no momento da decisão judicial, vedando-se decisões judiciais dissociadas dos ditames da política e que ignoram os critérios de definição do receptor insertos na política pública ou, em outras palavras, decisões que “fazem” uma nova política pública no caso particular.

A análise jurisprudencial do estudo de caso específico da judicialização da definição do receptor de órgãos para transplante abordou todos os Tribunais de Justiça do Brasil, percebendo-se que os casos judiciais com pedido de priorização na Lista Única se concentram no Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, revelando posicionamentos dissonantes, em que algumas Câmaras dos Tribunais de Justiça deferem a vindicada tutela e outras entendem pelo indeferimento, inexistindo jurisprudência pacífica.

Os julgamentos que deferem a antecipação dos efeitos da tutela para definir o receptor são embasados em laudos médicos unilaterais e partem do pressuposto de que o direito fundamental à vida do requerente é absoluto, mesmo que tal decisão acarrete a aniquilação da garantia à vida dos demais expectadores da Lista Única que dependem da mesma medida para a sobrevivência, ignorando o idêntico direito à vida de tantos outros que aguardam na fila,

bem como a imprescindibilidade da adoção de critérios seletivos na escolha do receptor, considerando a demanda excessiva de um recurso escasso.

Em contrapartida, as decisões judiciais que indeferem o pedido liminar são fundamentadas, invariavelmente, na constatação de que o risco de vida não diferencia o requerente dos demais, incumbindo à equipe médica da Central de Transplantes, de acordo com as regras da Política Nacional de Transplantes, a escolha do potencial receptor, também pelo fato do Poder Judiciário ser desprovido de conhecimentos médicos suficientes para precisar se o requerente se encontra em situação mais grave que os demais integrantes da Lista Única de Receptores.

Na verdade, mesmo considerando o direito à vida como um direito individual, indubitável que apenas pode ser exercido no meio social, o que demanda a interdependência com as demais vidas, vedando-se a interpretação individualista do direito à vida, evidenciada na decisão judicial que determina a priorização do requerente que bate às portas do Judiciário para a percepção do órgão, típica decisão de um “juiz-deus” que acredita ter o poder de decidir sobre a seleção da vida, preferindo uma vida e condenando diversas em análoga situação periclitante.

Mais: o próprio interesse público inserto na Política Nacional de Transplantes rejeita o tratamento individualista na escolha do receptor, sendo indispensável a observância de critérios que garantam o acesso igualitário ao órgão indispensável à manutenção da vida, pois o interesse particular de um indivíduo não pode sobrepujar idêntico interesse de outros tantos indivíduos que compõem a mesma comunidade de expectadores pela vida que integram a Lista Única de Receptores.

A aderência do julgador à norma que regula a escolha do receptor para transplante garante condições equânimes aos integrantes da Lista Única no acesso à percepção do órgão, pois a Política Nacional de Transplantes já inclui os casos de urgência que demandam priorização, elidindo o risco intrínseco às decisões judiciais que admitem a “burla” na Lista Única de estarem privilegiando determinadas vidas em detrimento de outras e, concomitantemente, aumentando o risco de morte dos demais pacientes-expectadores, já que o tempo de espera será prorrogado para todos os integrantes da fila única.

Igualmente, observou-se que o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para definir o receptor de órgãos constitui uma decisão isolada do sistema do direito, que em momento algum sofreu uma abertura cognitiva para o sistema da saúde que justificasse a priorização do requerente. Aliás, o sistema jurídico, em que pese ser responsável

pela tutela do *direito à saúde*, não efetua regularmente a aprendizagem (abertura cognitiva) com o sistema da saúde, algo salutar para a tutela jurídica de tal direito social.

E foi diante da necessidade de abertura cognitiva (aprendizagem) do sistema do direito com o sistema da saúde, que o Supremo Tribunal Federal promoveu a Audiência Pública nº 4, convocada pelo Presidente Ministro Gilmar Mendes, para ouvir 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a fim de fundamentar com consistência (justiça) as decisões judiciais nos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Logicamente, a abertura cognitiva como aprendizagem não elide a contingência intrínseca ao ato de decidir, ou seja, a decisão judicial não espelha uma escolha justa ou a justiça propriamente dita, mas apenas uma opção (contingência) dentre as possibilidades (complexidade), exigindo-se do julgador uma escolha consistente e fundamentada, pois a justiça denota, resumidamente, a consistência da tomada de decisão.

E no caso do sistema jurídico, a consistência da tomada de decisão é evidenciada na fundamentação da decisão judicial através da aplicação do código binário direito/não-direito, não mediante o operar pelo código do sistema da saúde (saúde/enfermidade), devendo realizar a diferença, posto que uma decisão judicial tem o condão de operar a distinção entre lícito e ilícito, algo indispensável para articular o paradoxo e resguardar a própria operacionalidade do sistema do direito.

A decisão judicial que define prioritariamente o requerente para a realização do transplante não realiza a diferenciação pelo sistema do direito, já que a tomada de decisão é fundamentada com base no código binário do sistema da saúde, quando deveria operar a diferença entre direito e não-direito, bem como observar as normas vigentes, especificamente a Política Nacional de Transplantes, cumprindo sua função de estabilização de expectativas normativas e, ao mesmo tempo, permitindo ao sistema da saúde que efetive sua função de consecução da saúde para, ainda, viabilizar que ambos os sistemas autopoieticos, conjuntamente, assegurem a tutela do *direito à saúde* ou, pode-se dizer, no caso do transplante de órgãos, a tutela do *direito à vida*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2010.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASSIS NETO, Francisco. Sobre a fila dos transplantes. *Diário Popular*, Pelotas, fev. 2004. Disponível em: <http://www.diariopopular.com.br/12_02_04/artigo.html> Acesso em: 29 mar. 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. *Registro Brasileiro de Transplantes: Gráficos 2007*. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/profissionais>> Acesso em: 11 mar. 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisões judiciais devem fazer diferença. *Revista Consultor Jurídico*, mai.2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-12/deciso-es-juridicas-levar-serio-valores-principios-constitucionais>> Acesso em: 10 ago.2010.

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre la Teoria Social de Niklas Luhmann*. Traduzido por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em 17 set. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 1.467*. Min. Relator Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 16 de fevereiro de 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública Saúde*. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verprocessoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em 01 set. 2010.

_____. *Audiência Pública Saúde – Perguntas Frequentes*. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=pergunta>> Acesso em 01. set. 2010.

_____. *Audiência Pública – Ministro da Saúde José Gomes Temporão*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>> Acesso em 01 set. 2010.

_____. *Abertura da Audiência Pública – Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/AberturadaAudie ncia Publica/ MGM.pdf>> Acesso em 01.set. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 271.286*. Min. Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12 de setembro de 2000.

_____. *Suspensão de Segurança nº 3073*. Min. Relator Ellen Gracie. Julgado em 09 de fevereiro de 2007.

_____. *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 734487*. Min. Relator Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 03 de agosto de 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direito e Democracia*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Traduzido por Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 5.ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

CARVALHO, Cristiano. O Direito Sanitário Brasileiro. In: CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. *Direito Sanitário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Traduzido por Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COLUCCI, Cláudia; MACHADO, Uirá. Ações por remédios caros favorecem ricos, diz estudo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jul.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/772062-aco-es-por-remedios-caros-favorecem-ricos-diz-estudo.shtml>> Acesso em 06 set.2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. *Direito Sanitário e Saúde Pública – Coletânea de Textos*, Brasília, v.1, p. 39-61, 2003.

_____. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. *Direito Sanitário e Saúde Pública – Coletânea de Textos*, Brasília, v.1, p. 62-81, 2003.

_____. *O Poder dos Juízes*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Menelick de Carvalho Neto, Juliana Neuenschwander Magalhães e Celso Fernandes Campilongo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. Direito e Modernidade. *Sequência*, Florianópolis, ano 19, n. 35, p. 1-9, dez.1997.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). *Temas Atuais de Direito Sanitário*. Brasília: CEAD/FUB, 2009.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ESTADO DE MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Reexame Necessário nº 1.0024.07.744228-3/003*. Des. Relator Maurício Barros, Sexta Câmara Cível, julgado em 23 de junho de 2009.

_____. *Reexame Necessário nº 1.0024.07.385337-6/002*. Des. Relator Almeida Melo, Quarta Câmara Cível, julgado em 19 de junho de 2008.

_____. *Apelação Cível nº 1.04396.06.061752-9/004*. Des. Relator Dárcio Lopardi Mendes, Quarta Câmara Cível, julgado em 16 de abril de 2009.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo de Instrumento nº 70015635022*. Des. Relator João Armando Bezerra Campos, Segunda Câmara Cível, julgado em 30 de agosto de 2006.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70013676044*. Des. Relator Nelson Antonio Monteiro Pacheco, Terceira Câmara Cível, julgado em 26 de janeiro de 2006.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70011728524*. Des. Relator Irineu Mariani, Primeira Câmara Cível, julgado em 24 de agosto de 2005.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70015195688*. Des. Relator João Armando Bezerra Campos, Segunda Câmara Cível, julgado em 06 de dezembro de 2006.

_____. *Apelação Cível 70020318713*. Des. Relator Wellington Pacheco Barros, Quarta Câmara Cível, julgado em 15 de agosto de 2007.

_____. *Apelação Cível nº 70011591963*. Des. Relator Luiz Ari Azambuja Ramos, Terceira Câmara Cível, julgado em 07 de julho de 2005.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70013538715*. Des. Relator Luiz Ari Azambuja Ramos, Quarta Câmara Cível, julgado em 03 de maio de 2006.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70015595549*. Des. Relator Rogério Gesta Leal, Terceira Câmara Cível, julgado em 17 de agosto de 2006.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70006225247*. Des. Relator Wellington Pacheco Barros, Quarta Câmara Cível, julgado em 23 de abril de 2003.

ESTADO DE SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Apelação com Revisão nº 994071302463*. Des. Relator Paulo Dimas Mascaretti, Oitava Câmara de Direito Público, julgado em 09 de abril de 2008.

_____. *Agravo de Instrumento nº 994000296886*. Des. Relator Coimbra Schmidt, Sexta Câmara de Direito Público, julgado em 28 de fevereiro de 2000.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Raúl Zamorano. O sistema político como institucionalização das expectativas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v.2, n.1, p.19-30, jan-jun. 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo. Disponível em: < www.pucsp.br/direito> Acesso em 01 set. 2010.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GALVÃO, Márcio Antônio Moreira. Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930. *Caderno de Textos do Departamento de Ciências Médicas da Escola de Farmácia da Universidade Federal de Ouro Preto*, Ouro Preto, p. 1-33, 2009.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCIA, Valter Duro. A política de transplantes no Brasil. *Revista da Academia Sul-Rio-Grandense de Medicina*, Porto Alegre, n. 50, p. 313-320, out-dez. 2006.

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. Traduzido por Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KING, Michel. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004.

LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.5, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JR, Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005.

_____. *La sociedad de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2007.

_____. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traduzido por Darío Rodríguez Mansilla. México: Iberoamericana, 2005.

_____. *Sistemas Sociales: lineamientos para uma teoría general*. Traduzido por Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. *Sociologia do Direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Traduzido por Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Traduzido por Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

_____. *Organizzazione e decisione*. Traduzido por Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

_____. *Poder*. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. *O Amor como Paixão: para a codificação da intimidade*. Traduzido por Fernando Ribeiro. Lisboa: Difel, 1982.

_____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Sequência*, Florianópolis, ano 15, n. 28, p.15-29, jun.1994.

_____. La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales. In: FISCHER, Hans Rudi; RETZER, Arnold; SCHWEIZER, Jochen (Org.). *El final de los grandes proyectos*. Traduzido por Javier Legris. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997.

_____. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Traduzido por Peter Naumann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

_____. O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento. *Revista Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000.

_____. A terceira questão – O uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Traduzido por Cicero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 39, p. 45-52, jan-jun. 2006.

_____. El futuro como riesgo. In: BAUMAN, Zygmunt; GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LUHMANN, Niklas. *Las Consecuencias Perversas de La Modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas a seres vivos: Autopoiese – A Organização do Vivo*. Traduzido por Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

_____. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Traduzido por Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. 3.ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Cartilha Entendendo o SUS*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf> Acesso em 22 mar. 2010.

_____. *Lista de Espera para Transplante – Junho/2007*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes>> Acesso em: 29 mar. 2010.

_____. *Sistema Nacional de Transplantes*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes>> Acesso em: 13 fev. 2010.

_____. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24627> Acesso em 22 mar. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v.12, n.2, p. 251-266, jul.-dez. 2007.

MORIN, Edgar. *O Método 1 – A Natureza da Natureza*. Traduzido por Ilana Heineberg. 2.ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

_____. *O Método 2 – A Vida da Vida*. Traduzido por Maria Gabriela de Bragança. 3.ed. Lisboa: Europa-América, 1999.

_____. *O Método 6 – Ética*. Traduzido por Juremir Machado da Silva. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. *Ciência com Consciência*. Traduzido por Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. *A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Traduzido por Eloá Jacobina. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana, 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Traduzido por Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005.

_____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Traduzido por Isabel Lifante Vidal. *DOXA*, n. 14, p.169-194, 1993.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2002.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Traduzido por Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

_____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCWARTZ, Germano. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Observações sobre Autopoiese, Normativismo e Pluralismo Jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRÍGUEZ, Darío Mansilla. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Traduzido por Javier Nafarrate. México: Iberoamericana, 2005.

SAGARNA, Fernando Alfredo. *Los Trasplantes de Órganos en el Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A Tutela Antecipada no Direito à Saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

_____. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a Autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SCLIAR, Moacir. *Do Mágico ao Social: trajetória da saúde pública*. São Paulo: SENAC, 2002.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O Conceito de Saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STAMFORD, Artur. *Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.4, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia?*. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRINDADE, André. *Para Entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: Um Direito Fundado na Fraternidade. *Saúde e Direitos Humanos*, Brasília, n. 5, p. 65-86, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito – Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. v.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. *Epistemologia e Ensino do Direito – O sonho acabou*. v.2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde – O Desafio de Compreender um Direito com Duas Faces. *Revista de Direito Sanitário (CEPEDISA)*, São Paulo, v.09, n.02, p.92-131, jul-out. 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.