

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

RUBENS BEÇAK

JOANA STELZER

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: João Paulo Kulczynski Forster; Rubens Beçak; Joana Stelzer. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-731-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

É com imensa alegria que coordenamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado 'Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos I', que - em linda harmonia entre os presentes - registrou artigos científicos com profundidade de pesquisa e apurado senso crítico. A obra apresentada é fruto de apresentações e debates ocorridos no XXVII CONPEDI, realizado em Porto Alegre/RS, no dia 16 de novembro de 2018. As pesquisas apresentadas encontraram pleno alinhamento com o próprio evento que tinha como mote: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, vale dizer, os Direitos Humanos sob novos olhares e desafios.

Por esse motivo foram trazidas temáticas de biotecnologia, ressignificação da cidadania, acesso à informação e à comunicação como direito humano da pessoa com deficiência, entre outros temas emergentes. As pesquisas clássicas que trabalham os fundamentos epistêmicos também estiveram presentes, como a proteção da mulher, a participação da comunidade na afirmação dos direitos sociais, o papel dos movimentos feministas, a educação para a cidadania, a igualdade de gênero, a extensão universitária e as dificuldades trazidas às imigrações perante documentos internacionais.

Essas preocupações permearam nosso GT, para as quais foram apresentadas pesquisas com profundidade no intuito de buscar diretrizes axiológicas e comportamentais que assegurem um mundo que respeite a diversidade dos direitos humanos. A presente coletânea evidencia-se de excelência acadêmica, não apenas revelada em virtude da seleção pelo sistema double blind peer review, mas igualmente pela visão vanguardista sobre uma sociedade (às vezes doente) que nem sempre está atenta à dignidade que o humano tem em si e que os direitos humanos procuram resguardar.

Os artigos que seguem revelam produto de intensa pesquisa de mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, de autores nacionais e estrangeiros, atentos à temática dos Direitos Humanos, densificando-os em suas concepções material e processual. Os temas revelam não apenas preocupações pontuais, mas relevantes impactos sistêmicos em temas de grande atualidade, seja na área da saúde, gênero ou migração. Ocupa-se, portanto, esta obra, de oferecer compreensão dos Direitos Humanos através de diferentes metodologias científicas,

com resultados relevantes para as áreas de Direito Constitucional, Penal, do Trabalho, Civil, Administrativo. O tema da educação é abordado em diferentes momentos, tanto na área da extensão universitária e ensino superior, como nos ensinos fundamental e médio.

Deseja-se profícua leitura do material que ora se apresenta, vale dizer, no que as pós-graduações em Direito têm produzido – docentes e discentes –, e que, em síntese, constituem os mais elaborados estudos da Academia Jurídica nacional.

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dr. João Paulo Kulczynski Forster – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**TEORIA GERAL DOS SISTEMAS SOCIAIS: APORTES TEÓRICO-
METODOLÓGICOS PARA A ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE**

**SOCIAL SYSTEMS THEORY: THEORETICAL-METHODOLOGICAL
CONTRIBUTIONS FOR THE ANALYSIS OF THE RIGHT TO HEALTH**

**Matteo Finco
Sandra Regina Martini**

Resumo

O objetivo deste trabalho é fornecer um quadro teórico para o direito a saúde no Mercosul, partindo do pressuposto que a saúde é um bem da comunidade, um “ponte” para a cidadania. Tentaremos entender se através deste direito é possível reduzir as barreiras geopolíticas, especificamente no caso da população migrante. Esta hipótese será investigada através de uma trabalho bibliográfico, no contexto da Teoria dos Sistemas Sociais de N. Luhmann. A pesquisa sugere que como pré-requisito para qualquer análise dos direitos reconhecidos aos indivíduos, é preciso entender a saúde como um subsistema, diferenciado funcionalmente, da sociedade, com suas próprias comunicações específicas.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas sociais, Direito a saúde, Mercosul, Migrantes

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to provide a theoretical framework for the Right to Health in Mercosur, strating from the assumption that health is a comun good, a “bridge” for citizenship. We will try to understand if through this right it is possible to reduce the geopolitical barriers, specifically against migrants. This hypothesis will be investigated through a bibliographical work, in the context of N. Luhmann's Theory of Social Systems. The research suggests that, in order to analyse the specific rights recognized to individuals, health is to be understood as a functionally differentiated subsystem of society with its own specific communications.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social system theory, Right to health, Mercosul, Migrants

1 Introdução

“a saúde é para a sociedade um valor de relevância máxima e indiscutível, ou melhor, é o único valor em grau de colocar-se além de qualquer controvérsia ideológica. Precisamente porque não se trata de simples êxitos comunicativos, mas de ameaças do exterior, não se chega nunca a divergências de opinião sobre o valor da saúde”.¹

Este artigo é decorrência dos resultados do Projeto Produtividade “A complexidade internacional do direito à saúde: o caso das fronteiras do Brasil com o MERCOSUL” e do projeto de pós-doutoramento “A Saúde da sociedade. O direito à saúde como direito humano? Subjetividade e inflação de pretensões no setor de saúde entre MERCOSUL e União Europeia”. O pressuposto destes projetos é a identificação da saúde como bem da comunidade vinculado ao Direito. Por isso, a saúde é ponte para a cidadania², podendo ser construída com pactos, acordos, mediação. Vemos que, através do direito à saúde, é possível reduzir as barreiras geopolíticas com ações fraternas, nas quais se encontra como *locus* privilegiado o direito à saúde também da população migrante³.

A atenção em saúde representa uma importante estratégia para a efetivação dos direitos sociais através dos determinantes sociais em saúde. No que se refere aos países integrantes do MERCOSUL, são fortemente incentivados pelas agências multilaterais para a implementação de políticas públicas que fortaleçam ações conjuntas. Porém, o cotidiano revela outra situação, que é cada dia mais complexa, e, cada vez que buscamos políticas públicas para reduzir a complexidade, vemos que esta complexidade somente aumenta.

Ao analisarmos os sistemas internos de saúde, identificamos que cada país-membro do MERCOSUL (assim como dos demais blocos) tem poucas políticas específicas quanto à atenção básica e à saúde da população migrante. Toda a legislação reforça a idéia de inclusão universal, mas não identifica como transformar o plano normativo em políticas concretas e eficazes: por isso, observa-se um lapso entre o real e o legal.

No caso específico da América Latina, observamos que este espaço vazio é, de certo

¹ LUHMANN, Niklas. Inflação de demandas no sistema da doenças. Uma tomada de posição do ponto de vista da teoria da sociedade. In: **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARÍAS, Raúl (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.68-87. p.80.

² Neste aspecto, utilizaremos, a título comparativo, o estudo realizado, que, embora estude uma região específica, fornece-nos elementos para nosso referencial metodológico, sobretudo: DI GIROLAMO, Chiara. Disuguaglianze di salute e di accesso ai servizi sanitari nella popolazione immigrata. Uno studio di coorte nell'area metropolitana di Reggio Emilia. Dissertação (Scuola di Specializzazione in Igiene e Medicina Preventiva) - ALMA MATER STUDIORUM UNIVERSITÀ DI BOLOGNA, A.A. 2012/2013.

³ Note-se que este artigo, como resultado de projetos de pesquisa, trata de buscar formas teóricas para interpretar os novos/velhos problemas sociais, assim teremos como um dos pontos exemplificativos o direito à saúde da população migrante, não é objetivo deste artigo trazer a legislação sobre o tema, mas apresentar um possível referencial teórico metodológico para a abordagem do tema.

modo, colocado nas novas Constituições onde os direitos sociais aparecem mais como valores abstratos, pontos de referência, ideais, do que como algo possível de efetivação. Este é o desafio dos direitos sociais nesta sociedade global: como liberar e diferenciar direitos de valores? Ou seja: é claro que todos os direitos, antes de tudo, são valores, são ideais, com caráter moral, mas os direitos positivados típicos do direito moderno são algo que uma ordem jurídica considera a norma, garantias básicas, estados de fato, situações, condições para ser realizadas. Se isso acontecer, a ordem mesma está enfraquecida e ineficaz. Por exemplo, o que parece faltar no âmbito do direito à saúde como afirmado (um direito humano/fundamental/social) na Constituição brasileira, são ferramentas específicas – legais e políticas – para torná-lo eficaz. Aqui buscaremos entender se uma análise desse direito do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais pode nos ajudar também nesse sentido.

2 Aportes teórico-metodológicos

“A vida humana é relevante para a medicina, em vista da doença. Através do código doente/saudável, o sistema das doenças informa as próprias operações e pode programar (por quadros clínicos, receitas) apenas no contexto desta codificação. Seria possível, então, imaginar que o sistema intervenha apenas se alguém adoecer, mas isso não é verdade (ou não é mais). A mudança do centro da gravidade das doenças infecciosas para as doenças da civilização, portanto, para as doenças consideradas como resultado da conduta de vida em modalidades difíceis de controlar, amplia o âmbito de relevância do sistema na conduta de vida. Seria preciso dizer: todos estão doentes porque todos devem morrer.”⁴

A vida humana se apresenta no sistema da saúde através do seu sentido negativo, ou seja, através da doença, por isso, um estudo que se ocupa de direito à saúde deve estar centrado em teorias que respaldam a vida social do próprio direito, sem deixar de reconhecer as paradoxalidades (vida/morte) e as ambivalências do viver em sociedade, assim como a ambivalência do próprio direito⁵, o qual deve, constantemente, buscar bases transdisciplinares para desvelar o paradoxo do direito a ter direitos. Para tal, tratamos, também, da Teoria Geral

⁴ LUHMANN, Niklas. Observação do sistema da medicina. In: **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARÍAS, Raúl (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.55-67. p.62-63.

⁵ “A chamada “teoria crítica do direito” concebe a si própria como um conjunto de problemáticas consistentemente entrelaçadas, ainda que “abertas”. Compreender o fenômeno da juridicidade implica dar conta de uma parte da interação humana que, para tornar-se progressivamente mais inteligível, exige que se considere, à maneira de um horizonte de sentido, o resto da interação humana. E como desse resto se ocupam outras disciplinas (como a ética, a sociologia, a antropologia, a economia, etc.), a teoria jurídica, longe de fechar-se num “universo próprio”, precisa, sem por isso perder o que lhe é específico, percorrer o caminho da multi e transdisciplinariedade.” (CÁRCOVA, 2016, p.147-148).

dos Sistemas Sociais, a qual, como afirma Febbrajo⁶, não estuda somente os instrumentos formais do direito, mas também os instrumentos informais com os quais as sociedades se organizam, caso específico deste projeto de pesquisa, em que se pretende estudar a complexidade do direito à saúde na sociedade atual. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), deve-se respeitar a autodeterminação⁷ dos povos e colocar a saúde no centro das agendas para elaboração de políticas públicas, já que a saúde tem ligação direta com os demais direitos sociais. A questão é ver se e como a população migrante no MERCOSUL tem sua “autodeterminação”⁸ respeitada. O que vemos, hoje, é a paradoxalidade da relação direito/acesso a direitos.

A migração “É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos” (OIM, 2009, p.40). O fluxo de pessoas nas fronteiras das nações é uma questão observada por Resta (2004, p.34-35), quando relata a comunidade política, a obediência ao código interno, relacionado com a cidadania, expondo o inimigo no exterior da comunidade. O ato de emigrar (OIM, 2009, p.24) é o direito reconhecido a todas as pessoas de abandonar livremente qualquer país, enquanto que o ato de imigrar é o processo pelo qual a pessoa entra em algum país e ali se estabelece (OIM, 2009, p.33). Diante disso, observamos que o ato de migrar compreende os migrantes⁹, os deslocados¹⁰, os refugiados¹¹ e suas respectivas variações¹². Todas estas

⁶ “La sociologia del diritto non si occupa solo degli strumenti formali con cui il diritto ritiene di controllare la società, ma anche degli strumenti informali con cui la società è in grado di organizzare se stessa”. FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2013. p.7. “A sociologia do direito não se ocupa somente dos instrumentos formais com os quais o direito se ocupa de controlar a sociedade, mas também dos instrumentos informais com os quais a sociedade é capaz de organizar ela mesma” (Tradução Livre).

⁷ Aqui mais um vácuo entre real e legal, pode ser observado, a autodeterminação dos povos, no caso específico da saúde tem muitas dificuldades operativas e organizativas para ser implementada, por exemplo o caso das populações indígenas, ou mais especificamente a idéia de saúde da população que migra (normalmente pessoas pobres economicamente, mas com forte cultura e tradição).

⁸ “Paradossalmente, proprio nell’epoca in cui viaggiare non è mai stato così facile, confortevole ed economico, per alcuni è diventato impossibile. Quindi, è vero, ci si muove: ma alcuni meno di altri. E alcuni invece – quelli nati dalla parte giusta del confine che separa i meno fortunati e i più fortunati del mondo (tra gli altri, il sottoscritto, e la maggior parte di voi che leggerete questo libro) – non si sono mai mossi tanto come ora: di fatto, la libertà di movimento è diventata una nuova e potente forma di stratificazione sociale” (ALLIEVI, 2018). (Paradoxalmente, exatamente na época em que nunca foi tão fácil viajar, de modo confortável e econômico, para alguns, tornou-se impossível. Então, é verdade, que nos movemos: mas, alguns, menos que outros. E alguns, ao contrário – aqueles que nasceram na parte justa do confin que separa os com menos sorte e os com mais sorte no mundo (entre outros, eu próprio e a maior parte de vocês que estão lendo este livro) – não se moveram tanto como agora: de fato, a liberdade de movimento se tornou uma nova e potente forma de estratificação social.” (Tradução Livre).

⁹ “Migrante: No plano internacional, não existe uma definição universalmente aceita de migrante. O termo migrante compreende, geralmente, todos os casos em que a decisão de migrar é livremente tomada pelo indivíduo em questão, por razões de “conveniência pessoal” e sem a intervenção de factores externos que o forcem a tal. Em consequência, este termo aplica-se às pessoas e membros da família que se deslocam para outro país ou região a fim de melhorar as suas condições materiais, sociais e possibilidades e as das suas famílias.”

variações deveriam ser irrelevantes para o sistema da saúde, o qual deve garantir a todos o acesso à serviços, como isso, não ocorre temos o ressurgimento de doenças, pois a falta de atenção a saúde de uma pessoa repercute na saúde de toda a comunidade. Neste ponto reforçamos a idéia da saúde como bem da comunidade, não como caridade ou assistencialismo. O desafio é aprender com as novas culturas que migram as formas de tratar os problemas de saúde, é ver que esta população que se apresenta como “frágil”tem uma forte cultura da qual muito precisamos aprender, como é o caso dos mais recentes migrantes na America Latina: haitianos, venezuelanos, árabes, sírios, entre outros.

Em que pese haja o reconhecimento deste direito de migrar (art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), o que observamos, muitas vezes, é o deslocamento forçado das pessoas: “Catástrofes naturais, problemas ambientais, e até mesmo o flagelo da fome e da miséria, fazem com que grandes massas humanas procurem refúgio em outros países” (NASCIMENTO, 2014, p.37). Köche (2015, p.29) alerta para o fato de que não é simples a distinção entre a migração espontânea (relacionada com os migrantes econômicos) e a migração forçada (relacionada com situações de refúgio, por exemplo).

3 A construção do sistema social da saúde a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann

Partimos del supuesto de que los sistemas complejos pueden desarrollar y conservar un orden sistémico específico, sólo bajo la condición de que su entorno sea de una complejidad más elevada¹³.

Luhmann adota a complexidade da sociedade moderna e o processo evolutivo como pontos de partida de sua reflexão. Assim, temos que a sociedade, ao longo da história, foi especializando as comunicações e, com isso, identificando diferenças entre os mais diversos

(OIM, 2009, p.43).

¹⁰ “Deslocação: Afastamento forçado de uma pessoa, da sua casa ou país de origem, frequentemente, por razões de conflito armado ou devido a desastres naturais.” (OIM, 2009, p.18).

¹¹ “Refugiado: Pessoa que *“receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país”* (Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, art.º 1.º - A, n.º 2, de 1951, com as alterações introduzidas pelo Protocolo de 1967).” (OIM, 2009, p.62).

¹² Entendemos necessária a inclusão dos apátridas neste rol, pois há casos de apátridas julgados pela Corte Interamericana, e a própria Convenção reconhece a proteção dos direitos humanos de todas as pessoas. “Apátrida: Pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional (art. 1º da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954). Como tal, faltam ao apátrida os direitos decorrentes da nacionalidade: a protecção diplomática do Estado, nenhum direito inerente permanência no Estado da residência e nenhum direito de regresso caso decida viajar.” (OIM, 2009, p.8).

¹³ LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?*. México: Editorial Herder, 2009. p.23.

sistemas sociais. Luhmann, sobretudo, tratou de desconstruir velhos paradigmas das ciências sociais, em especial, da sociologia, iniciando pela própria delimitação desta disciplina e pela definição de sociedade. Para ele, a sociedade é muito mais do que um conjunto de indivíduos que agem e interagem; é a diferença entre sistema e ambiente. A sociedade (entendida como um sistema) não é, simplesmente, a soma dos indivíduos que fazem parte dela. Ao mesmo tempo, o *ambiente* é necessário para a reprodução do *sistema*. Esta diferença não distancia os indivíduos da sociedade, mas coloca-os no ambiente; por isso, trata-se de uma diferença constitutiva. Com esses – e muitos outros – pressupostos, Luhmann estudou vários sistemas sociais; porém, não trabalhou o sistema da saúde e, sim, o sistema da medicina¹⁴. Entretanto, sua indagação de como a ordem social é possível permite-nos refletir/questionar: é possível tratar a saúde como um sistema social diferenciado funcionalmente? Quais as limitações para esta construção?

Assim, a construção teórica da saúde como um sistema social, em uma sociedade em permanente transformação, é possível, embora apresente algumas limitações, as quais serão superadas por meio do paradoxo limite/possibilidade. Observamos que o sistema da saúde apresenta, claramente, autorreferência e autopoiese e, assim, diferencia-se do seu ambiente. Este será o foco da nossa reflexão, a qual sabemos que é mais pautada pelas limitações do que pelas possibilidades e, exatamente por isso, é desafiadora ou produtora de desassossegos. São estes desassossegos que tornam “valores” como a saúde importantes tanto para o sistema da política como para o sistema do direito.

Esse “valor”, porém, tem sentido porque é indeterminado. Giancarlo Corsi¹⁵, em várias discussões, compara-o com o valor *happiness* na Constituição norte-americana, pois, embora ninguém pense seriamente em ser feliz, não se põem limites no que os indivíduos podem imaginar para o próprio futuro. Pode-se, inclusive, dizer que é uma legitimação constitucional da autodeterminação, mas qualquer esforço para especificar o que significa concretamente *happiness* seria “anticonstitucional”, exatamente porque discriminaria e limitaria a autodeterminação. O mesmo argumento é utilizado para a saúde, pois se questiona quem define o que é saúde¹⁶. Assim, é oportuno recordar a complexidade e a possibilidade

¹⁴ Sobre este ponto, veja-se, sobretudo: CORSI, Giancarlo (Org.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015 e LUHMANN, Niklas. **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARÍAS, Raúl (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

¹⁵ Ver, por exemplo, o seguinte texto: CORSI, Giancarlo; BARALDI, Claudio; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: Franco Angeli, 1996. p.222-223.

¹⁶ Por exemplo, sobre a constitucionalização do direito a saúde no Brasil, veja-se: CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica-Unicuriúba**, Curitiba, v. 1, 2018. p.62-75.

que o conceito ampliado de saúde nos dá. Ao contrário do que se pode imaginar, a saúde, como sistema social, pode ser programada e decidida, e os argumentos para isso vêm da própria teoria, que, ao mesmo tempo em que mostrou que a saúde não se constitui um sistema, pode também dar fundamentos teóricos para mostrar uma construção exatamente contrária.

Para isso, precisamos considerar que as transformações da sociedade atual são maiores que aquelas que podemos prever e mais profundas e mais rápidas que em qualquer outro momento histórico. Por isso, é necessário repetir e esquecer para, assim, entender o novo do novo, ou o velho do novo e o novo do velho. Realmente, estamos apenas no início de uma sociedade altamente complexa. Este cenário (novo/velho) se apresenta como desafio para novas análises, estudos e pesquisas. As teorias têm mostrado suas limitações, mas também suas possibilidades, estas que, muitas vezes, são visíveis somente através das limitações. É neste jogo que precisamos ousar a partir de teorias que desafiam certezas, mas que, ao mesmo tempo, propõem uma análise mais fecunda para esta sociedade que está apenas no início. Nela, o presente deve ser entendido como diferença entre futuro e passado, e, assim, temos um problema com relação à certeza, o que acaba estimulando o desenvolvimento de uma dimensão temporal das experiências vividas e das ações. É neste tempo, que tanto a certeza como a incerteza devem ser respondidas, que as expectativas sociais são continuamente frustradas/satisfeitas. É a complexidade social em permanente incremento.

Vamos tratar da possibilidade de definir a saúde como um sistema social diferenciado funcionalmente. Muito embora o autor (N.L.) não tenha trabalhado diretamente com o sistema da saúde, mas com o sistema médico, vários elementos da teoria nos dão base para defender a postura de que a saúde é um sistema social e, com isso, abordaremos, como conclusão, aspectos da complexidade deste sistema social.

Una disciplina adquire carácter universal en la medida en que está constituida por objetos (o clases de objetos), por extractos del mundo real, sino por la delimitación de un problema.¹⁷

Luhmann, ao descrever a necessidade de uma teoria que desse conta da análise da complexidade social, parte de várias inquietações fundamentais e “consolidadas” nas ciências sociais, como, por exemplo, a substituição da diferença entre sujeito e objeto pela diferença entre sistema e ambiente. Esta ruptura proporciona a análise da ciência a partir do problema que se deve enfrentar. Temos, então, outro foco para a análise dos problemas sociais dos quais se ocupará a sociologia: não mais a diferença entre sujeito e objeto, mas o problema que será

¹⁷ LUHMANN, *op. cit.*, 2009. p.18.

tratado, pois a delimitação do problema é fundamental no interior da disciplina como subsistema da ciência, fazendo com que a própria disciplina, ao analisar o problema, analise a si mesma.

Denn man müßte zunächst einmal verstehen, weshalb die Gesellschaft sich selbst so viele Probleme bereitet, auch wenn man ganz davon absieht, sie in Richtung auf Ideen (mehr Solidarität, Emanzipation, vernünftige Verständigung, soziale Integration usw.) zu verbessern. Ihr Verhältnis zur Gesellschaft müßte die Soziologie als ein lernendes, nicht als ein belehrendes begreifen. Sie müßte die vorgefundenen Probleme analysieren, eventuell verschieben, eventuell in unlösbare Probleme verwandeln, auch ohne zu wissen, wie man dann trotzdem »wissenschaftlich geprüfte« Lösungen anbieten könnte. Für all das brauchte man eine theoretisch fundierte Beschreibung der modernen Gesellschaft.¹⁸

O desassossego que a teoria provoca foi tema de muitos congressos, colóquios e de muitos artigos, acusando-a, inclusive, de “anti-humanista” e conservadora. Este desassossego foi, primeiramente, discutido por Luhmann quando afirma que o projeto que ele pretende encontra dificuldades iniciais na definição do próprio projeto. Mais do que isso, ele propõe a eliminação da diferença sujeito/objeto, proposta já apresentada por outras teorias, como as marxistas, que afirmam não haver a possibilidade desta separação, mas que não criam novas categorias para resolver a complexidade desta situação. A Teoria Sistêmica propõe a distinção sistema/ambiente, não com a pretensão de resolver a complexidade, mas de desvelá-la. Fazer esta operação significa tentar definir o social e a própria sociedade, tarefa enfrentada por Luhmann em todos os textos e reflexões, porém uma tarefa que ele próprio diz não estar concluída. O ponto de referência para esta discussão é sempre a ideia de que o social só pode ser pensado e discutido na própria sociedade, o único *locus* do social.

Por isso, discutiremos a definição de sistema para, depois, chegarmos ao sistema médico, momento em que apresentaremos como, teoricamente, poderia ser definido este “novo” sistema social: a saúde.

[...] o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que saúde é um direito do cidadão e um dever do estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado, e isso se dará somente através de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global,

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 22. “Por um lado, as pessoas, primeiro, teriam de compreender por que a sociedade está causando tantos problemas, mesmo que os ignore totalmente na direção de ideias (mais solidariedade, emancipação, compreensão racional, integração social, etc.). Sua relação deveria abordar a sociologia do ponto de vista de quem aprende e não ensina. Ela teria de analisar os problemas encontrados, eventualmente adiá-los, eventualmente transformá-los em problemas insolúveis, mesmo sem saber como oferecer soluções cientificamente comprovadas de qualquer maneira. Tudo isso exige uma descrição teoricamente sólida da sociedade moderna.” (Tradução livre).

pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados.¹⁹

De modo geral, o direito afirma como “direito universal” qualquer valor (na perspectiva de Luhmann) que possa ser constitucionalizado. Temos, assim, o direito ao acesso à saúde, à educação, à habitação, ao lazer, mas não é possível especificar como esses direitos devem se realizar. Cabe, então, aos sistemas sociais a função de legitimá-los. Obviamente, neste aspecto, é fundamental entender como os sistemas organizam-se internamente para isso. No caso específico do sistema da saúde, como as políticas públicas, a partir das decisões coletivamente vinculantes do sistema da política, organizam as unidades de saúde, os hospitais, os ambulatorios e também as técnicas utilizadas.

A limitação que encontramos (que também é possibilidade) é que todas as vezes que refletimos sobre o sistema médico não encontramos o conceito ampliado de saúde. Encontramos apenas a saúde como mera ausência de doença, e este conceito não é compatível com a proposta que estamos desenvolvendo. Adotamos como pressuposto de nosso estudo que saúde é um *bem da comunidade*, concordando com a definição da OMS, ampliando-a e assumindo a ideia de que, para definir saúde, é preciso entender os determinantes sociais em saúde. Não buscamos (e mesmo que buscássemos, não encontraríamos) respostas ou certezas, mas procuramos entender esta nova situação desde a Teoria Sistêmica. Luhmann, quando estudou o sistema médico, não tinha a preocupação com a dimensão que estamos dando para o conceito de saúde e para o direito ao direito à saúde. Ele concebeu o *sistema do tratamento de doenças (Krankheitssystem)* – ou *sistema da medicina (Medizinsystem)* – como caracterizado pela dicotomia *saúde/doença*; um sistema não orientado para a saúde – difícil, senão impossível de definir em termos absolutos e definitivos – mas para a doença: esta, de fato, indica como proceder, quais ações tomar e operações fazer. A semântica e as técnicas de saúde são, portanto, vistas como uma construção da sociedade: conceitos, procedimentos, terminologias, esquemas, tecnologias, figuras profissionais, expectativas são “construídas” na comunicação (CORSI, 2015). Além disso, ao contrário de quase todos os outros sistemas da sociedade – mas de forma semelhante ao sistema educacional – este sistema se caracteriza pela orientação ao “tratamento” (intervenção) do meio ambiente humano (orgânico e psíquico) da sociedade; isto é, permite a *inclusão* dos indivíduos através da institucionalização de carreiras, sua participação na comunicação, nos diferentes sistemas de função. O fato de Luhmann ter descrito o sistema tal como se apresentava, dizendo, inclusive, que o sistema médico só tem sentido quando opera com o código negativo, ou seja, com a

¹⁹ MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Rivista Comparazione e diritto civile**, v. 1, p. 1-24, 2010. p. 16.

doença, desassossega-nos de modo constante e tem sido objeto de várias discussões em eventos acadêmicos.

Fato é que, cada vez que procuramos o sistema da medicina, encontramos o sistema da saúde. Esta limitação é nosso atual desassossego, tanto que, há mais de dez anos, temos discutido sobre a saúde como um sistema social com vários pensadores da Teoria Sistêmica, em especial com Giancarlo Corsi. Assim, o desafio a que nos propomos é reduzir a complexidade, mostrando que a saúde é um sistema, embora saibamos que reduzir a complexidade é sempre, ao mesmo tempo, incrementá-la²⁰.

No caso específico do sistema da saúde, temos de revisitar várias teorias e disciplinas para darmos conta desta tarefa, pois, cada vez que definimos um conceito, estabelecemos distinções, indicando alguma coisa diferenciando-a de outras. Por isso, assim transitamos na perspectiva construtivista: construímos e desconstruímos constantemente distinções, produto da observação de várias ordens e fruto de uma complexidade que apresenta várias dificuldades e que, muitas vezes, tem de ser definida de forma tautológica.

Se o conceito de diferenciação funcional foi tema de desconforto, hoje é um dos conceitos mais aceitos pela academia, ou seja, a ideia de que a democracia só é possível em sociedades diferenciadas funcionalmente é relativamente pacífica. Mesmo sabendo que a democracia tem, na sua possibilidade, também as suas limitações, diferenciar diversos sistemas sociais é extremamente importante para que se possa pensar na realização de uma democracia, pois somente em uma sociedade funcionalmente diferenciada podemos efetivar a “soberania popular”, inclusive, questionando-a. Deste modo, é possível entender como a democracia encobre, muitas vezes, o poder ou, em alguns casos, é encoberta por ele, o que também proporciona a diferença entre o sistema da política, do direito, da educação e de todos os sistemas sociais diferenciados.

A sociedade, como um sistema social, é composta por subsistemas e é constituída por comunicações, ou seja, é uma malha de comunicações.

Society is the comprehensive system of all communications, which reproduce themselves autopoietically through the recursive network of communications which produce new (and always other) communications.²¹

²⁰ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 8 ed. Milano: Franco Angeli, 1996. p.40. “A complexidade não é uma operação que um sistema efetua ou que nele se verifica: complexidade é um conceito da observação e da descrição. Devemos nos perguntar, então: qual é a forma deste conceito, qual é a distinção, o que o constitui? Já esta pergunta leva a uma infinidade de reflexões que se conectam, porque o conceito de complexidade não é um conceito simples, mas é um conceito por vezes complexo e, por sua vez, formado de um modo autológico”. (Tradução livre).

²¹ LUHMANN, Niklas. The concept of society. **Thesis Eleven**, 31, 1992. p.67-80. p.73.

Sem comunicação, não é possível fazer nenhuma seleção/escolha. A necessidade de seleção (escolha) decorre, justamente, do fato de que o sistema não consegue dar conta desse contingente de possibilidades, isto é, da complexidade interna. Esse excesso de possibilidades é proporcional à gama de elementos do seu interior, e as relações entre esses elementos fazem crescer o número de possibilidades.

Die These einer Selbstproduktion durch Kommunikation postuliert klare Grenzen zwischen System und Umwelt. Die Reproduktion von Kommunikationen aus Kommunikationen findet in der Gesellschaft statt. Alle weiteren physikalischen, chemischen, organischen, neurophysiologischen und mentalen Bedingungen sind Umweltbedingungen. Sie können durch die Gesellschaft in den Grenzen ihrer eigenen Operationsfähigkeit ausgewechselt werden. Kein Mensch ist gesellschaftlich unentbehrlich. Aber damit ist natürlich nicht behauptet, daß Kommunikation ohne Bewußtsein, ohne durchblutete Gehirne, ohne Leben, ohne gemäßigttes Klima möglich wäre.²²

Este crescente número de possibilidades torna a sociedade altamente complexa, de risco e em permanente evolução. É exatamente este processo evolutivo que permite a constante diferenciação funcional: as possibilidades não realizadas ficam potencializadas como opções para o futuro e, de algum modo, são absorvidas pelo sistema. O sistema seleciona algumas possibilidades, opções que estejam em consonância com a função que ele desempenha. É a simplificação da complexidade do ambiente a condição de sobrevivência do sistema, mas isso desencadeia o aumento da complexidade do sistema. O número de possibilidades aumenta internamente, podendo até gerar sua autodiferenciação, resultando em novos subsistemas.²³

Systemdifferenzierung heißt gerade nicht, daß das Ganze in Teile zerlegt wird und, auf dieser Ebene gesehen, dann nur noch aus den Teilen und den »Beziehungen« zwischen den Teilen besteht. Vielmehr rekonstruiert *jedes* Teilsystem das umfassende System, dem es angehört und das es mitvollzieht, durch eine *eigene* (teilsystemspezifische) *Differenz von System und Umwelt*. Durch Systemdifferenzierung multipliziert sich gewissermaßen das System in sich selbst

²² LUHMANN, *op. cit.*, 1997. p.3-4. “A tese da autoprodução através da comunicação postula limites claros entre o sistema e o ambiente. A reprodução das comunicações a partir de outras comunicações ocorre na sociedade. Todas as outras condições físicas, químicas, orgânicas, neurofisiológicas e mentais são condições ambientais. Elas podem ser substituídas pela sociedade dentro dos limites de sua própria capacidade de operar. Nenhum ser humano é socialmente indispensável, mas isso não significa, naturalmente, que a comunicação seria possível sem consciência, sem cérebros sanguíneos, sem vida, sem um clima moderado.” (Tradução livre).

²³ Para elucidar tal situação, tome-se como exemplo o caso do direito: inicialmente, o sistema do direito diferenciou-se em público e privado. Entretanto, dada a sua crescente complexidade, viu-se obrigado a autodiferenciar-se em constitucional, administrativo, penal, comercial, e assim sucessivamente. Esse processo revela a evolução do sistema, que é diferente de desenvolvimento, que é passível de controle, enquanto a evolução não é controlável.

durch immer neue Unterscheidungen von Systemen und Umwelten im System. Der Differenzierungsvorgang kann spontan einsetzen; er ist ein Resultat von Evolution, die Gelegenheiten benutzen kann, um strukturelle Veränderungen zu lancieren.²⁴

O motivo que enseja a sua evolução é a sobrevivência à complexidade, que cria, constantemente, novas possibilidades. Ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade, dá-se o incremento dela.

Seguindo a própria definição de sistema social, vemos que a saúde se enquadra perfeitamente bem no conceito de sistema social, pois surge por “autocatálise” dos problemas de dupla contingência. Ademais, um sistema social precisa diferenciar-se de seu ambiente e ter uma estrutura própria, ser fechado operativamente e aberto cognitivamente. Aliás, somente este fato pode justificar a ideia de irritação entre sistema do direito e sistema da saúde: os dois sistemas fechados, mas em constante irritação, especialmente em países da periferia da modernidade, no quais o direito é constantemente “chamado” a decidir sobre questões “não decididas” por outros subsistemas. O que faz o sistema do direito é processualizar as informações que vêm de outros sistemas por meio da sua linguagem interna, do seu código e da sua estrutura, ou seja, quando algum sistema irrita outro, temos um processo normal e necessário para a própria evolução. O que não pode acontecer é que os sistemas irritados decidam com códigos diferentes dos seus. Em outros termos: os sistemas sociais que não decidem com seus códigos estão provocando uma corrupção, o que não é adequado, pois, quando um sistema decide com o código do outro, perdemos a possibilidade da diferenciação funcional. Os reflexos desta eventual “corrupção” são percebidos, por exemplo, através do déficit democrático que temos atualmente. Se, para Luhmann, o sistema médico tem uma estrutura própria, vemos que, através desta observação, é possível pensar no sistema da saúde. Porém, não podemos desconsiderar as observações do autor sobre o sistema médico, ou melhor, sobre medicina, pois ele afirma que o “sistema da medicina” é igual ao sistema da “cura dos doentes”, o que, atualmente, pode ser questionado, pois não está claro na Teoria Sistêmica qual o conceito de saúde é utilizado. Hoje, é senso comum entender a saúde muito além da “cura dos doentes”: ora, se assim entendemos, obviamente, outra compreensão é possível ter deste sistema.

²⁴ LUHMANN, *op. cit.*, 1997. p.598. “Diferenciação de sistema não significa que o todo é dividido em partes e, visto neste nível, então, consistiria apenas nas partes e nas relações entre as partes. Em vez disso, todo subsistema reconstrói o sistema abrangente ao qual pertence e que segue através de sua própria diferença (específica do subsistema) entre o sistema e o ambiente. A diferenciação do sistema multiplica-o efetivamente por meio de distinções sempre novas entre sistemas e ambientes no sistema. O processo de diferenciação pode começar espontaneamente; é um resultado da evolução que pode usar oportunidades para lançar mudanças estruturais.” (Tradução livre).

Ora, se o sistema da medicina opera somente quando alguém adoece, estamos distantes do conceito de direito à saúde constitucionalizado em grande parte dos países ou, ainda, podemos concluir que o autor já se referia às dificuldades de efetivar e dimensionar a própria definição da OMS sobre saúde, bem como as especificidades da saúde em cada comunidade. Outro aspecto relevante é que o valor significativo para o sistema da medicina não é o valor positivo (estar são), mas sim a doença, já que, no sistema da medicina, estes programas só operam orientados para a doença, em que a atuação do médico se dá pelo valor atribuído à própria doença. Aqui, temos mais uma razão para pensar no sistema da saúde, no qual o médico não atua como única figura. Em outros termos:

I programmi della medicina si producono soltanto nel contesto della codificazione sano/malato e, quindi, sono orientati alla malattia [...] Poiché il suo valore positivo è la malattia, la medicina non ha neppure costruito una teoria della riflessione. L'agire medico deriva dal valore attribuito alla salute: ma la salute non crea collegamenti nel sistema e, dunque, non c'è nulla su cui riflettere.²⁵

Com estas observações, podemos ver que Luhmann deixa indicativos para se pensar na saúde como um sistema social, em cujo contexto ele destaca a existência do código binário referido, mas alerta para a constatação de que o valor que “vale” é o negativo, ou seja, a doença: ela é que faz o sistema “funcionar” e ser funcionalmente diferenciado dos demais sistemas sociais, mas sempre conectado nesta rede de comunicação que é a própria sociedade.

Le interdipendenze tra medicina ed altri sistemi di funzione sono molto importanti. Il sistema della medicina è strutturalmente accoppiato con l'economia, la scienza, il sistema giuridico e così via: la cura medica richiede decisioni politiche, conoscenze scientifiche, finanziamenti, regolazione giuridica. Le interdipendenze non intaccano l'autonomia del sistema della medicina: possono essere coinvolti uffici del lavoro, sedute parlamentari, commissioni etiche, preti, parenti, ma la costruzione della malattia rimane materia della medicina.²⁶

Aqui, temos mais indicativos da possibilidade, independentemente de Luhmann ter escrito sobre a saúde se constituir em sistema social. Além disso, ele aponta para o caráter transdisciplinar e intersetorial da saúde, mesmo afirmando que doença é a matéria da medicina. Para os sanitaristas, essa abordagem pode render críticas; porém, essa não é

²⁵ CORSI, Giancarlo; BARALDI, Claudio; ESPOSITO, Elena. *op. cit.*, 1996, p.144. “Os programas da medicina se produzem apenas no contexto da codificação saudável/doente e, por conseguinte, são orientados para a doença [...] porque o seu valor positivo é a doença, a medicina não tem sequer construído uma teoria da reflexão. O ato médico deriva do valor atribuído para a saúde: mas a saúde não cria ligações no sistema e, portanto, não há nada para refletir.” (Tradução livre).

²⁶ *Ibidem*, p.145. “As interdependências entre medicina e outros sistemas de funções são muito importantes. O sistema médico é estruturalmente acoplado com a economia, a ciência, o sistema legal e assim por diante: a assistência médica requer decisões políticas, conhecimentos científicos, financiamento, regulamentação legal.” (Tradução livre).

nossa preocupação: queremos mostrar que o autor deixa instrumentos suficientes para o entendimento da saúde como um sistema diferenciado funcionalmente. Sabe-se que a imutabilidade não é característica dos sistemas, visto que o ambiente é efetivamente complexo, e isso o influencia internamente. Com a saúde, não foi diferente, especialmente se pensarmos na diferenciação funcional do direito até chegarmos ao direito à saúde. Deve-se dizer que a diferenciação do sistema não significa decomposição de um todo em partes, mas significa dizer que cada subsistema tem seu próprio ambiente. Não existe um agente externo que modifica: é o próprio sistema que, por uma questão de sua sobrevivência, realiza essa diferenciação. Justamente em face dessa mutabilidade, ele foi capaz de autoproduzir-se e, assim, alcançamos a expectativa jurídica da saúde. Ele foi irritado suficientemente para fazer a sua seleção e, dentro dela, a seleção da saúde com o intuito de torná-la expectativa jurídica (regra)²⁷.

O problema está quando a decisão não é tomada dentro das estruturas, ou seja, pelas instituições que a compõem, tornando seus efeitos ainda mais imprevisíveis. As estruturas não conduzem a mudanças ou a não mudanças, mas estas devem se dar através daquelas.

Os processos de mudança social chamados “endógenos-exógenos” são observados no longo prazo: desenvolvendo-se, eles produzem resultados que podem afetar não somente as regras de funcionamento do sistema em que aparecem, mas também o ambiente do sistema, provocando uma reação deste último.

Enfim, *sistema da saúde* ou *da medicina*? Para Luhmann, interessou somente esclarecer o que é a função da medicina e, por isso, tratou somente deste sistema. A medicina cura as doenças e as constrói também, mas não produz saúde porque ela não existe! É necessário considerar sempre que os códigos binários (doença/saúde, direito/não direito, etc.) não indicam, necessariamente, a situação da realidade. Indicam comunicação²⁸: quando um juiz dá razão para uma parte e não para a outra, não afirma que a outra parte não poderia ter razão. Diz, somente, que deve decidir e, assim, demarca no sentido positivo ou negativo a

²⁷ Nesse sentido, MARTINI, Sandra Regina. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p.233-234.

²⁸ Se pode dizer, também, que os códigos marcam a comunicação e não a realidade. Se quisermos entender por que um lado e não outro (por exemplo: por que um médico não prescreveu uma terapia, marcando a situação como saudável), então, é necessário observar o observador e não a realidade (isto é, o médico e não o corpo). Do mesmo modo, no direito: para entender por que um juiz dá razão a uma parte e não à outra, é necessário observar o juiz (por exemplo, através das motivações da sentença) e não a causa. Por isso, fala-se de observação de segunda ordem como modalidade moderna, sem exceção. Como consequência, todas as decisões são discutíveis, pelo menos em princípio. Deste modo, o sistema se mantém dinâmico, sem se confundir com a realidade que descreve, e isso é o pressuposto da possibilidade de evoluir.

própria decisão. Do mesmo modo, quando um profissional da saúde diz que alguém não tem uma doença, não afirma que tal pessoa é completamente sã; diz, somente, que não encontra motivos para intervir e, assim, marca a sua decisão, ou o contrário, naturalmente. Neste sentido, o valor do código que tem cognitividade é aquele da doença, independentemente do que prefere o paciente, que é ter saúde.

4 Demandas na saúde

Do ponto de vista da Teoria dos Sistemas, é possível explorar o potencial teórico do conceito de *inflação de demandas*. Em todas as áreas da sociedade, as expectativas e as demandas individuais estão aumentando, por diferentes razões: por causa do progresso tecnológico e científico, o que encoraja a ideia de que é sempre possível intervir; por causa de uma certa *patologização* (ou *medicalização*) da realidade, de modo que tudo vem, primeiro ou mais tarde, associado a alguma doença ou desordem; porquê, uma vez que um particular direito fundamental é declarado, torna-se difícil conter as reivindicações dele; mas, acima de tudo, porquê, através da diferenciação funcional – ou seja, com a especificação de diferentes áreas da sociedade (subsistemas) – e, portanto, em uma sociedade sem vértice e sem centro, o indivíduo não pode mais (como no passado) “determinar sua identidade” em contextos sociais fortes (uma comunidade pequena, valores bem definidos): ele só podem identificados-se com base em reivindicações, em demandas, e conectar sua experiência apenas à satisfação de tais demandas (ou a sua decepção) (LUHMANN, 2017).

A saúde, em última análise, está no centro das demandas e interesses: aponta-se a saúde como garantia de bem-estar, como um direito fundamental, como condição para participar da sociedade. Isso produz uma *semântica do bem-estar ilimitado*, que inclui toda a população: a saúde se expande, tende a se identificar com o *bem-estar total*, no sentido de incluir todos e no sentido que envolve tanto o corpo quanto a psique.

Também por isso, para definir da melhor maneira possível a questão da saúde como direito humano, é essencial tentar responder a questão do *que a saúde* (em sentido amplo) *é* na sociedade complexa.

5 Considerações finais

A sociedade, como sistema social, é composta por subsistemas e constituída por uma malha de comunicações. O fato é que esta ampla malha de comunicações aumenta o número de possibilidades (par os indivíduos, para os grupos e para cada entidade que opera na

comunicação), o que torna a sociedade altamente complexa. Não só isso: as possibilidades não realizadas são absorvidas pelo sistema e tornam-se potenciais opções para o futuro: ficam na memória do sistema. Nessa linha, o sistema seleciona os elementos conforme sua função diante da necessidade de evolução e sobrevivência à complexidade, o que cria novas possibilidades: buscando a redução da complexidade, dá-se o incremento dela própria.

Por isso, afirmar que a saúde constitui um sistema social diferenciado funcionalmente não foge à razão: a teoria oferece-nos pressupostos capazes, diante do processo evolutivo, de sustentar que a saúde “aprimorou” suas comunicações e estruturou-se como um subsistema da sociedade, mediante as complexidades advindas da própria sociedade.

Referências

ALLIEVI, Stefano. **Immigrazione. Cambiare tutto**. Roma-Bari: Laterza, 2018.

CORSI, Giancarlo (Org.). **Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann**. Milano: Franco Angeli, 2015.

CORSI, Giancarlo; BARALDI, Claudio; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: Franco Angeli, 1996.

CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica-Unicuitiba**, Curitiba, v. 1, 2018. p.62-75.

DI GIROLAMO, Chiara. Disuguaglianze di salute e di accesso ai servizi sanitari nella popolazione immigrata. Uno studio di coorte nell'area metropolitana di Reggio Emilia. Dissertação (Scuola di Specializzazione in Igiene e Medicina Preventiva) - ALMA MATER STUDIORUM UNIVERSITÀ DI BOLOGNA, A.A. 2012/2013.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2013.

KÖCHE, Rafael. **Migrações e (de)igualdade no século XXI**: entre políticas públicas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAES, José Luís Bolzan de. (Org.). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015, p.25-41.

LUHMANN, Niklas. The concept of society. **Thesis Eleven**, 31, 1992. p.67-80.

- _____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- _____. **¿Cómo es posible el orden social?**. México: Editorial Herder, 2009.
- _____. Observação do sistema da medicina. In: **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARIÁS, Raúl (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.55-67.
- _____. Inflação de demandas no sistema da doenças. Uma tomada de posição do ponto de vista da teoria da sociedade. In: **Sistema da Saúde e o Corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais**. MARTINI, Sandra Regina; ZAMORANO FARIÁS, Raúl (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.68-87.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 8 ed. Milano: Franco Angeli, 1996. p.40.
- MARTINI, Sandra Regina. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Rivista Comparazione e diritto civile**, v. 1, p. 1-24, 2010. p. 16.
- MARTINI, Sandra Regina. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- NASCIMENTO, T. C. L. OJIMA, R. Contribuições teóricas para os efeitos diretos e indiretos da migração de retorno nos países subdesenvolvidos. In: VI Congresso de ALAP, 2014, Lima. Anais do VI Congresso de ALAP, 2014. v. 1.
- OIM. Glossário sobre Migração. 2009. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.
- RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2004.