

DIFERENCIAÇÃO E DESDIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Resumo

O artigo analisa a Constituição brasileira de 1988 a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, destacando os impactos da pressão do sistema econômico sobre o sistema jurídico, especialmente no que tange aos direitos sociais. A Constituição de 1988, fruto de um contexto de redemocratização, buscou efetivar direitos fundamentais, mas vem sofrendo processos de desjuridificação causados pela prevalência do código econômico (Ter/Não-Ter) sobre o código jurídico (Recht/Unrecht). O texto aborda o papel da "reserva do possível" como elemento da comunicação econômica que tenta interferir na autopoiese do Direito, especialmente no tocante ao direito à saúde. A partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais brasileiros, demonstra-se que o Direito brasileiro tem resistido à colonização econômica nesses casos, preservando sua clausura operativa. A tensão entre os sistemas revela o desafio de manter a funcionalidade diferenciada dos subsistemas sociais em contextos de escassez de recursos e globalização, especialmente em países periféricos como o Brasil. A reafirmação do Estado Democrático de Direito é apontada como caminho para reequilibrar a autonomia sistêmica do Direito e garantir a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave

Constituição de 1988; direitos sociais; reserva do possível; autopoiese; sistema jurídico.

SCHWARTZ, Germano
CEO da Fundação Universidade
Caxias do Sul. Professor do
Programa de Pós-Graduação
em Direito (Mestrado e
Doutorado) da Universidade La
Salle. Bolsista de Produtividade
em Pesquisa do CNPq (Nível 2).
germano.schwartz@unilasalle.edu.br
orcid.org/0000-0002-1354-8839



.....

Submetido em: 10/03/2026
Autor convidado

FUNCTIONAL DIFFERENTIATION AND DE-DIFFERENTIATION OF SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL: THE “RESERVE OF THE POSSIBLE” DOCTRINE

Abstract

This article analyzes the 1988 Brazilian Constitution through the lens of Niklas Luhmann’s autopoietic social systems theory, emphasizing the influence of economic system pressures on the legal system, particularly regarding social rights. The 1988 Constitution, shaped during Brazil’s democratic transition, aimed to institutionalize fundamental rights. However, it has faced a process of delegalization due to the dominance of the economic code (Have/Have-not) over the legal code (Legal/Illegal). The paper explores the “reserve of the possible” doctrine as a form of economic communication attempting to infiltrate the legal system’s operations, especially in relation to the right to health. Through analysis of decisions by Brazil’s Supreme Federal Court and other judicial bodies, the study shows that the legal system has largely resisted economic colonization in critical areas, maintaining its operational closure. This systemic tension illustrates the challenges of preserving functional differentiation in contexts of resource scarcity and globalization, especially in peripheral countries. The reaffirmation of the Democratic Rule of Law emerges as a necessary step to reassert legal autonomy and ensure the realization of fundamental social rights.

Keywords

1988 Constitution; social rights; reserve of the possible; autopoiesis; legal system.

1 INTRODUÇÃO

Promulgada em 12 de Outubro de 1988¹, a Constituição da República Federativa do Brasil representou, simbolicamente, um novo momento para os brasileiros. De fato, depositou-se na Lei Fundamental uma série de sentimentos e desejos represados em anos de ditadura militar².

Natural, portanto, que as expectativas normativas lançadas pela sociedade brasileira fossem apontadas para uma (re)orientação do país. Nesse sentido, por exemplo, o texto constitucional é abundante em seu rol de direitos fundamentais. Nada mais lógico caso se entenda a positivação como reação aos atos de tortura³ e de restrição dos direitos fundamentais praticados sob a guarida da Constituição Federal de 1967.

Tal foi o cuidado com o rompimento do passado que a Carta Magna possui 345 artigos (250 no texto e 95 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias). Muitos deles não podem ser classificados, em sede de teoria da Constituição, como de caráter materialmente constitucional. No entanto, ali estão como uma espécie de salvaguarda hierárquico-normativa. Uma tática legislativa questionável, mas compreensível no contexto social brasileiro.

Alcunhada de Constituição-Cidadã, ela, por si só, era a esperança de um povo para o desenvolvimento e para a justiça social (art. 3º, CF/88). Serviu, também, de transição paradigmática para uma nova postura em relação à efetivação dos direitos fundamentais via Poder Judiciário. Dito de outra maneira: reposicionou o Brasil como um Estado Democrático

¹ Na tarde desse dia, no Congresso Nacional, o Deputado Ulisses Guimarães, responsável pela liderança dos trabalhos constituintes, subiu à tribuna e promulgou a Constituição Federal do Brasil, referindo, entre outras palavras, que se tratava de uma Constituição Cidadã, razão de sua alcunha até os dias presentes.

² A ditadura militar iniciou, no Brasil, no ano de 1964. Finalizou-se, oficialmente, com o término do mandato do General João Batista Figueiredo, em termos de 1985.

³ Os atos de tortura nunca foram legalizados no Brasil. Contudo, foram praticados com maior ênfase durante os anos 70, notadamente a partir da edição do Ato Institucional 05/68.

de Direito (art. 1º, CF/88), e, com isso, reportou a ela mesma uma função ativa na sociedade brasileira.

Contudo, passados mais de trinta e sete anos, o fato é que o texto original foi modificado sobremaneira. Várias dessas alterações tiveram como pano de fundo a discussão entre os custos dos direitos previstos e a necessidade de desregulamentação em alguns setores⁴. Como um país periférico, o Brasil foi acossado pelas forças da globalização.

O fenômeno globalizatório produziu diferentes formas de pressão sobre a Constituição Brasileira. Um deles, cuja repercussão é sentida nas modificações da Lei Fundamental, é a pressão do sistema econômico em relação ao sistema jurídico. Precisamente sobre esse aspecto é que o artigo se debruça.

Antecipando o ponto central do ensaio: é necessário que o sistema jurídico de países periféricos preserve sua autonomia em relação à abertura cognitiva exercida pela comunicação advinda, principalmente, do sistema econômico. De fato, a sobreposição do código deste (Ter/Não-Ter) sobre o daquele (*Rech/Unrecht*) é causadora, no Brasil, de uma realidade desjuridificante da Constituição Brasileira (e dos direitos sociais) em seus poucos anos de vida.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988: FORMAÇÃO DE SENTIDO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O Brasil possui um histórico constitucional que não propiciou a formação de uma vontade de respeito à Constituição. Foram sete diplomas constitucionais até a promulgação

⁴ A Emenda Constitucional nº20, de 1998, é o grande exemplo. Reformulou o sistema previdenciário brasileiro em função, grande parte, do sucesso chileno (privatista). Além disso, tornou mais rígidas as regras, especialmente nos quesitos idade e tempo de contribuição. Por quê? O governo não teria mais recursos para arcar com os direitos fundamentais sociais relativos à previdência dos brasileiros. Hoje, 2026, os discursos continuam os mesmos e existe grande probabilidade de, pelos mesmos motivos, as regras já alteradas serem, novamente, modificadas.

do atual texto constitucional. Em uma pequena digressão pode se verificar que as mudanças são alternadas, com uma única exceção. A variação partia de uma Lei Fundamental de caráter antidemocrático para outra de matriz oposta. Um verdadeiro pêndulo.

Com a vinda da Família Real Portuguesa, fugitiva da invasão do Exército de Napoleão, no ano de 1808, o Brasil obteve um *status* diferenciado. Deixou de ser colônia para ser Reino Unido. Contudo, as leis (e o monarca) eram portuguesas, inexistindo uma Lei Fundamental que contemplasse as características da sociedade brasileira da época.

Em 1822, no dia 7 de setembro, o Brasil proclama sua independência da antiga metrópole. Quase não houve embates, o que, de certa forma, vai influenciar muito da formação de sentido do povo brasileiro, ligado muito mais à negociação do que ao conflito. Sendo uma nova nação, e diante do espírito da época, tal qual outros países da América, houve a necessidade de uma mudança paradigmática. A Constituição refletiria esse novo espírito?

Não. O Brasil “optou” por continuar um Império. O motivo é simples: a independência foi proclamada pelo filho do Imperador Português. Ele se tornou o novo monarca. Em 1824, a primeira Constituição do Brasil é outorgada. Era a Constituição do Império. Ela manteve as mesmas bases da sociedade burguesa brasileira iniciada com o Brasil-Colônia e reforçada pelo Reino Unido. Era necessária a manutenção do *status quo*.

De forma inédita, o Brasil consagrou um quarto Poder, o Moderador, que atuava lado a lado com os outros Poderes Instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). O Monarca, contudo, centralizava, em suas mãos, a capacidade de revisar atos dos outros Poderes, podendo, inclusive, substituir seus membros.

A mudança foi lenta. A Abolição da Escravatura, em 1888, foi o ponto chave para a transição de um Império para uma República. De novo, houve poucos embates para que isso ocorresse. Em 1889, no dia 15 de novembro, o Brasil se torna, a exemplo e sob a inspiração

direta dos Estados Unidos da América, em uma República: a República dos Estados Unidos do Brasil.

Em 1891, fruto de uma Comissão de Notáveis, foi promulgada a nova Constituição do Brasil. Muito embora tivesse nítidos contornos liberais, não houve uma ruptura com o passado. Extinguiu-se, à evidência, o Poder Moderador. Mas o voto não foi permitido a todos os brasileiros. Apenas uma parcela poderia fazer uso dessa prerrogativa⁵. Um desvio tipicamente brasileiro das instituições democráticas.

À época o Brasil era uma nação agrícola. Seus produtos de maior destaque eram o café (São Paulo) e o leite (Minas Gerais). Ambos os Estados, portanto, eram as unidades da federação de maior importância econômica. Também eram as de maior densidade demográfica. Com isso, São Paulo e Minas Gerais produziram a famosa política do café com leite. Significava a alternância de oriundos desses Estados no cargo de Presidente da República.

O *crack* de 1930, aliado a algumas dissidências internas dos Estados fora da política vigente, fizeram ruir o valor econômico do café e do leite, e, portanto, da força política dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais. Uma nova Constituição precisava retratar esse momento. Ela foi promulgada em 1934. Sua grande figura foi Getúlio Vargas, nascido no Estado do Rio Grande do Sul, figura política que centralizaria os próximos movimentos constitucionais.

Quando a II Guerra Mundial é declarada, Getúlio Vargas era Presidente do Brasil, simpatizante do Eixo. Em 1937, usando como motivo a necessidade de implementação de reformas sociais (realmente ocorridas), que, segundo ele, eram impedidas pelas forças econômicas de outrora, decreta o fechamento do Congresso e substitui vários magistrados.

⁵ Restavam excluídos da possibilidade de votar os analfabetos, as mulheres, os praças-de-pré (soldados), os religiosos submetidos à obediência eclesiástica e os mendigos.

Além disso, outorga a Constituição de 1937, cuja inspiração totalitária era tamanha que ficou conhecida como a Carta Polaca, em alusão à Lei Fundamental vigente na Polônia (Andrade; Bonavides, 1991, p. 100-130).

Em 1945, a II Guerra finda. Mesmo que o Brasil tenha ficado ao lado dos Aliados (1943), participando de combates no Sul da Itália, Getúlio passou a ser visto como um líder ultrapassado. Em 1946, o Brasil adota uma nova Constituição. Seu caráter liberal propiciou um breve histórico de eleições presidenciais democráticas. É nesse período que surgem eminências políticas como Jânio Quadros e Juscelino Kubitschek.

Fruto dos ventos democráticos e da pluralidade partidária consagrada pela Constituição de 1946, o Brasil, assim como todos os países da América do Sul, foi povoado por ideais marxistas. Partidos “comunistas” como o PC do B⁶ e o PCB⁷ tiveram importância na vida política. Havia, portanto, um “perigo” de socialismo no Brasil.

Com isso em mente, os militares, em 1964, tomam o Poder, fechando o Congresso e ocupando o cargo de Presidente da República. Em 1967, outorgam uma Constituição antidemocrática, instituidora do voto indireto para presidente. Ela foi reforçada por vários Atos Institucionais e por uma Emenda Constitucional (1969) que a tornou cada vez mais dura. A censura prévia, por exemplo, passou a ser regra em todos os veículos de comunicação.

Note-se que também nesse período foram raros e esporádicos os movimentos sociais que se contrapuseram ao regime vigente. Uma mudança viria a ocorrer em 1984. A partir dali a sociedade brasileira passou, com força, a desejar votar para a Presidência da República, em franca reação à política vigente.

⁶ Partido Comunista do Brasil.

⁷ Partido Comunista Brasileiro.

O breve resgate histórico feito não procurou detalhar a historicidade dos acontecimentos. Foi seu objetivo demonstrar que todas as mudanças constitucionais, à exceção daquela que levou à promulgação da Constituição de 1988, restavam inseridas dentro de um contexto econômico. A formação de sentido de uma Lei Fundamental, no Brasil, está ligada inexoravelmente à Economia, de tal forma que em vários momentos ela se sobrepôs ao sentido jurídico da Carta Magna.

Disso decorre a pouca afeição dos Tribunais, dos operadores e dos cidadãos à Lei Fundamental durante o período do Brasil enquanto nação. A mudança paradigmática foi realizada pela Constituição de 1988, fruto de um movimento político de oposição ao regime vigente. No entanto, alguns resquícios ficaram: o código econômico (Ter/Não-Ter) ressurgiu com força nesses vinte e seis anos, desfigurando a formação de sentido dessa Lei, causadora, como já dito, de sua realidade desjuridificante.

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988: FORMAÇÃO DE SENTIDO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Em 1982, são realizadas eleições no Brasil, exceção feita ao cargo de Presidente da República. No ano de 1985, é eleito, pelo Colégio Eleitoral, como Presidente, Tancredo Neves, civil, que morre antes de assumir. Após longa discussão jurídica, seu vice, José Sarney, também civil, assume o posto. Após, é feita a eleição de um Congresso Nacional. Sarney convoca a Comissão conhecida como Afonso Arinos ou “Comissão dos Notáveis”, composta por 50 grandes juristas.

Sarney, por meio de uma mensagem ao Congresso Nacional, transformada na Emenda Constitucional 26/85, convoca o Congresso Nacional para que represente o papel de uma Assembleia Constituinte. É de se notar que, estando sob a vigência da Constituição de 1967, silenciosa a respeito da possibilidade de convocação de Assembleia Constituinte, a

emenda estava eivada de inconstitucionalidade do ponto de vista do direito vigente. No entanto, legitimava-se pela vontade do povo, expressa na campanha nacional pelas *Diretas Já* (1984), direcionada ao direito de todos os cidadãos brasileiros votarem de forma direta para a Presidência da República.

Dentro desse contexto, é promulgada, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, também conhecida, por denominação do então congressista Ulisses Guimarães, como “Constituição Cidadã”, especialmente pelo amplo rol de direitos fundamentais (sociais) nela previstos.

A Constituição possui um dualismo. Às vezes social; em outras, liberal. Seu texto reflete os dois grandes grupos políticos que travaram discussões durante a Constituinte. O *Centrão*, de direita, alinhado ao *status quo ante* e a *Esquerda*, que abrigava, em um grande espectro, os detratores do regime militar. Antes de tudo, a Constituição de 1988 originou-se, como sempre na história brasileira, de um grande acordo.

Isso, todavia, não impediu que ela contivesse uma série de avanços. Tornou-se um texto analítico muito em razão do temor de que uma letra legal genérica pudesse esvaziar seu sentido. Era necessário, à época, fazer da Lei Fundamental um instrumento dirigente da sociedade brasileira.

De uma forma geral, a Constituição de 1988 pode ser tripartida:

- (a) *Uma Constituição Social* – a Carga Magna implementou direitos de várias gerações. Alguns foram recuperados (livre expressão), outros reforçados (direito ao trabalho), bem como positivou, de forma inédita, vários outros (direito à saúde, direito ao meio-ambiente).
- (b) *Uma Constituição Política* – houve o estabelecimento da tripartição de Poderes como regra, fundamentada na harmonia e independência entre Executivo, Legislativo e Judiciário. No mesmo sentido, salvaguardou como cláusula pétrea o direito a voto secreto e regular.

Também estruturou a forma de Estado (Federação) e de seus entes, delimitando suas respectivas autonomias.

(c) *Uma Constituição Econômica* – o texto constitucional respeitou a propriedade privada e a livre iniciativa, baseada, contudo, em uma noção de justiça social e de respeito ao trabalho que permeia seu sentido.

Como espelho dessa orientação triangular, a Constituição de 1988 estabeleceu um capítulo inteiro destinado à Ordem Social. Além disso, vários direitos sociais foram estabelecidos em seu artigo 6º, tais como a segurança, o trabalho, a saúde, a previdência, etc.

No mesmo sentido, no plano político, qualificou-se como crime inafiançável qualquer atentado à ordem democrática, bloqueando-se golpes de qualquer natureza, além do já citado direito ao voto direto para todas as categorias do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

No plano econômico, a propriedade privada passou a ter um novo limite: a função social. O Estatuto da Cidade é descendente direto da determinação constitucional, procurando combinar os interesses econômicos imobiliários com o desenvolvimento ambiental. Ao mesmo tempo, preservou-se a livre iniciativa de modo bastante amplo.

Por outro lado, sob o ponto de vista estrutural, excetuando-se o preâmbulo, a Constituição de 1988 foi dividida em 10 capítulos, cuja posição geográfica, propositadamente, foi bastante diversa da Constituição Militar até então vigente. Sua ordem é a seguinte: (1) Princípios Fundamentais, (2) Direitos e Garantias Individuais, (3) Organização do Estado, (4) Organização dos Poderes, (5) Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, (6) Tributação e Orçamento, (7) Ordem Econômica e Financeira, (8) Ordem Social, (9) Disposições Constitucionais Gerais e (10) Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Contudo, sua maior característica, como anteriormente sublinhado, é o desejo de democracia, e, portanto, de mudança, rumando a um Estado Democrático de Direito baseado, notadamente, de acordo com seu artigo terceiro, nos valores de uma sociedade livre, justa e solidária, cujas grandes metas são a erradicação da pobreza e a marginalização, seguida de uma redução das desigualdades sociais e regionais. Mas isso ainda persiste? Uma pergunta fica: os ventos de 1988 ainda sopram em 2015?

4 OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL: O DESVIO DO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como anteriormente delineado, a Constituição Federal de 1988 possui uma formação de sentido que leva a duas conclusões: (a) optou-se por uma mudança no que se reporta aos direitos fundamentais, colocando-os em lugar de destaque em seu texto; (b) buscou uma transformação paradigmática da sociedade brasileira com sua opção por um Estado Democrático de Direito.

Ocorre, todavia, que ambas as posições citadas necessitam de recursos para sua concretização. Tornaram-se, portanto, tarefas compromissárias do Estado brasileiro, sabidamente carecedor de recursos financeiros ante a importante missão de proteger os direitos fundamentais. Natural, assim, com o transcorrer de sua implementação e assimilação pelos atores sociais, que essa dualidade (custos x direitos) assumisse importância.

Especialmente no que tange aos direitos sociais previstos na Constituição de 1988 é que a temática da reserva do possível tem assumido destaque no âmbito das discussões acadêmicas e jurisprudenciais no Brasil. Não se pode negar que o pano de fundo desses debates envolve a influência da Economia – e de sua autopoiese – no Direito.

A teoria da reserva do possível parte do pressuposto de que, para a satisfação de determinados direitos sociais – de caráter prestacional (art. 6º, CF/88) –, é necessário o aporte de recursos. Os recursos, todavia, são limitados. Assim, conforme Krell (2002, p. 51) “a elevação do nível de sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito”. Dessa maneira, há uma clara conexão entre o sistema jurídico (direito à saúde) e o sistema econômico (recursos). Importa, aqui, saber como se processa a autopoiese deste subsistema. Ela pode desvendar o trato interno da questão e seu pretense acoplamento estrutural com o Direito.

Não por acaso, o ponto de partida, ou, o problema inicial da Economia, é a escassez (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 69). Dito de outra forma: alguns bens estão disponíveis em quantidade limitada. O acesso de uns a esses bens exclui a oportunidade de outros. Dessa forma, o paradoxo do sistema econômico se funda no fato de que a busca pela eliminação da escassez vai gerar outras formas/modalidades de escassez. A inclusão, portanto, gera exclusão (De Giorgi, 1998, p. 176).

A Economia, para Luhmann (1998, p. 2), pode ser descrita como um sistema de pagamentos. Eles são temporários e, rapidamente, são, inapelavelmente, substituídos por outros pagamentos. Somente há pagamento, portanto, porque existirão outros pagamentos. Estes dependem daqueles e vice-versa.

Essa condição de reprodução do sistema econômico somente se torna factível por intermédio de uma criação social, o dinheiro, que, de fato, transforma-se em um desejo mimético (Clam, 2004, p. 220-222), regulado, também, pelo Direito. O dinheiro passa a ser um meio de comunicação generalizado simbolicamente. O crédito também desempenha essa função (factibilizar pagamentos), adquirindo uma memória seletiva a respeito do dinheiro (quem paga/quem não paga).

A circulação de dinheiro torna possível a ocorrência dos pagamentos. Ela permite, com isso, uma generalização material, temporal e social (Jessop, 1992, p. 228) de possibilidades aplicáveis ao sistema econômico, que não se fixa em um dado momento no tempo, garantindo, assim, sua auto-reprodução. Por isso, o mercado financeiro torna-se onipresente, podendo-se comparar, para Luhmann, a um Deus (Luhmann, 1998, p. 3), que, influenciando e orientando decisões, mesmo que não se faça materialmente presente.

Nessa linha de raciocínio, a autopoiese do sistema econômico, assim como todos os outros subsistemas sociais, é dada por uma clausura operativa (pagamento) e por uma abertura cognitiva (necessidade). Nessa miríade comunicacional, insere-se um dado proveniente de outro sistema – os direitos sociais –, que devem ser filtrados diante da lógica do sistema econômico. São necessidades, uma vez que esta é entendida como tudo aquilo que pode se orientar desde uma determinada produção (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 69). Exemplo: industrialização de medicamentos e as leis de propriedade intelectual.

A partir do exposto, tem-se que a função do sistema econômico não é a satisfação das necessidades (direitos sociais), mas sim a garantia de que o atendimento a necessidades atuais não interferirá na criação e ou no provimento de necessidades futuras (Trindade, 2006). Logo, a satisfação total é uma impossibilidade que bloqueia a continuidade do sistema econômico.

Além disso, o sistema econômico possui um centro e uma periferia. Como é organizado em uma sociedade global financeira, há locais em que a decisão se produz e outros para os quais ela se irradia. O Brasil está situado na periferia (Neves, 1992). O centro vive da demanda da periferia (necessidade). Com isso, consegue-se ampliar o crédito e, por consequência, as possibilidades de liquidez. É um ciclo contínuo auto-recursivo. O Brasil depende do crédito, e os países centrais querem estimulá-lo. Como pensar os direitos fundamentais sociais dos brasileiros a partir desses pressupostos? É na periferia que o

sistema econômico encontra acoplamentos estruturais para as necessidades que orientam a economia (Luhmann, 1998, p.4).

Efetivamente, o alocamento de recursos é uma forma de pagamento. Mesmo que a decisão do gasto provenha do sistema político (Luhmann, 1997b), o dinheiro, para proteção jurídica dos direitos sociais, dentro da teoria da reserva do possível, inegavelmente, é uma decisão proveniente do sistema econômico, segundo suas estruturas. Esse modelo é defendido por um movimento de Direito denominado de *Law and Economics*. Seu maior expoente, Richard Posner (2002), é bastante claro em referir que, mesmo, por exemplo, para a saúde, há limites de recursos (portanto, de pagamentos). Gustavo Amaral (2001, p. 141-42, no Brasil, segue pelos mesmos trilhos, quando argumenta que os relacionamentos na área de saúde são, também, econômicos, em que

o fornecedor de cuidados de saúde comercializa mercadorias e serviços, o paciente é o consumidor e comprador pode ser o paciente, o segurador do paciente, seu empregador ou o governo. Os cuidados médicos são produtos oferecidos em um mercado que responde às leis da economia.

Essa é, então, a autopoiese do sistema econômico e a lógica de sua atuação na questão da reserva do possível. Assim, escolhas devem ser feitas. Elas somente podem ser qualificadas como trágicas se a autopoiese do sistema econômico ditar a autopoiese do sistema jurídico, em uma interferência que não preserva a clausura operativa tanto de um quanto de outro subsistema social diferenciado. A questão, portanto, é saber como o Direito, dentro de sua autopoiese, percebe tais comunicações, juridicizando-as.

Se os direitos sociais são numa necessidade (abertura cognitiva) para o sistema econômico, para o sistema jurídico constituem-se em um elemento decisório de sua estruturação interna enquanto direito fundamental da Carta Magna brasileira. Natural, portanto, que exista uma relação de coevolução entre ambos os sistemas. Trata-se, aqui, de

saber como o sistema jurídico garante sua autorreprodução a partir da pressão exercida pelo sistema econômico.

De acordo com Hutter (1992, p. 265), para o ponto de vista do sistema jurídico, o valor econômico é uma fonte de busca pela justiça. Por outro lado, para o sistema econômico, a conversa com o Direito leva a mudanças nas mensagens econômicas. Logo, a justiça é percebida, na Economia, como uma busca pelo valor.

Nesse sentido, muito embora, em Luhmann, a autopoiese seja um projeto radical, importa esclarecer que é correta a proposta de Clam (2006, p. 184-185) de uma autopoiese específica do Direito. Ela é derivada da autopoiese do sistema social, que não consegue, por inúmeras razões, evitar essa evolução. Para ele, “o sistema jurídico assume a tarefa de transformar formalmente os fatos mundanos, cuja apreensão cognitiva pode fornecer apenas um observar isento de valor, replicante em sua intenção, em intervenções normativas”.

Eis o pressuposto de análise da reserva do possível no Direito: a autopoiese do sistema jurídico deve observar os fatos do mundo como transformáveis. Jamais serão dados prontos. As intervenções normativas (atos, decisões, leis) são regidas por uma abertura cognitiva que deve ser reprocessada dentro da lógica do sistema jurídico (transformação dos fatos mundanos – escassez de recursos).

A teoria da reserva do possível foi referida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento do caso *Numerus Clausus I*. Essa expressão, de acordo com Leivas (2006, p. 98), é datada de 1960 e pretendia limitar numericamente o ingresso de estudantes em alguns cursos superiores (Direito, Medicina, Farmácia, entre outros). Aqueles que não conseguiram lograr êxito, postularam, judicialmente, o livre acesso ao exercício e à escolha da profissão. Não obtiveram êxito frente à natureza já citada da teoria da reserva do possível (escassez de recursos). Trata-se, sem dúvida, de uma necessidade bastante

diferente daquela que se tem em relação aos direitos sociais no Brasil. Tal informação deve ser levada em consideração quando o sistema jurídico seja provocado a decidir a respeito.

O Direito autopoietico move-se sobre uma unidade distintiva – *Recht/Unrecht* – (Luhmann, 1997a). É um sistema fechado operativamente ao mesmo tempo em que é aberto de forma cognitiva. Ele não opera com fundamentos de validade ou de simetria. Para o sistema jurídico importa definir o que é Direito e o que não é Direito.

As operações internas do sistema jurídico (jurisprudência, comunicações, discursos jurídicos, etc.) necessitam de estruturas (Lei, Poder Judiciário) para que seja dada uma decisão que diga o que é Direito e aquilo que não pode ser considerado como tal. Exsurge, assim, a necessidade de um código próprio e funcionalmente diferenciado (Luhmann, 1999, p. 39-52). É o *Recht/Unrecht*, forma de aquisição evolutiva específica do Direito. Nenhum outro subsistema parcial da sociedade opera ou pode vir a operar com essa unidade distintiva decisória.

O sistema jurídico é, portanto, dinâmico, orientado que está para uma decisão funcionalmente equivalente (Clam, 2005). O código é outro lado de sua programação. Ele proporciona seleções forçadas. Com isso, reduz a complexidade advinda da dupla contingência (expectativas de expectativas). A partir daí, as expectativas normativas são mantidas em níveis socialmente aceitáveis.

A condição decisória do sistema do Direito é um paradoxo: o *Recht* é decidido com base no *Unrecht*. O Direito de uma parte é o não-Direito de outra. Esse antagonismo é excluído por condicionamentos (Leis). Geram-se outros códigos, estabelecidos pela organização de cada sistema (constitucional/inconstitucional). Os Códigos são formas de desligamento do paradoxo. São condições de possibilidade de condicionamentos que regulamentam qual dos valores será aplicado validamente (direitos sociais ou reserva do possível).

Sem embargo, a reserva do possível é um ponto de contato periférico que produz ruídos de fundo a serem necessariamente filtrados pelo sistema jurídico, mesmo que seja para a reprodução de uma tautologia: o não Direito (reserva do possível) avaliado pelo Direito (saúde) revela que a negativa reforça a positividade (direitos sociais). Entretanto, os Tribunais agem de acordo com seus códigos comunicacionais e de organização (obrigação de decidir, posição central e hierarquizada) para redistribuir ao restante do sistema sua recursividade decisória.

Nessa linha de raciocínio, de acordo com os Tribunais brasileiros, a um direito social tal como a saúde, entendido dentro do ponto de vista do sistema jurídico (direito fundamental), não é possível ser aplicado o raciocínio do sistema econômico (escassez de recursos), uma vez que se estaria renegando a natureza do próprio Direito (decidir com base em sua autopoiese específica). Em hipótese contrária, o Direito seria qualquer outra coisa exceto Direito. Essa é, por exemplo, a posição monocrática de Aires⁸:

Além disso, trata-se, a saúde, de direito social fundamental, a respeito do qual não se pode argumentar com o princípio da ‘reserva do possível’, pois ou se cumpre um mínimo, um núcleo existencial do direito, ou se instala, em última análise, o arbítrio do Estado, o que é intolerável.

Da mesma forma, a Ministra Eliana Calmon, na ementa de recente julgado no Superior Tribunal de Justiça⁹, afirma ser impossível que a teoria da Reserva do Possível seja orientada ao direito à saúde e ao direito à vida, por “considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua preocupação postergada”.

⁸ Decisão Interlocutória proferida nos autos do Proc. 10501982412 – Comarca de Passo Fundo – RS.

⁹ AgRg no REsp 878.441 – RS (2006/0182329-8).

O Supremo Tribunal Federal admite, também, que a reserva do possível não pode ser comunicação externa a ser filtrada pelo sistema jurídico como Direito. Esse é o posicionamento do Ministro Celso de Mello¹⁰:

Não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tem-se, assim, que o órgão decisório máximo do sistema jurídico brasileiro, em sua função precípua de guarda da Constituição (preservação do código *Recht/Unrecht*, Constitucional / Inconstitucional), não entende como parte integrante da reflexividade do direito social à saúde, em hipóteses de perigo de morte, a reserva do possível. Nessa senda, a Constituição garante o funcionamento da Economia quando renega a apropriação da reserva do possível pelo sistema jurídico.

Cumprе ressaltar que, em todos os níveis organizativos do Poder Judiciário brasileiro, conforme demonstrado, a reserva do possível e o direito saúde – conectado ao direito à vida – são considerados incompatíveis. Logo, tem-se que a autopoiese específica do Direito é pela inaplicabilidade da teoria em questão quando se tratar de casos relacionados ao direito fundamental social da saúde em conexão com perigo de morte.

¹⁰ ADPF 45 – Relator Ministro Celso de Mello – DJ 04/05/2004, p. 1212-1213.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann reforça o fato de que ambos os sistemas (Direito e Economia) devem manter a sua (e não de outros) autopoiese. O Direito deseja reafirmar o Direito ou o Não Direito como Direito. Nessa comunicação entre sistemas, percebe-se claramente que cada um deles desempenha sua função específica.

No entanto, de acordo com o argumentado, a reserva do possível e o sistema econômico partem da mesma premissa: escassez de recursos. A primeira orientará a efetivação dos direitos fundamentais sociais, limitando-os; a segunda está direcionada para o sistema econômico de uma forma generalizada. Contudo, são coincidentes em sua lógica. Portanto, a teoria da reserva do possível é, por questão de racionalidade sistêmica, integrante do sistema econômico. Natural, todavia, que exerça pressão em relação ao sistema jurídico.

Por outro lado, diante do exposto, quando a autopoiese do sistema econômico for a autopoiese de outro sistema, ambos perderão funcionalidade e razão de existência social. A advertência de Jessop (1992, p. 20) é esclarecedora:

Capitalist do not represent the interests of authority of society – they are only concerned for their own and other’s capacities to make payments – and the political system is excluded from the economy through the closure of the payments system.

Assim, no que tange à sua recursividade interna, não resta difícil asseverar que a abertura cognitiva própria do sistema jurídico, ao receber a comunicação proveniente do sistema econômico (reserva do possível), rechaça tal ruído (Krell, 2002, p. 52-53; Leivas, 2006, p. 118) quando estiver em jogo o bem da vida. De fato, a organização do Direito, no Brasil, em seu caráter central decisório, nega, nas mais diversas instâncias – tanto no centro como na periferia –, a possibilidade de aplicação da reserva do possível nessa hipótese.

Como explicita Teubner (2005, p. 125): “as regras do jogo” econômicas, apesar de todas as sobreposições, não são idênticas a normas jurídicas”. Para que o sistema social continue a manter as expectativas em níveis socialmente aceitáveis, é imperioso que tal assertiva seja reprocessada no sistema jurídico.

Por isso é que, concordando com Neves (2007, p. 197-198), os argumentos possíveis para realizar a redundância necessária para a continuidade do sistema jurídico passam, no Brasil, pela reafirmação do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988. Com isso, a causa desjuridificante da Carta Magna (sobreposição de outros códigos) poderia ser equacionada, realizando-se o sentido do texto constitucional, que, por ora, nos países periféricos, é diferenciado em relação aos países centrais.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 100-130.
- CLAM, Jean. Monetarização, generalização da cobiça e paradoxo do direito. *In*: ARNAUD, André-Jean. LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**. Contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. ITESO: México; Anthropos: Barcelona, 1996.
- DE GIORGI, Rafaelle. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- HUTTER, Michael. How the economy talks the law into co-evolution: an exercise in autopoietic social theory. *In*: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law and economic as autopoietic systems: Regulation and autonomy in a new perspective**. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

JESSOP, Bob. The economy, the state, and the law: theories of relative autonomy and autopoietic closure. *In*: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law and economic as autopoietic systems**: Regulation and autonomy in a new perspective. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des rechts**: Beiträge zur rechtssoziologie und rechtstheorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Das recht der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997a.

LUHMANN, Niklas. Politics and Economy. **Thesis Eleven**, London, SAGE, n. 53, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Teoria política en el estado de bienestar**. 2. reimpr. Madrid: Alianza Editorial, 1997b.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Verfassung und positivitàt des rechts in der peripheren moderne**: eine theoretische betrachtung und eine interpretation des falls brasilien. Berlin: Duncker u.H., Bln. Broschiert, 1992.

POSNER, Richard. **Economic analysys of law**. New York: Aspen Law & Business, 2002.

ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM; Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEUBNER, Gunther. Regimes de Produção Idiossincráticos: Sobre a Co-Evolução da Economia e do Direito nas *Varities of Capitalism*. *In*: TEUBNER, Gunther (org.). **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violation by ‘private’ Transnational Actors: The Modern Law Review Limited. **Blackwell**, Oxford, v. 69, n. 3, p. 327-346, 2006.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.