



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS ZABULON DE FIGUEIREDO

**OS PRECEDENTES FIRMADOS PELO STJ NO ÂMBITO DA SAÚDE
SUPLEMENTAR E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Brasília
2021

LUCAS ZABULON DE FIGUEIREDO

**OS PRECEDENTES FIRMADOS PELO STJ NO ÂMBITO DA SAÚDE
SUPLEMENTAR E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade de Brasília,
como requisito parcial para a
obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Othon de
Azevedo Lopes

Linha de pesquisa: Direito e
Regulação

Brasília
2021

LUCAS ZABULON DE FIGUEIREDO

**OS PRECEDENTES FIRMADOS PELO STJ NO ÂMBITO DA SAÚDE
SUPLEMENTAR E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade de Brasília,
como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB
(orientador)

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB

Prof. Dr. Henrique Haruki Arake Cavalcante
Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – Uniceub

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB
Membro suplente

A Bernardo Zabulon Garda.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a todos os meus colegas pelas enriquecedoras discussões ao longo de todo o curso, às professoras e aos professores do mestrado profissional e ao orientador, Dr. Othon, pela atenção e auxílio.

Ofereço meus agradecimentos também ao Superior Tribunal de Justiça, em especial ao Ministro Raul Araújo Filho, a Samuel Macedo de Oliveira e Danielle Rabello Dias, pela compreensão ao longo de todo o curso e pelo tratamento fraterno que permitiu que eu dispusesse do tempo necessário para conclusão deste desafio diante da árdua tarefa que é conciliar estudos e atividade profissional em tempos de pandemia.

Por fim, agradeço a toda minha família, que colaborou de algum modo com a elaboração desse trabalho, a minha irmã Debora e meus sobrinhos Luisa e João. Sou grato pelos ouvidos sempre receptivos, carinhosos e pacientes de minha mãe Nilda, pela lucidez, sabedoria e equilíbrio de meu pai e amigo Francisco Zabulon e pela companhia alegre e curiosa, inclusive durante as aulas, do pequeno Bernardo. Que os esforços profissionais e acadêmicos de seu pai e mãe te sirvam de inspiração nestes tempos em que a ignorância obscurece o conhecimento. Em especial, agradeço a Angela Barbara Garda pelo amor e suporte imprescindível nestes tempos difíceis, em que a dedicação esteve voltada aos estudos.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar precedentes sobre o sistema de saúde suplementar firmados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Após definição dos principais conceitos da teoria, com ênfase nos sistemas do direito e da economia, foram analisados os principais temas relacionados a saúde suplementar, como a transformação do conceito de saúde, a importância da confiança nas relações estabelecidas entre os sujeitos de direito envolvidos e a escassez, o que possibilitou o estudo de precedentes firmados pelo STJ e de outros julgados importantes a fim de verificar a natureza dos fundamentos decisórios utilizados. Foi possível identificar, a partir dos julgados analisados, que o sistema do direito opera de maneira fechada com base no código “lícito/ilícito” enquanto compartilha significados decorrentes do sistema da economia, sendo identificadas irritações específicas, ou acoplamentos estruturais, entre os dois sistemas. Tanto a escassez quanto a justiça, enquanto fórmulas de contingência, foram identificadas. O sistema do direito, portanto, não se mostrou isolado cognitivamente.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça. Saúde suplementar. Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann. Sistema do direito. Sistema da economia. Justiça. Escassez. Fórmula de contingência.

ABSTRACT

This study pursues the analysis of judicial precedents regarding the supplementary health system established by the Superior Court of Justice from the perspective of the systems theory by Niklas Luhmann. After defining the concepts of this theory, focusing in the system of law and the system of economy, the main topics in the supplementary health system were analysed, such as the transformation of the concept of health, the importance of trust in the relations established between the people involved and scarcity, what made possible the study of the judicial precedents and other important judgments with the objective of determine the nature of the decision fundamentals. It was possible to identify, from the decisions analysed, that the system of law operates in a closed way under the direction of the binary code “legal/illegal” while it shares meanings from the system of economy, making it possible to identify specific irritations, or structural coupling, between both systems. Scarcity and justice, as formulas of contingency, were identified. The system of law, therefore, could not be considered cognitively isolated.

Keywords: Superior Court of Justice. Supplementary health system. Systems Theory. Niklas Luhmann. System of law. System of economy. Scarcity. Justice. Formulas of contingency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 – A teoria dos sistemas	14
1.1.1 – A comunicação como operação essencial do sistema social.....	20
1.1.2 – O sistema aberto	22
1.1.3 – Fechamento operacional, acoplamento estrutural e código binário	24
1.1.4 – Auto-organização e autopoiese	27
1.2 – Os subsistemas do direito e da economia	29
1.2.1 – A teoria do direito e a sociedade	29
1.2.2 – O fechamento operacional do direito.....	31
1.2.3 – A função do direito	36
1.2.4 – A justiça	38
1.2.5 – Os tribunais e a argumentação jurídica.....	40
1.2.6 – Os acoplamentos estruturais e a Constituição como acoplamento do Estado	44
1.2.7 – O subsistema da economia	50
1.3 – O acoplamento estrutural entre o direito e a economia	53
2 - A saúde suplementar brasileira	56
2.1 – A saúde como fenômeno do sistema social	56
2.1.1 – A confiança e transparência nas relações que envolvem a saúde	59
2.1.2 – O envelhecimento, o progresso das tecnologias médicas e o aumento dos custos	60
2.1.3 - O direito a saúde como um dever de todos conforme a Constituição Federal	63
2.2 – As relações contratuais e as seguradoras	68
2.2.1 – Os contratos de massa ou de adesão.....	70
2.2.2 – Os planos de saúde, o mutualismo, base atuarial e solidariedade intergeracional	72
2.2.3 – O equilíbrio contratual.....	77
2.2.4 - O papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar	79
2.3 – O direito à saúde e a economia	85
2.3.1 – A saúde como mercadoria.....	85
2.3.2 – A escassez relacionada à saúde	87

2.3.3 – A saúde na teoria dos sistemas.....	89
3 – O Superior Tribunal de Justiça e a saúde suplementar	94
3.1 – Superior Tribunal de Justiça no centro do sistema jurídico.....	95
3.2 – Os recursos especiais afetados ao rito dos recursos repetitivos.....	97
3.3 – Os recursos especiais julgados a partir do rito dos recursos repetitivos.....	99
3.3.1 – Decisão no Tema Repetitivo nº 610.....	100
3.3.2 – Decisão no Tema Repetitivo nº 952.....	101
3.3.3 – Decisão no Tema Repetitivo nº 989.....	104
3.3.4 – Decisão no Tema Repetitivo nº 990.....	105
3.3.5 – Decisão no Tema Repetitivo nº 1032.....	106
3.3.6 – Decisão no Tema Repetitivo nº 1034.....	107
3.4 – Outros julgados importantes.....	110
3.4.1 – Rol da ANS - RESP 1733013	110
3.4.2 - Atendimento fora da rede credenciada – EARESP 1459849	112
3.5 – STJ e a saúde suplementar: entre o solipsismo e a abertura cognitiva	114
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

Os Estados foram impactados de maneira significativa pela emergência de diversos direitos fundamentais no decorrer do século passado, frutos de importantes mudanças sociais em áreas como a educação, o trabalho, a seguridade social e a saúde. Esta última, destacável em sua importância como direito fundamental, passou a ser considerada universal, dever do Estado além de ser reconhecida e assegurada a exploração de serviços pela iniciativa privada.

O contexto da prestação suplementar de saúde envolve, de um lado, os direitos fundamentais dos indivíduos qualificados como consumidores e do outro o custo econômico suportado pelos planos de saúde. É inerente a esta relação a necessidade de equilíbrio dos prestadores de saúde suplementar, cuja finalidade é garantir sua manutenção operacional e seus preços acessíveis ao público. Ou seja, trata-se de uma relação de direito privado que envolve simultaneamente a fruição de um direito fundamental de grande importância e a exploração de uma atividade econômica em que se transforma um direito fundamental em produto a ser posto no livre mercado. Surge uma equação em que cada variável possui peculiaridades próprias.

A noção de saúde evoluiu ao longo do tempo, transformando-se de um conceito meramente bioético em que saúde implicada em ausência de doenças, para sua noção mais atual de equilíbrio psicofísico do ser humano.

Deve-se pontuar, ainda, que a abordagem do tema saúde relaciona-se intimamente com as características da sociedade, como a estratificação demográfica da população em faixas etárias e o envelhecimento populacional, bem como possui estreita relação com os custos econômicos que são exigidos para sua implementação.

A prestação suplementar da saúde envolve a atuação estatal reguladora na figura da Agência Nacional de Saúde Suplementar, cuja competência decorre principalmente da lei nº 9656/96. Trata-se, desse modo, de um setor regulado, em que se exerce controle estatal sobre a livre iniciativa de uma atividade importante à sociedade por meio de instrumentos e regras jurídicos e específicos.

Além da normativa relacionada especificamente a ANS, a prestação suplementar da saúde vincula-se a outras legislações infraconstitucionais, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Assim, não se trata apenas de um setor regulado por

uma agência reguladora, sendo a relação estabelecida entre o plano de saúde e os indivíduos uma relação contratual e de consumo.

Essa sociedade novecentista e subordinada a um “Estado democrático de direito” pode ser analisada como um ente complexo formado por várias partes, definidas como “sistemas” ou “subsistemas” conforme o arcabouço teórico da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. A partir dessa abordagem sociológica, o direito, a economia e a medicina são sistemas sociais que resultaram de um longo processo social e cultural baseado na comunicação. Ou seja, os diversos sistemas se comunicam naturalmente com seus entornos, sem que permanecem isolados.

Conforme essa concepção sociológica, o processo comunicativo é a base da teoria dos sistemas, permitindo que os desejos da sociedade em constante mudança sejam assimilados e permitam uma coexistência. Assim, podemos supor que a relação entre os diversos subsistemas que formam a sociedade pode se dar de forma mais aberta ou de forma mais fechada, a depender de quem sejam os sujeitos envolvidos e de peculiaridades específicas. Nessa mediação entre os setores, pode ser destacada a importância da Constituição como mediadora destes sistemas no plano político-jurídico da sociedade.

A sociedade, formada por vários indivíduos que se sujeitam aos efeitos de políticas públicas e de decisões judiciais, não ignora que a implementação de direitos fundamentais possui um custo econômico considerável, que impacta diretamente no preço de produtos e serviços ao consumidor. Conforme a teoria dos sistemas, o processo de tomada de decisões judiciais envolvendo demandas sociais que estão inseridos inicialmente no sistema do direito, poderá sofrer a influência de conceitos decorrentes do sistema da economia. Na tomada de decisões, a manifestação de grupos que atuam no processo produtivo pode exercer significativa influência, sendo levados em consideração os impactos e consequências econômicas advindas dessas decisões. Eventual tomada de decisão que ignore o aspecto econômico de uma decisão que envolve direitos fundamentais pode representar entraves significativos a implementação destes próprios direitos.

Ademais, a tomada de decisões por Tribunais é capaz de impactar diretamente nos setores econômicos e sociais, relacionados aos direitos fundamentais dos indivíduos, como direito à vida, saúde e dignidade humana. A forma como são tomadas decisões judiciais sensíveis, em um contexto em que a lesão ou a ameaça de lesão são inafastáveis

ao poder judiciário, é bastante relevante no cenário brasileiro atual, em que as demandas judiciais por prestação de serviços de saúde suplementar são crescentes e exigem um esforço para se possibilitar o equilíbrio das demandas econômicas e as de direitos fundamentais da sociedade brasileira.

Diante da importância da tomada de decisões em relações complexas, como é o caso da saúde, é de se ressaltar o papel do Superior Tribunal de Justiça como órgão constitucionalmente competente para interpretar a legislação infraconstitucional e dirimir eventual divergência jurisprudencial entre os tribunais estaduais, firmando inclusive precedentes judiciais que deverão ser adotadas pelos tribunais estaduais e ciente das consequências práticas de suas decisões. Não se pode ignorar a importância da garantia dos direitos fundamentais nem se pode desconsiderar que a viabilidade econômica dos empreendimentos econômicos é imprescindível para a manutenção de um sistema eficiente que pressupõe como contrapartida para a prestação de serviços a busca pelo lucro.

O primeiro capítulo do presente trabalho tratará da teoria sociológica de sistemas de Niklas Luhmann e trazendo à discussão conceitos teóricos importantes, com destaque para a comunicação, além de focar principalmente nas interações dos sistemas do direito e da economia.

O segundo capítulo exporá como se estrutura a saúde suplementar brasileira a partir das normas constitucionais e infraconstitucionais, levando em consideração a evolução do conceito de saúde, as especificidades dessa relação, os custos envolvidos em sua implementação, a escassez relacionada à saúde, o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a relação contratual entre os usuários e os planos de saúde. Serão apontados ao longo deste capítulo dados relevantes da realidade e, por fim, a inclusão da saúde na teoria dos sistemas.

O terceiro capítulo vai analisar precedentes do Superior Tribunal de Justiça em que é discutida a relação jurídica entre prestadores e usuários de serviços de saúde com o objetivo de verificar se as características do sistema do direito prescritas na teoria de Luhmann encontram-se presentes e se argumentos de natureza econômica e que envolvem direitos fundamentais foram utilizados. Considerando a ampla diversidade de decisões, foi tomada a decisão metodológica de restringir a análise àquelas tomadas na sistemática de resolução de demandas repetitivas conforme o Código de Processo Civil de 2015, que

servirão para demonstrar, em certa medida, como o Tribunal da Cidadania julga demandas de planos de saúde. Ademais, serão analisadas as decisões de afetação ainda não julgadas e decisões colegiadas que, apesar de não estarem submetidas a sistemática supramencionada, foram consideradas importantes para complementar a análise pretendida por este trabalho em virtude da possibilidade de virem a ser precedentes no futuro.

É nessa perspectiva de uma conexão sistêmica entre os sistemas do direito e da economia no contexto da saúde complementar que será elaborada a presente dissertação, focando-se na análise dos fundamentos jurídicos que o Superior Tribunal de Justiça utiliza na qualidade de órgão judicial responsável por uniformizar a jurisprudência nacional, interpretar a legislação infraconstitucional e fornecer precedentes com força vinculante perante os tribunais de justiça e os tribunais federais.

Por fim, é necessário ressaltar que não se pretende esgotar as categorias conceituais da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o que seria uma missão quase impossível considerando sua grande densidade e complexidade. Foi feita uma seleção dos conceitos considerados mais importantes para o desenvolvimento do presente trabalho. Deve-se pontuar que Luhmann trata dos sistemas que formariam um sistema social, mas não pretende criar uma teoria jurídica, econômica ou política própria. Sua teoria é essencialmente sociológica e possui como qualidade intrínseca pressupor que há sistemas com lógicas distintas que se relacionam como seu entorno a partir de características próprias. Reconhecida a teoria dos sistemas como sociológica, será analisado como a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça atua no âmbito da saúde suplementar.

1 – A teoria dos sistemas

1.1 – A comunicação e conceitos centrais

A teoria dos sistemas tem uma base teórica diversa, sendo influenciada por pensadores de diversas áreas, como matemáticos, psiquiatras, biólogos e cientistas sociais. Como ponto de início do estudo dessa teoria, serão abordados algumas dessas influências.

Uma dessas influências teóricas é o teorema da incompletude de Kurt Godel, que entende que um sistema só pode ser considerado completo se for incompleto ou, em outras palavras, quando seus paradoxos são tratados por uma relação circular reflexiva e não por relações de causa e efeito (SILVA, 2016, p. 65).

A teoria da comunicação de Norbert Wiener também influenciou a teoria dos sistemas de Luhmann, com a ideia denominada “*feedback*”, força que age como uma retroalimentação e gera, como consequência, um processo de “*disambiguation*”. A comunicação, desse modo, não serve apenas para estabelecer conceitos, mas formula e reformula conceitos em um processo constante (SILVA, 2016, p. 68).

George Spencer Brown é mais uma influência teórica e apresenta o princípio da distinção, em que o lado marcado pelo conhecimento estabelece um limite que separa esta face daquela ainda desconhecida. O conhecimento contém, de modo paradoxal, o conhecido e o desconhecido. São propostos axiomas de replicação (de cunho histórico) e de criação (de cunho presente, criativo), que correspondem simultaneamente ao lado interno e externo de uma mesma unidade (SILVA, 2016, p. 72).

A teoria dos nós, de Louis Kauffman, compreende que os sistemas contêm a si mesmos (equivalente a um lado interno) ao mesmo tempo em que contêm seu ambiente (equivalente a um lado externo), de modo que toda forma contém os elementos de interior de entorno (ou ambiente), dependendo sua sobrevivência do equilíbrio entre estes elementos (SILVA, 2016, p. 74).

Heinz von Foerster sustenta que observar é fazer distinções, dentro da ideia de circularidade reflexiva. O observador, ao fazer uma referência, indica o que observa ao mesmo tempo em que indica o que não observa, ou seja, referencia o “lado oculto” da observação. Os sistemas autorreferentes aprendem com seu ambiente e mudam conforme a influência de fatores, conforme o princípio da “ordem da desordem”, de Erwin Schodinger (SILVA, 2016, p. 69).

O biólogo Humberto Maturana é outro doutrinador que influenciou bastante a

teoria de Luhmann acerca de temas centrais, como a comunicação em forma de "supercoordenação" de organismos biológicos, a existência de acoplamentos estruturais em sistemas fechados e o conceito de autopoiese.

Observa-se que as referências apontadas dizem respeito a noções como dicotomias, completude e incompletude, paradoxos de sentido (interno e externo), observações científicas acerca de uma circularidade de pensamento e noções de ordem e desordem a que o ambiente se submete, que podem ser identificadas na teoria de Luhmann, como na ideia de comunicação e de evolução. A sociedade contém uma organização com comunicações estruturadas enquanto vive em constante mutação, coexistindo normas sociais (ordem) com reivindicações e movimentos sociais de irresignação (desordem) (SILVA, 2016. p. 67).

Dos teóricos influenciadores do trabalho de Luhmann, também se destaca Talcott Parsons, responsável pela teoria sociológica dos sistemas conhecida como "*maintenance functionalism*", ou funcionalismo mantenedor (LUHMANN, 2013, p.2).

Parsons dá uma justificativa racional para se adotar uma visão restrita em um dado objeto de estudos, defendendo que a sociologia deveria focar nos contornos e no objeto limitado para conseguir pesquisá-lo, sendo impossível a adoção de um raciocínio "newtoniano", em que variáveis são trabalhadas enquanto se deixam de lado relações indeterminadas. Não há, na sociologia, um equivalente às leis da natureza, sendo mais adequada uma teoria que parta de uma certa estrutura de sistemas e busque reconhecer, desta perspectiva, quais funções servem à manutenção de padrões estruturais (LUHMANN, 2013, p.3).

Esta abordagem sistêmica inicial possui fragilidades e sofreu críticas. Era reputada como de difícil identificação com fortes bases teórica das condições de existência da sociedade, havendo uma limitação conceitual do funcionalismo-estrutural a um dado objeto estrutural, uma impossibilidade de obtenção de critérios de consistência decorrentes da presença de comportamentos desviantes e disfuncionalidades inerentes ao sistema social, bem como que não podem ser desconsideradas a dificuldade de identificar a permanência de uma estrutura social ou a mudança de sua identidade. Afinal, diversamente do conceito biológico de morte, que marca o fim de um sistema, a sociologia não possui um critério claro (LUHMANN, 2013, p.4). Uma alternativa seria pressupor que um sistema atual deve tomar a própria decisão de entender-se como algo

distinto de um sistema anterior com base na autorreferência, o que não estava presente da teoria de Parsons.

As limitações identificadas e uma rejeição inicial não foram suficientes para rejeitar a teoria dos sistemas como um todo, pois aspectos importantes permaneciam úteis, como a constatação de contradições estruturais, conflito de valores no sistema social e o enfrentamento de mudanças estruturais, identificando-se os limites dessas mudanças diante de diferentes ordens sociais. O sistema seria interpretado como um conceito técnico, instrumento de planejamento ou de modelação de instituições sociais, admitindo-se a necessidade de uma teoria mais crítica da realidade da sociedade moderna do pós-segunda guerra (LUHMANN, 2013, p.5).

Em síntese, a teoria de Parsons contribuiu com o funcionalismo estrutural, integrando problemas de desvios, limitação de controle social e valores contraditórios. Para Luhmann, este trabalho poderia ser reduzido à frase “ação é sistema” (LUHMANN, 2013, p.7).

A teoria da ação é mais concreta e se orienta em direção ao sujeito e indivíduo enquanto a teoria dos sistemas é mais abstrata e retrata macroestruturas. Para Parson, a ação e o sistema não são paradigmas incompatíveis, mas sim inseparáveis, sendo a ação apenas possível no contexto de um sistema. A ação é uma propriedade emergente da realidade, tornada possível por uma combinação de componentes, ou seja, apenas ocorre com o preenchimento de precondições (LUHMANN, 2013, p.8). Já a sociedade sempre é integrada pela moralidade, normas simbólicas e valores, apenas sendo possível como um sistema. Parsons pressupõe a combinação de quatro componentes para que a ação tome forma: adaptação, obtenção de finalidade, integração e manutenção de padrão latente¹. (LUHMANN, 2013, p.11).

Luhmann afirma que a teoria de Parsons, em que pese seu valor em integrar considerável conhecimento sociológico, não pôde ser posteriormente desenvolvida em razão de sua hermeticidade (LUHMANN, 2013, p.24). Ainda assim, podemos identificar vários conceitos de Parsons na obra de Luhmann.

Após a exposição desse amplo conjunto de influências multidisciplinares, é

¹ Adaptação seria a combinação da orientação instrumental e externa; a obtenção de finalidade seria a combinação de relações externas e a realização de valores; a integração seria o atingimento de estados internos satisfatórios e a manutenção de padrão latente seria a estabilização de estruturas enquanto não são usadas.

importante ressaltar que a teoria dos sistemas possui base predominantemente sociológica. Luhmann apontava nos anos 2000 para uma crise teórica da sociologia e um aparente abandono da teoria dos sistemas, ainda que diversos progressos intelectuais tenham ocorrido além do campo sociológico (LUHMANN, 2013, p.1).

Acerca dessa disciplina, Luhmann aponta uma relação pontual com os ideais do racionalismo iluminista, ainda que se tratem de movimentos originalmente distintos.

A busca por uma civilização em detrimento a busca de um estado de violência autorizou o Iluminismo a promover o progresso da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 36). O Iluminismo, conforme Luhmann, evidencia o esforço de construir o novo a partir da razão e livre dos preconceitos e vínculos tradicionais que se deu no século XVIII, enquanto a sociologia é um movimento posterior, do período entre os séculos XIX e XX, que deu preferência a uma “cientificidade positivista”, diante de fatos constatáveis e condições sociais de comportamento e em limitar-se ao racionalismo humano.

Enquanto os limites de um pensamento iluminista podem ser visualizados, um pensamento sociológico pressupõe uma separação entre princípios e o “*ethos*” específico do Iluminismo, afirmando-se como “refluxo de otimismo iluminista” e uma “ciência cética”, que age por meio de regras metodológicas (SANTOS, 2005, p. 20) e possui como base de interesse problemas sociais, comportamentos desviantes e aspectos suspeitos da realidade social (SANTOS, 2005, p. 27).

Como movimento social, o Iluminismo não abriu o caminho à sociologia, nem esta se enxergou como uma consequência daquele ou partilhou de seus objetivos éticos, não havendo uma relação recíproca entre a “ilustração” e a sociologia. A sociologia como campo do conhecimento suspeita de premissas centrais iluministas, como o otimismo e a participação igualitária dos indivíduos em uma razão comum sem mediação institucional. Contudo, a sociologia presta-se a uma “clarificação da Luzes”, ou seja, não se presta a uma aplicação do iluminismo, mas sim a uma tentativa de traçar os limites da ilustração (SANTOS, 2005, p. 22). Essa imposição de limites relaciona-se com a problemática do critério da consistência, vez que interessava à sociedade considerada “moderna” da metade do século XX diferenciar-se daquela dita tradicional (LUHMANN, 2013, p.4).

Os sociólogos, ao tentar explicar a ação humana por meio de perspectivas que se mostram incongruentes, verificam as dificuldades dos métodos e, ao apontar para as teorias sistêmicas, deparam-se com um “rasgo iluminista fundamental”, em que é feita

uma conexão interna com uma interpretação própria do pensamento iluminista que é a “interpretação como ampliação da capacidade humana de aprender e reduzir a complexidade do mundo” (LUHMANN, 2005, p. 23). Assim, na busca por uma limitação, a sociologia se apresenta como uma ciência autônoma, ou seja, independente de conceitos econômicos ou históricos, essencialmente crítica e aparentemente livre de juízos de valor próprios da filosofia prática (LUHMANN, 2005, p. 25).

Verifica-se que a sociologia possui origem histórica diversa do Iluminismo, sem que se possa extrair uma relação de continuidade entre ambos movimentos. Enquanto a primeira possui uma nítida feição crítica e cética, o segundo possui uma base otimista, crente no compartilhamento por parte dos indivíduos de um mesmo ideal racional. Contudo, na opinião de Luhmann, ambos conseguem conectar-se com a pretensão de se clarificar as Luzes e entender os limites da capacidade do ser humano em aprender e assim compreender seu mundo.

A ideia de transição entre as teorias factuais e as teorias sistêmicas merecem maior atenção. Luhmann considera que essa mudança, de tão importante, formula de modo sucinto o desenvolvimento teórico da sociologia.

As teorias factuais são aquelas que pretendem reconduzir a origem e as particularidades da formação social às causas singulares, como as necessidades econômicas, modos de produção e “diferenças de raças”, enquanto as teorias sistêmicas interpretam a formação social de toda espécie, abrangendo aspectos diversos como a família, as empresas, Estado, mercado, igrejas como sistemas complexos de ação que se deparam com múltiplos problemas ao manter seu meio ambiente multi-estratificada (LUHMANN, 2005, ps. 29/30).

Para Luhmann, enquanto as teorias factuais fracassam em tentar elucidar de modo excessivamente simplificado processos de formação social, as teorias sistêmicas teriam um potencial maior em fazê-lo, considerando que a realidade possui uma “complexidade turva” e não uma simplicidade. Ou seja, são muitas causas que sustentam um sistema e são vários os mecanismos sociais contidos em sistemas sociais complexos, como o dinheiro e o direito positivo, cuja origem em relações causais é impossível identificar (LUHMANN, 2005, p. 30).

As teorias sistêmicas possuem, para Luhmann, um estilo iluminista, relacionado a um novo estilo de ilustração enquanto permanecem como críticas céticas e distante da

ação (LUHMANN, 2005, ps. 32/34).

Tem-se que a sociedade conforme entendida por Luhmann é um objeto complexo, formado por múltiplas ações, de modo que as teorias sociológicas sistêmicas são mais eficazes para explicar o fenômeno social.

A sociologia, enquanto parte da ciência da realidade ilustrativa do mundo, vai de encontro a complexidade social e deve recorrer a uma “constituição intersubjetiva do sentido”, sem minimizar a dimensão social da ação ou ignorar a diferença dos pontos de vistas subjetivos (LUHMANN, 2005, ps. 37/39). As análises funcionais mediam os conhecimentos com possibilidades de comparação de diferentes possibilidades de atuação e não no sentido de relações causais simples, considerando a incomensurabilidade das situações concretas (LUHMANN, 2005, p. 41).

Os sistemas sociais são o meio da ilustração ao intervir na complexidade extrema do mundo e o estreito sentido da ação concreta e se estabiliza por meio de uma fronteira entre o sistema e seu entorno, ou ambiente. A ideia de um sistema decorre, então, da observação de que a objetos que se diferenciam de seu entorno, ou ambiente (LUHMANN, 1995, fl. 3) Quanto mais complexo for um sistema, mais estados ele poderá receber e mais complexo será seu ambiente e graças ao sistema é possível ordenar atos de elaboração de informação e apresentar alternativas para a prática de ações (LUHMANN, 2005, ps. 43/44).

Tanto a sociologia quanto o Iluminismo possuem capacidade de autorreflexão. A sociologia investiga a complexidade social e empreende esforços para apreendê-la e reduzi-la. A ilustração sociológica, enquanto progresso na consciência desde o Iluminismo da razão, possui uma lei interna, que entende que só se pode apreender a complexidade do mundo ao reduzi-lo. E é a partir dessa função que se concebem os sistemas sociais, que potencializam essa possibilidade de redução da complexidade (LUHMANN, 2005, p. 70).

Entende-se assim que o Iluminismo, ainda que seja importante como movimento que rompeu com a tradição instaurando uma base na racionalidade humana, não sedimentou diretamente o caminho para a consolidação da ilustração sociológica. Em alguns aspectos a diferença entre ambos acentua-se, como ocorre com suas premissas. Enquanto o Iluminismo parte de um otimismo decorrente do uso da racionalidade pelos indivíduos, a sociologia é uma ciência cética, que se baseia na aplicação de regras

metodológicas e positivas, observação de fatos constatáveis e de condições sociais de comportamento. É nesse sentido que Luhmann afirma que a sociologia é o “refluxo do otimismo iluminista”.

Contudo, a sociologia é capaz de conectar-se com o Iluminismo em pelo menos um aspecto importante, que é a necessidade de se interpretar a capacidade humana de aprender e reduzir a complexidade do mundo. É nesse ponto que Luhmann aponta um “rasgo iluminista fundamental”. Depreende-se a partir dessa constatação que a sociologia identifica a sociedade como um objeto complexo, um ambiente multi-estratificado, que as teorias factuais são incapazes de analisar. As teorias sistêmicas, por sua vez, teriam uma maior capacidade de investigar a complexidade social e a reduzir. Os sistemas sociais seriam o meio da ilustração sociológica mais adequada para observar a complexidade do mundo.

Uma vez introduzida a teoria dos sistemas, passa-se a análise dos conceitos específicos e mais importantes para o desenvolvimento do presente trabalho.

1.1.1 – A comunicação como operação essencial do sistema social

Para Luhmann, dentre as teorias do conhecimento que buscam explicar a sociedade por, como a racionalidade e o materialismo histórico, a comunicação seria a forma mais eficaz (SILVA, 2016, p. 86), pois tem como base um processo inerente aos sistemas sociais e não enfatiza o sujeito empírico, concreto e individualizado nem relações de causa e efeito entre sujeito e objeto (SILVA, 2016, ps. 30 e 63).

Luhmann entende que a comunicação é indissociada da sociedade e determinada temporalmente e historicamente, de modo que as formas específicas de comunicação dependem do que a sociedade sob análise pode oferecer (LUHMANN, 2013, p. 252). A partir desta determinação, pode-se afirmar que fora da sociedade não há comunicação (SILVA, 2016, p. 103) e que a reprodução da comunicação a partir da comunicação dá-se apenas no interior da sociedade diante de relações sociais (LUHMANN, 2012, ps.1/2).

Ao aproximar as teorias sistêmica e da comunicação, Luhmann destaca que a comunicação é a própria operação responsável por produzir o sistema, de modo que a análise de ambas deve ocorrer de forma simultânea, combinada (LUHMANN, 2013, p. 212). Diante dessa relação íntima entre os sistemas e a comunicação é essencial apontar qual conceituação é mais adequada para a construção da teoria dos sistemas.

Luhmann não adota a noção mais corriqueira de comunicação, que é aquela que a afirma como um processo de transmissão em que alguém pode ocupar a posição de autor ou de receptor de uma comunicação e que outra pessoa (*alter ego*) ocupa uma posição oposta, sendo responsável pela informação ou pelo enunciado (LUHMANN, 2013, p. 213).

O autor posiciona-se ao lado de críticos como Maturana, que entende a comunicação não como um processo de transmissão, mas como uma "supercoordenação" de organismos biológicos. Inclusive, salienta que a comunicação é um processo com múltiplos efeitos, em que o conhecimento transmitido não abandona o emissor, como ocorre com o dinheiro em uma transação comercial. Ao contrário, a comunicação seria uma forma de produzir redundância, ou um conhecimento superabundante. O conhecimento se multiplica, o que leva a uma alta taxa de esquecimento, seletividade ou atualização do conteúdo da comunicação (LUHMANN, 2013, p. 213).

Luhmann adotará um modelo baseado na teoria discurso-ação, em que comunicação é tripartite, ou seja, corresponde a união de três componentes: informação, enunciado e entendimento. Assim, a comunicação é uma ação consistente em uma unidade sistêmica, que ocorre quando os três componentes acima se unem. Ou seja, a informação sempre é parte da comunicação e funciona apenas dentro do sistema. A informação é definida conforme os padrões internos a esse sistema, primeiro se definindo o espectro das possibilidades e depois realizando-se a escolha. Considerando a relação entre informações e o sistema, tem-se que é possível prever um "horizonte de expectativas", admitindo-se, contudo, que o resultado desse processo pode ser surpreendente.

A informação é sempre imanente ao processo, como um aspecto da comunicação subordinada a um sistema e seu "horizonte de expectativas" resulta na conclusão de que dependendo de qual sistema se analisa, informações diversas serão encontradas (LUHMANN, 2013, p. 216).

Os enunciados, de modo semelhante, também são um aspecto de uma operação interna do sistema e possuem relacionam com as informações contidas em processos.

O entendimento, conforme defendido por Luhamnn, é o componente imprescindível para que se alcance conclusões e para que se realize o ato da comunicação, assegurando-se a continuidade comunicativa. De outro modo, a ausência do entendimento

impede a comunicação de informações acopladas a enunciados². (LUHMANN, 2013, p. 219).

Decomposta a comunicação em seus elementos, Luhmann destaca que algo é necessário para que os três elementos constituam a síntese de uma unidade comunicativa e não há um elemento externo responsável por isso. Partindo da análise da posição entre os três elementos, tem-se que, enquanto a informação e o enunciado compõem uma dualidade decorrente de um processo de acoplamento, o entendimento ocupa a posição de observador nesse modelo, fazendo a distinção necessária por meio da linguagem para que ocorra a comunicação. Assim, após o entendimento gerar uma síntese ao observar a informação e o enunciado, ele se inclui no processo (LUHMANN, 2013, p. 220/222).

Em breve recapitulação, podemos afirmar que Luhmann pressupõe que a comunicação e a sociedade são indissociáveis, sendo a comunicação uma operação responsável por produzir o sistema e sendo produzida apenas dentro do sistema. Seu conceito de comunicação não decorre da noção de um processo de transmissão, mas sim de uma teoria de “discurso-ação”, em que a comunicação é uma unidade formada pela informação, pelo enunciado e pelo entendimento e circunscrito à um leque de possibilidades, um “horizonte de expectativas” próprio de cada sistema. Não é um elemento externo o responsável pela união desses elementos. Em verdade, a informação e o enunciado acoplam-se e o entendimento observa essa relação utilizando como instrumento a linguagem. Após sintetizar a observação, o entendimento incorpora-se à dualidade inicial, formando a unidade do conhecimento.

1.1.2 – O sistema aberto

O sistema que surge como resultado desse processo de comunicação é um sistema aberto. Essa ideia remonta a uma teoria dos sistemas mais antiga que, baseada no conceito de entropia, entendia que sistemas apartados de ambientes tenderiam a ser assimilados por este, dissolvendo-se até uma “exaustão termodinamicamente irreversível” (LUHMANN, 2016, p. 56). Um sistema aberto implica em relações dinâmicas, ou

² Aqui, é importante destacar que Luhmann afirma que é possível a continuidade da comunicação com o desentendimento (*misunderstanding*) ou com o não-entendimento, desde que não se encerre a autopoiese. Ou seja, é possível que o processo de comunicação não se interrompa, voltando a uma etapa anterior a fim de assegurar a continuidade regular da comunicação.

intercâmbios de informações, entre o sistema e seu entorno (ou ambiente), em que o sistema é a própria diferença entre ambos. Luhmann admite que esse conceito parece paradoxal e precisa de uma maior explicação (LUHMANN, 2013, p. 43).

A princípio, uma distinção é formada por dois componentes, a própria distinção (representada por uma linha vertical) e a indicação (representada por uma linha horizontal). A distinção equivale à diferença entre o sistema e seu entorno. Toda distinção entre o sistema e seu entorno é inerente à própria existência desse sistema, sendo uma coisa que “simplesmente ali está” e que funciona como uma fronteira, que marca a própria diferença, mantendo o ambiente do lado externo e o sistema do lado interno (LUHMANN, 2013, ps. 49/50). Desse modo, a distinção deve funcionar como uma unidade, ou seja, quando surge a fronteira entre dois lados de uma distinção, temos uma “forma”.

Uma forma possui dois lados, correspondentes ao entorno e ao interior do sistema. Desse modo, o sistema pode ser considerada uma “forma” a partir da condição de que este conceito se aplique à diferença entre o sistema e o entorno. Consequentemente, o sistema é uma forma com dois lados, que cria a si mesmo por meio de uma cadeia de operações e conexões seletivas. A diferença entre o sistema e seu entorno surge por causa dessas operações subsequentes, que por sua vez são responsáveis por criar o sistema em si (LUHMANN, 2013, ps. 51/52). Ademais, essa operação do sistema que se repete é a comunicação intencional, já descrita anteriormente, sendo a única capaz de fazer emergir o sistema social. Luhmann imagina essa estrutura circular de operações de autoprodução, em que uma operação se conecta a outra, que se conecta a uma terceira e assim por diante. Operações, por sua vez, caracterizam-se por “produtos de uma diferença”, em que se alcança um resultado diverso do estado anterior (LUHMANN, 2016, p. 67).

A observação, por sua vez, é um tipo de operação que cria uma nova condição no sistema, contribuindo para a autorreprodução do mesmo (LUHMANN, 2016, p. 58) enquanto auxilia a diferenciação entre a hetero e autorreferência (LUHMANN, 2016, p. 69).

No sistema, há reingressos (“*re-entry*”) que permitem que a forma crie a própria forma. O que controla as condições de conectividade entre operações é a “auto-observação” ou autorreferência, que corresponde aos conceitos internos do sistema, e a heterorreferência, que corresponde a toda informação, seja interna ou externa, presente ou pretérita ao sistema (LUHMANN, 2013, p. 55), que serão componentes do processo

de comunicação. A autorreferência contrasta com a heterorreferência, de modo que o sistema designa a si mesmo em contraste com o ambiente por meio da observação (LUHMANN, 2016, p. 69).

Nesse processo de continuidade e descontinuidade, a autorreferência e a heterorreferência tornam o improvável em provável, e nessa medida o sistema acumula experiências mediante repetições e auto-observações (SILVA, 2016, p. 100), estabelecendo seu próprio limite à medida em que pratica suas operações internas. Assim, constrói-se a complexidade do sistema a partir de seu fechamento operacional (LUHMANN, 2016, p. 57). A comunicação humana funciona autorreferencialmente enquanto o sistema social opera no “*medium*” sentido para distinguir a autorreferência e a heterorreferência.

O sistema social para Luhmann é uma forma composta por dois lados, com uma fronteira que separa seu interior de seu exterior. Essa fronteira, que faz parte do sistema e é criada pelas operações sucessivas da comunicação, representa a diferença, uma distinção qualificada, que há entre esses dois lados. A auto-observação do sistema permite o controle das conexões por meio da autorreferência e heterorreferência e integra uma estrutura circular de autorreprodução, que, contudo, não impede as interações entre os lados da forma, sendo o sistema aberta em sua essência.

1.1.3 – Fechamento operacional, acoplamento estrutural e código binário

A partir da ideia de que o sistema é constituído da diferença entre os dois lados da forma, observa-se que essa distinção qualificada como diferença ocorre por meio do fechamento operacional (LUHMANN, 2013, p. 63).

O sistema social cria suas fronteiras por meio de suas próprias operações comunicativas e assim se distingue de seu entorno, fortalecendo as relações entre os indivíduos. O sistema opera sempre do lado interno de sua forma e não é capaz de se conectar com o lado exterior por meio de suas próprias operações. Daí surge a ideia de que as operações ocorrem apenas no ambiente interno, fechado pelas fronteiras criadas pelo próprio sistema (LUHMANN, 2013, p. 64). Ou seja, o sistema usa sua própria rede de operações para se reproduzir (LUHMANN, 2016, p. 59).

Esses sistemas são funcionalmente diferenciados, detendo cada um uma unidade que os diferenciam de seu entorno. A unidade de cada sistema constitui-se por um código

binário de referência, responsável pela autopoiese da comunicação (LUHMANN, 2012, p. 137), que oferece uma resposta positiva e uma negativa a toda comunicação daquele sistema (LUHMANN, 2012, p. 132). Assim, há o código “verdadeiro/falso” para a ciência, o código “lícito/ilícito” para o direito e o código “propriedade/não propriedade” para a economia” (SILVA, 2016, p. 101).

O fechamento operacional dos sistemas é de natureza informacional ou semântico e não se confunde com o fechamento causal, ou seja, aquele composto de relações causais com o sistema e seu entorno (LUHMANN, 2016, p. 59). O conceito de fechamento operacional poderia levar a conclusão de que cada sistema é isolado, ou seja, de que nada pode ocorrer senão a partir de suas operações internas.

Contudo, Luhmann afirma que um sistema fechado não pode ser classificado como um sistema isolado (LUHMANN, 2016, p. 58). Os sistemas sociais operam como máquinas não triviais, no conceito de Heinz von Foerster. Ao invés de transformar um dado em outro por uma regra específica, os sistemas interpõem seus próprios estados em suas operações. Como exemplo, ao invés de formular proposição “se ‘a’ então ‘b’”, um sistema social se perguntaria “quem sou eu?” (LUHMANN, 2013, p. 68). Assim, a ideia de que um sistema é isolado é derruída a partir da constatação de que, enquanto o sistema é incapaz de transpor suas barreiras por meio das operações técnicas, pode fazê-lo por meio dos significados, reagindo ao seu entorno a partir de irritações que surgem em condições específicas (LUHMANN, 2013, p. 66). Essas irritações são conhecidas como acoplamentos estruturais.

Os acoplamentos estruturais são responsáveis por misturar, acumular e canalizar causalidades, coordenando e integrando o sistema e seu entorno sem afetar seu fechamento operacional (LUHMANN, 2013, p. 69), sendo mais um conceito decorrente de Maturana. Partindo do pressuposto de que o sistema é uma forma composta por dois lados, “sistema/entorno (ambiente)” e que a informação é produto do próprio sistema, o acoplamento estrutural possui a capacidade de ordenar o “barulho” em favor do sistema.

O acoplamento estrutural pressupõe que cada sistema possui a capacidade de seu autoproduzir a partir de estruturas próprias. O acoplamento ocorre entre essas estruturas sistêmicas e tudo aquilo relevante que está no entorno do sistema, sem que se comprometa a capacidade de autorreprodução do mesmo. E essas estruturas importam à realidade quando associadas a “acontecimentos comunicativos” (LUHMANN, 2016, p. 62), não

havendo distinção essencial com relação a “operação” e “estrutura” (LUHMANN, 2016, p. 65).

Todas as causalidades que ocorreram entre sistema e entorno se localizam exclusivamente nos acoplamentos estruturais, que são altamente seletivos (LUHMANN, 2013, p. 84). Ao dividir o que é incluído e o que é excluído, o acoplamento estrutural reduz as relações relevantes entre entorno e sistema a uma área menor de influência em que poderá haver causalidades e irritações. Assim, o acoplamento estrutural aumenta a complexidade do sistema enquanto seleciona as influências externas do entorno que poderão ser absorvidas, evitando que a capacidade de aprendizagem do sistema se sobrecarregue (LUHMANN, 2013, p. 86).

Enquanto a sociedade se diferencia funcionalmente, adquirindo complexidade, passa a requerer uma nova forma de interação entre seus subsistemas funcionais, que possam levar em conta simultaneamente seus fechamentos operacionais e autonomias. Ademais, os acoplamentos também se relacionam com o mundo externo por meio da comunicação. Assim, a autonomia e os acoplamentos pressupõem-se um ao outro e se desenvolvem juntos enquanto aumentam, dirigem e excluem irritações (LUHMANN, 2016, p. 646).

Importante salientar que os acoplamentos estruturais não determinam o sistema, mas apenas fornecem as irritações ou estímulos para que o mesmo permaneça em movimento por meio de suas próprias operações, criando suas próprias estruturas.

A evolução do sistema social ocorre por meio de um processo de comunicação de uma unidade com seu exterior em que se reage a elementos exógenos, afirmando Luhmann que nenhum sistema é criado ou se reproduz com bases exclusivamente autorreferenciais, “nem mesmo quando o sistema é dotado da capacidade de auto-organização e de auto-observação” (LUHMANN, 1990, p. 23). E, considerando que o sistema social opera por meio da comunicação, afirma-se que a sociedade se acopla por meio da consciência (LUHMANN, 2013, p. 87).

Cada sistema, considerado como uma forma de dois lados, opera as informações de modo fechado, sempre por seu lado interno e a partir de suas próprias estruturas. A atuação de cada sistema ocorre no seu próprio plano de operações, ou seja, sem contato com o entorno, de modo que cada sistema é fechado operacionalmente. Os sistemas que operam por suas próprias estruturas acabam se diferenciando funcionalmente de seu

entorno e acabam se constituindo por um código binário de referência, como o código “verdadeiro/falso” para a ciência, “lícito/ilícito” para o direito e o código “ter/não ter propriedade” para a economia (SILVA, 2016, p. 106).

Se pensarmos no fechamento operacional como o bloco do motor de um automóvel, observamos que esse funciona a partir de suas próprias estruturas, como pistões, cilindros e válvulas gerando energia a partir de sua operação interna. O acoplamento estrutural seria o funil que permite a adição de óleo ao reservatório desse motor.

O que permite que o entorno e o sistema se relacionem são os acoplamentos estruturais, que possuem a função de selecionar influências externas que serão internalizadas pelo sistema. Os acoplamentos estruturais e o fechamento operacional são compatíveis, de modo a permitir que o sistema funcione por meio de suas operações internas enquanto transforma irritações de seu entorno em informações, impedindo que o sistema seja totalmente isolado ou que tenha contato direto com seu entorno.

1.1.4 – Auto-organização e autopoiese

O sistema dispõe apenas de suas próprias operações desempenhadas pelas estruturas que construiu, sem que seja possível a importação de estruturas externas. Essa “auto-organização” é responsável por determinar o estado presente do sistema e está relacionada com o conceito de autopoiese.

A genealogia do termo, aponta Luhmann, refere-se para estruturas circulares. “*Poiésis*” relaciona-se com criação. É algo que produz um trabalho, ou algo além de si mesmo. Algo pratica uma ação com uma finalidade específica de produzir outra coisa e não com base em si mesmo, em uma virtude, como ocorre com o conceito de “*práxis*”. Um sistema autopoietico seria aquele que é resultado de seu próprio trabalho, pois sua operação é condição para a produção de operações (LUHMANN, 2013, p. 78).

A autopoiese indica que o estado presente do sistema, e que servirá como seu ponto de partida para as operações futuras, é determinado pelas operações do próprio sistema, sendo suas estruturas efetivas apenas enquanto o sistema está em operação. As estruturas são expectativas ao se relacionarem às conexões das operações, que são experiências ou ações (LUHMANN, 2013, ps. 71/72).

Há uma relação circular entre as operações dos sistemas e suas estruturas, que

geram maior complexidade e diversidade. A operação de um sistema pressupõe estruturas. Quanto mais diversas forem as escolhas estruturais, mais variadas serão as operações e melhor um sistema pode reconhecer a si mesmo como responsável pelo seu próprio estado. Já as estruturas só podem ser construídas pelas próprias operações do sistema. Como exemplo, Luhmann aponta a linguagem como estrutura que só é possível pela operação da fala (LUHMANN, 2013, p. 76).

Um sistema só pode gerar suas próprias operações a partir de sua rede de operações e essa rede é gerada por essas operações a partir do fechamento operacional, de modo que o sistema gera a si mesmo. Esse é, em síntese, o conceito de autopoiese de autoria de Maturana que Luhmann adota para seu trabalho (LUHMANN, 2013, p. 76).

A autopoiese do sistema pressupõe uma continuidade de operações e não uma operação que ocorre apenas uma vez. A comunicação é um estado que ocorre de forma contínua, em uma operação que se autorreproduz (LUHMANN, 2013, p. 80). Um sistema pode ser considerado totalmente autopoietico ou nada autopoietico, sendo impossível estabelecer-se uma gradação entre esses dois estados (LUHMANN, 2013, p. 82). Essa dualidade, já observada quando conceituada a ideia do código binário inerente a cada sistema aparece de forma marcante na teoria dos sistemas.

Contudo, Luhmann chama a atenção para a insuficiência da autopoiese para explicar a totalidade do sistema. A partir dessa ideia de sistema que gera a si mesmo e da existência de acoplamentos estruturais, a autopoiese torna capaz a destruição do sistema pelo entorno, mas esse entorno é incapaz de contribuir para a manutenção do sistema, que funciona por meio de suas próprias operações (LUHMANN, 2013, p. 85). Ou seja, enquanto o entorno é capaz de influenciar o sistema a ponto de fazê-lo se autorreproduzir até sua destruição, é irrelevante sua contribuição para a manutenção das operações, já que estas funcionam a partir de suas estruturas próprias.

Enquanto um sistema é relativamente autônomo, ele é independente de seu entorno em alguns aspectos e dependente em relação a outros. Contudo, a autopoiese não lida com essa ideia de independência com relação ao entorno. Por exemplo, em sociedades modernas complexas, os sistemas econômicos, jurídicos e políticos possuem relações de independência e de dependência entre seus interiores e seus entornos. Dificuldades econômicas podem provocar irritações no sistema da política, e dificuldades políticas podem gerar irritações no sistema jurídico (LUHMANN, 2013, p. 82).

Conclusivamente, a autopoiese refere-se ao estado presente de um sistema, formado por um lado interno e um externo, que servirá como base de suas operações seguintes. É inerente à autopoiese a noção de auto-organização, ou seja, de que o sistema é capaz de produzir a si mesmo por meio de operações internas a partir de uma característica de fechamento operacional. As estruturas do sistema e suas operações estão, assim, relacionadas de forma circular, de modo que uma servirá de substrato para a outra enquanto o sistema estiver em movimento contínuo. O autopoiese diz respeito à autonomia do sistema, não se referindo a sua independência. Isso porque os sistemas podem se produzir conforme suas operações internas ainda que sofram influência de seu entorno, o que se permite por meio de acoplamentos estruturais. O sistema é autônomo, sem que isso implique em seu isolamento com relação a seu entorno.

1.2 – Os subsistemas do direito e da economia

Dentre as várias partes que formam o sistema social, para o desenvolvimento do presente estudo é importante a análise específica dos subsistemas do direito e da economia.

1.2.1 – A teoria do direito e a sociedade

A prática encontra-se muito presente na origem do direito, seja pelos argumentos usados pelas partes em uma demanda, seja por aqueles que produzem decisões judiciais, considerando-se que o direito é formado com base em experiências de casos e conceitos que serão reutilizados no futuro.

Há uma diferença entre as teorias que se reproduzem na prática do direito como resultado de interpretação e aquelas prescritas pela ciência, o que leva Luhmann a afirmar que há uma precedência metodológica, que relaciona conjuntos de problemas e casos em relação às considerações teóricas no sistema do direito, que se mostram opacas frente à realidade (LUHMANN, 2016, p. 11). Essas interpretações são o produto de uma auto-observação e autorreferência do sistema jurídico, que se esforçam para criar conceitos básicos e indispensáveis, como a “norma” que prescreve o que dever ser e atribui valor e sentido à ação de juristas. Nesse ponto, a teoria do direito é reflexiva e não admite parâmetros externos para a definição de seus valores (LUHMANN, 2016, ps. 14/17).

O objeto do direito é o ordenamento normativo e as várias teorias distintas do

direito, como o realismo jurídico, o direito positivista, a análise econômica do direito e a teoria dos sistemas analisam e tentam explicar esse objeto e seus limites (LUHMANN, 2016, p. 19). Esta última objetiva descrever cientificamente como o direito produz seus próprios limites em relação a seu ambiente, a partir de observações autoproduzidas, ou seja, o direito como um sistema “auto-observante”. Enquanto essa descrição interna ao sistema é própria ao jurista, uma teoria sociológica, preocupada com o comportamento social, observa o direito de fora, descrevendo externamente o direito (LUHMANN, 2016, p. 22).

A teoria (jurídica) do direito surge com as autodescrições do sistema do direito. Ou seja, as preocupações científicas de explicação surgem simultaneamente com seu objeto de análise, concebendo uma norma jurídica interna que diferencia o sistema de seu entorno, ou ambiente. As consequências empíricas que decorrem dessa norma interna indicam a própria positividade do direito, que deve ser maximamente previsível (LUHMANN, 2016, p. 25).

O direito foi reduzido inicialmente à teoria do direito positivo, conforme uma preocupação com a validade dos valores, elaborada conforme a argumentação e como cálculo utilitarista. A teoria dos sistemas trata o direito de modo mais concreto, como uma unidade que se produz e se distingue de um ambiente social altamente complexo e acaba por conferir autonomia, autodeterminação e um código próprio à teoria do direito, ainda que Luhmann afirme que a base cognitiva interdisciplinar pode impor desafios ao jurista (LUHMANN, 2016, p. 30).

Pelo exposto até o momento, o sistema jurídico pode ser descrito como um sistema autônomo que se auto-observa, se autoproduz e age de modo a criar suas próprias teorias sem compromisso em representar o ambiente no interior de seu sistema e que possui um código binário descrito como “lícito/ilícito”, ainda que suas instituições legais se relacionem com outros sistemas sociais por meio de acoplamentos estruturais (LUHMANN, 2016, p. 33/39).

Este direito possui uma unidade autopoietica, em que a sociedade é tratada como um ambiente social que possibilita sua autoprodução e sustenta sua produção, sem que isso implique em um “solipsismo jurídico” (LUHMANN, 2016, p. 40). O direito se desenvolve na sociedade e com ela (LUHMANN, 2016, p. 660), de modo que estes possuem uma relação ambivalente. Enquanto a sociedade é o ambiente do subsistema do

direito, todas as operações desse subsistema são operações da própria sociedade. O direito age de modo comunicativo e protege os limites erigidos pela própria sociedade (LUHMANN, 2016, p. 47). Assim, a unidade da sociedade repousa em sua forma jurídica, sendo o direito entendido mais do que um mero subsistema do sistema social (LUHMANN, 2016, p. 659).

1.2.2– O fechamento operacional do direito

O fechamento operacional da teoria dos sistemas equivale à “positividade” para a teoria do direito (LUHMANN, 2016, p. 51), ou seja, uma teoria sistematizada mediante regras e princípios (LUHMANN, 2016, p. 288).

De início, Luhmann trabalha com a ideia de que o direito positivo, apesar de servir para a reflexão científica como valor de decisão e de imposição, é insuficiente à medida em que permite decisões arbitrárias. Enquanto a teoria do direito aponta para estruturas como regras, normas e valores, a teoria dos sistemas busca a distinção entre sistema e entorno (ambiente) por meio de operações. Ou seja, o que define o que é e o que não direito são regras específicas operacionais, que produzem e reproduzem seu sentido específico (LUHMANN, 2016, ps. 52/56).

Resgatando-se a ideia de que um sistema opera por meio de suas próprias redes de operações a ponto de se constituir do modo autorreferencial, o direito seria um sistema autopoietico cuja estabilidade independe das mudanças contínuas de suas estruturas (LUHMANN, 2016, p. 60) e ocorre por meio de operações sociais, em especial a linguagem. O sistema do direito deve ser descrito por normas comunicativas que operem com uma dupla função, que é produzir e manter suas próprias estruturas, sem uma determinação de origem externa (LUHMANN, 2016, ps. 66/67).

O direito é o único sistema capaz de descrever o que é o direito, sendo suas estruturas produzidas de maneira circular, autorreferencial e autodeterminada na realização de sua autopoiese (LUHMANN, 2016, p. 67). Nele, encontram-se operações próprias que permitem a auto-observação e a operação de diferenciação entre sistema e entorno, controlando a autorreferência, a heterorreferência e a autodesignação (LUHMANN, 2016, p. 70).

Todos os sistemas sociais são realizações da sociedade, incluindo-se o subsistema do direito (LUHMANN, 2016, p. 73). O direito relaciona-se com o sistema social no

tocante às suas realizações mentais e corpóreas consideradas relevantes, enquanto suas operações se efetivam fora de seu sistema por meio da comunicação. Ou seja, questões que envolvem as operações do direito podem ser comunicadas em áreas diversas, como no cotidiano e na imprensa (LUHMANN, 2016, p. 75).

Mesmo diante dessa permeabilidade, alguns modos de autorreferência e de referências recursivas entre operações jurídicas são peculiares ao sistema do direito. O sistema jurídico é uma “máquina histórica”, em que toda operação modifica o sistema e o coloca em uma posição diversa da anterior. Não há um início do direito que possa marcar o começo de suas operações ou práticas conectadas à perspectiva histórica, mas há situações em que se considera plausível o procedimento conforme normas jurídicas, partindo-se da pressuposição da ocorrência de conflitos em que se reivindica a vitória como direito vinculativo ao futuro (LUHMANN, 2016, p. 77).

O direito em movimento de autopoiese social ocupa-se da administração da justiça inserido em ordens sociais gerais e codeterminado por estratificações sociais subordinadas a pressões sociais. A fim de permitir a incorporação do direito nas estruturas dadas pela sociedade, se deve “dessolidarizar” a administração da justiça da sociedade. Isso leva o direito a se diferenciar por meio de uma especificação funcional e de um código binário próprio. A especificação funcional implica em que as disposições internas do sistema do direito se orientam frente a problemas sociais específicos, devendo o jurista provar que determinada comunicação se ordena conforme ou contrariamente ao direito, e por isso é apta a ingressar em seu domínio.

Já a codificação binária diz respeito a uma representação esquemática do “lícito/ilícito”, que provê respectivamente valores positivo e negativo (LUHMANN, 2016, p. 81) e representa a unidade do sistema e estrutura de processo de reconhecimento e atribuição de autopoiese (LUHMANN, 2016, p. 94). O código é universalmente manipulável independentemente de seu conteúdo e possibilita o fechamento do sistema (LUHMANN, 2016, p. 95). A unidade não se confunde com a operação interna do sistema, sendo aquela a totalidade de suas operações e estruturas (LUHMANN, 2016, p. 98). Assim, as operações do direito orientam-se por normas e o que não puder ser apreendido pelo esquema de controle “lícito/ilícito” não pertencerá ao sistema jurídico.

O sistema jurídico operacionalmente fechado é considerado autônomo na medida de sua autolimitação e por introduz a autopoiese, olhando para si mesmo em busca de

orientação para fazer ou aplicar leis, sendo irrelevantes parâmetros externo a seu sistema (LUHMANN, 2016, p. 87).

Traçar os limites desse sistema leva ao problema da “universalidade da relevância jurídica”. A princípio, todo comportamento social pode ser relevante para o direito. Entretanto, para que o comportamento seja uma operação interna do direito incluída no sistema, exige-se uma comunicação orientada pelo “caráter pétreo” do código da licitude/ilicitude independente de se estar falando de profissionais do direito ou de pessoas pertencentes ao cotidiano (LUHMANN, 2016, p. 91).

Ocorre a comunicação jurídica apenas no interior do sistema, sendo monopólio do direito declarar o que é lícito ou ilícito (LUHMANN, 2016, p. 93) conforme suas próprias condições, sendo impossível evitar a participação no sistema jurídico. Essa constatação leva Luhmann a afirmar que somos escravos do direito (LUHMANN, 2016, p. 97).

O sistema do direito opera de maneira normativamente fechada e cognitivamente aberta, havendo a criação de expectativas normativas, base do processamento das comunicações jurídicas (LUHMANN, 2016, p. 124). O fechamento diz respeito a impossibilidade de a moral e seu código “bem/mal” terem vigência imediata no sistema, ainda que ideias éticas e jurídicas possam convergir. Afinal, os programas da moral podem ser historicamente controversos (LUHMANN, 2016, p. 106) e mesmo que se utilize a moral como critério de interpretação da norma, filtra-se o que pode ser aceito pelo próprio sistema (LUHMANN, 2016, p. 119). A abertura cognitiva, que pressupõe o fechamento normativo, ocorre de modo condicional à autopoiese e às práticas decisórias (LUHMANN, 2016, p. 109), significando que o sistema produz informações correspondentes a partir da heteroferência e de sua atribuição de diferença com relação a seu entorno (LUHMANN, 2016, p. 114). Um ato político arbitrário pode ser considerado como ruptura do sistema direito, relegando o direito a um “estado de corrupção” em que o mesmo se reconhece incapaz de suportar a pressão política e passa a agir orientado apenas por si como mero instrumento de poder (LUHMANN, 2016, p. 109). Nesses casos extremos em que não há abertura cognitiva, a autopoiese não pode ser entendida como critério político ou ético de aceitabilidade do direito (LUHMANN, 2016, p. 111). A fim de garantir a saúde do sistema, fechamento normativo e a abertura cognitiva devem operar em conjunto (LUHMANN, 2016, p. 111).

Luhmann aponta ainda para a importância da validade jurídica no sistema do

direito. A validade não é uma norma fundamental ou meta-norma, mas sim uma forma do interior do sistema jurídico, marcadora da diferença entre o que é válido e não-válido (LUHMANN, 2016, p. 139). É o “símbolo” de que dispõe o sistema do direito, um valor próprio capaz de conectar suas operações e reproduzir a unidade do sistema (enlace), no sentido interno, com base no direito vigente. É um símbolo pois não possui valor intrínseco, representando a aceitação da comunicação como autopoiese do sistema do direito (LUHMANN, 2016, p. 133). Também pode ser considerada a forma referida pelas operações enquanto pertencentes do sistema, ou uma forma de participação na unidade do sistema. Ao qualificar normas como válidas ou não-válidas, a validade acaba anexada às expectativas normativas do sistema (LUHMANN, 2016, p. 141).

A validade não se confunde com o código “ilícito/ilícito”. A forma da validade jurídica é capaz de prever consequências jurídicas para o não-direito (LUHMANN, 2016, p. 142). Por exemplo, um ato é considerado inválido por não obedecer ao lado interno da forma da validade jurídica, mas dessa invalidade poderão surgir consequências, como sua anulação, de acordo com o sistema do direito. Ao cruzar o limite do código binário “lícito/ilícito”, a validade jurídica oferece as possibilidades de enlace das comunicações. Assim, algo será considerado “lícito/ilícito” após a referência ao direito “válido ou inválido” (LUHMANN, 2016, p. 143). Ou seja, o que é considerado lícito ou ilícito foi posto antes como válido (LUHMANN, 2016, p. 146).

A validade jurídica não impede transformações do “Estado de direito”, coexistindo com mudanças sob a lógica de que esta só pode ser consumada pois não era válida até então. O sistema do direito é capaz de alterar o que é válido sem violar suas próprias normas (LUHMANN, 2016, p. 139). A validade possui uma capacidade outra, que é transferir-se para as operações subsequentes em cada uso, em uma reprodução permanente na máquina do sistema do direito (LUHMANN, 2016, p. 143), mantendo os fundamentos de validade internos ao sistema, ou seja, em sua autopoiese (LUHMANN, 2016, ps. 146/148).

O princípio da igualdade, ou valor da justiça, é um conceito-forma que surge como outra possibilidade de expressão da unidade operativa do sistema do direito, correspondente a sua preferência mais abstrata (LUHMANN, 2016, p. 148). A igualdade será uma racionalidade prática que gera uma dinâmica no sistema com a contínua repetição da pergunta “isso é igual ou isso é desigual”, sendo uma distinção evolucionária,

um fio condutor que considera apenas as distinções geradas no interior do sistema (LUHMANN, 2016, p. 152).

O fechamento operacional é um elemento importante do sistema do direito, ainda que não seja um princípio normativo (LUHMANN, 2016, p. 127). O fechamento do sistema está relacionado com a autodescrição do sistema jurídico, ao passo que substitui a referência de unidade do sistema (LUHMANN, 2016, p. 682). Enquanto a auto-observação envolve a definição do que é e do que não é lícito, estabelecendo a identidade do sistema, a autodescrição é um esforço reflexivo, que representa a elaboração de um texto escrito que se refere a si mesmo e representa a função, autonomia e indiferença do sistema jurídico (LUHMANN, 2016, p. 670).

Para Luhmann, o fechamento operacional corresponderia ao direito positivo. Ou seja, o sistema do direito atua de modo autorreferencial e circular, reproduzindo-se conforme suas “redes de operações” e estruturas internas e com base na diferença entre sistema e entorno (ambiente), possuindo o monopólio da definição acerca do que é direito.

O direito se diferencia da sociedade por meio de especificações sociais e de um código próprio que possibilita seu fechamento: o código “lícito/ilícito”. Suas operações podem ser comunicadas em diversas áreas, uma vez que o sistema do direito não deixa de ser um sistema social. Mas o inverso não se confirma: há várias comunicações sociais que não serão traduzidas a partir da comunicação interna do sistema do direito, mesmo diante da constatação de que todo comportamento social, em tese, pode ter relevância jurídica. Para isso, apenas aquele comportamento social orientado pelo código binário será incluído no sistema do direito. Por exemplo, a prática do suicídio é um comportamento social e que tem a capacidade abstrata de gerar consequências conforme o direito. Mas o ato em si só poderá ser comunicado no interior do sistema do direito apenas se pertencer ao código binário da licitude. Para o direito penal brasileiro, diante da inexistência de uma norma interna de licitude, o ato do suicídio pode ser irrelevante e não ser comunicado de forma sistêmica.

O sistema do direito opera de forma fechada, mas se apresenta cognitivamente aberto, criando expectativas normativas. A saúde de seu sistema, oposto da corrupção de seu sistema, implica em uma operação simultânea do fechamento operacional e da abertura cognitiva.

Luhmann afirma que o direito é uma “máquina histórica”, em que todas as suas

operações modificam o sistema em um movimento contínuo, em que o símbolo da validade jurídica perpassa de operação em operação criando uma unidade. Essa validade jurídica, por sua vez, seria uma forma contida no sistema jurídico capaz de conectar todas as operações, sem se confundir com o código da licitude, mas servindo de referência a este. O que antes passou pela forma “válido/inválido” agora pode ser considerado lícito ou ilícito.

O direito é autopoietico assim como outros sistemas sociais, pois age de maneira circular e autorreferencial, reproduzindo-se por meio de suas próprias operações e sob o símbolo da validade jurídica. Qualquer pretensão de classificar algo como lícito e ilícito deve se submeter inevitavelmente a comunicação havida interior do sistema do direito. Nesse ponto, os indivíduos de uma sociedade são “escravos” do direito. Esse é o fechamento operacional do direito.

1.2.3 – A função do direito

Luhmann afirma que não há uma definição factual do direito, devendo o sistema do direito ser utilizado como um sistema de referência (LUHMANN, 2016, p. 174).

Excluindo-se questionamentos psicológicos e antropológicos dentro do conjunto social, mesmo a sociedade complexa se comunica de forma empiricamente observável. Questiona-se quais seriam aqueles problemas sociais que o direito busca solucionar por meio de suas normas jurídicas específicas (LUHMANN, 2016, p. 163), e essa resposta estaria relacionada a sua função.

Luhmann afirma que o direito busca resolver um problema temporal, que surge quando a comunicação na sociedade não é suficiente. A função do direito está relacionada com expectativas, que é um aspecto temporal do sentido da comunicação (LUHMANN, 2016, p. 166). O direito possui consequências sociais ao passo que as expectativas criadas possam ser satisfeitas de modo estável ao longo do tempo por meio de uma rede recursiva, em que a comunicação criada aponte para possibilidades de conexões no futuro (LUHMANN, 2016, p. 168).

A fim de se estabelecerem vinculações temporais, são introduzidas expectativas que podem ou não se concretizar, gerando satisfações ou decepções. No plano das expectativas, o direito busca reduzir, por antecipação, a liberdade de comportamento no curso do tempo, discriminando a favor ou contra um indivíduo e estabilizando

expectativas normativas, gerando segurança (LUHMANN, 2016, p. 175). Aqui, há a simbologia do “dever”, que permite aos desprestigiados do direito aprender e adaptar seu comportamento em busca de segurança. Resumidamente, “as normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas”, que se relacionam com o futuro (LUHMANN, 2016, p. 172). Destaque-se que o direito se encontra diante de tensões temporais e sociais, sendo capaz de manter a vinculação do tempo e capacidade de buscar consenso ou dissenso. Essa referência temporal encontra-se na função normativa e não na vigência das normas, historicidade ou conduta humanas (LUHMANN, 2016, p. 174).

O direito é essencial para a vida em sociedades complexas, em que a confiança em mecanismos personalizados é insuficiente para que o indivíduo corra riscos. E o conceito funcional de norma como expectativa de conduta que se estabiliza de maneira factual ou contrafactual, sendo cumprida ou não, relaciona-se a ideia de confiança. A norma jurídica é gerada pela rede recursiva do sistema do direito e protege aqueles que têm expectativa com relação a conduta por ela prescrita e tem uma função geral de estabilização (LUHMANN, 2016, p. 180).

Enquanto sistema autopoietico e operativamente fechado, o direito garante sua função por meio de sua capacidade de operação, enquanto cria expectativas normativas, e por meio de suas estruturas, não sendo determinado hierarquicamente pelo aparato político (LUHMANN, 2016, p. 192). Internamente, o sistema do direito cria uma hierarquia própria as estabelecer seu sistema decisório, composto de normas de competência e órgãos, como tribunais e parlamento (LUHMANN, 2016, p. 194), que possuem competência para declarar oficialmente o que lícito ou não (LUHMANN, 2016, p. 196).

O direito e a política possuem uma dependência mútua evidente, pois o direito depende da política para sua aplicação como a política depende do direito para diversificar o acesso ao poder politicamente concentrado (LUHMANN, 2016, p. 200). Entretanto, as expectativas normativas marcam a diferença funcional entre esses sistemas. Estas expectativas independem de uma posição de superioridade, sendo peculiar ao direito ditar o que se pode esperar justificadamente dos outros, possibilitando a segurança da expectativa, ainda que seja inegável certa síntese entre a política e o direito (LUHMANN, 2016, ps. 202/204).

A resolução de conflitos é necessária quando se está diante da recusa de expectativas injustificadas, sendo imprescindível a existência de um robusto sistema jurídico válido. Contudo, não é todo conflito que poderá ser dirimido pelo direito, mas apenas aqueles que ele pode construir (LUHMANN, 2016, p. 212). Afinal, os indivíduos podem buscar outras formas de solução de conflitos íntimos que não tenham resposta no código “lícito/ilícito”, a fim de preservar sua relação pessoal (LUHMANN, 2016, p. 172). Defende-se, assim, que a forma do direito só se faz relevante nos casos excepcionais em que efetivamente houver um desvio significativo. O direito é apenas mais uma possibilidade de resolução de conflitos, representando uma “garantia última de liberdade” (LUHMANN, 2016, p. 214).

Luhmann afirma que o direito é uma espécie de “sistema imunológico da sociedade”. Ele não faz prognósticos a respeito de quando vão ocorrer litígios que exijam sua atuação, mas seus mecanismos estão dispostos a atuar no tempo necessário para construir a resposta à imunidade. Uma vez encontrada a solução (jurídica), o tempo de resposta para novas infecções (litígios) são reduzidos (LUHMANN, 2016, p. 216).

O sistema do direito opera tendo por base sua diferenciação funcional, que corresponde à segurança de expectativas normativas criadas unicamente a partir de suas operações internas ao longo do tempo, que podem servir, inclusive, para a solução de conflitos enquanto garantia da liberdade da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 195).

1.2.4 – A justiça

A unidade do sistema jurídico ocorre na forma de operações reproduzidas de modo autopoietico, em um círculo de autorreferência, sendo capaz de reconhecer a repetição no símbolo formal da validade jurídica, de modo a facilitar sua reprodução. Nesse sentido, sendo o direito um conjunto de regras e princípios, indaga-se acerca da justiça (LUHMANN, 2016, p. 285/288).

Luhmann afirma que o direito não pode se satisfazer em ver a justiça como mera legitimação do direito em meio a moral, ou vê-la como mera questão ética. Afinal, se reconhece que o sistema do direito incorpora as normas morais e as torna jurídicas.

A justiça é uma fórmula de contingência do sistema jurídico. O sistema define o que é justiça e impõe a necessidade de sua prevalência como ideia, princípio ou valor, ao mesmo tempo em que a define como irrefutável (LUHMANN, 2016, ps. 292/294).

Considerando que o direito está imerso em sua positividade, entende-se necessária uma fórmula latente de contingência que não se confunda com seu código interno de operações (LUHMANN, 2016, p. 295).

As operações e estruturas do sistema do direito possuem a expectativa de serem justas, sendo que cada caso individual submetido às regras internas do sistema do direito transmite uma orientação no tocante a justiça, que em sua forma mais geral e abstrata apresenta-se como a igualdade, uma ideia que se autolegitima e não necessita de fundamentação (LUHMANN, 2016, p. 297).

A justiça como postulado equivale a uma auto-observação e autodescrição do sistema. Corresponde à representação do “sistema no sistema”, uma projeção da unidade em seus programas (LUHMANN, 2016, p. 289). Isso implica na importante conclusão de que um sistema jurídico pode ser injusto, bastando que seu código e autopoiese operativa sejam injustos (LUHMANN, 2016, p. 291) e que a noção de justiça decorre de circunstâncias históricas e condições socioestruturais distintas (LUHMANN, 2016, p. 299). Como exemplo, Luhmann aponta que a noção aristotélica de justiça distributiva era baseada em uma sociedade estratificada que opunha pessoas livres a pessoas não livres. Ou seja, era historicamente e socialmente adequada, mas, se transportada à cultura ocidental atual, poderia ser classificada como injusta. A noção de justiça se submete a uma “complexidade adequada” e à tomada de decisões consistentes com os sistemas jurídico e social (LUHMANN, 2016, p. 300).

A ideia inicial de justiça como reciprocidade entre ações não é adequada em um sistema jurídico dotado de juízes, que se inserem em relações jurídicas entre indivíduos e não podem agir de forma recíproca, sob pena de praticar corrupção. Assim, a justiça melhor se relaciona com a igualdade na consistência da tomada de decisão, à medida em que as regras decidem de forma igual situações iguais conforme critérios (LUHMANN, 2016, p. 304). Importante salientar que a legislação permite, por meio de uma decisão política, tratar iguais de maneira desigual com a adoção de medidas cautelares de rompimento da consistência. Mas a justiça como igualdade continua a se dar pela forma como as relações condicionais e relacionam entre si pelas suas semelhanças ou diferenças. (LUHMANN, 2016, p. 309)

O direito válido se conforma a noção do direito positivo, sendo impertinente a utilização de critérios externos ao direito para definir o que seria justiça, mesmo que do

ponto de vista ético haja uma inclinação a um direito justo. Daí que a separação entre a justiça e o juízo moral decorre da autonomia jurídica, ou de seu fechamento operacional (LUHMANN, 2016, p. 310).

Pode-se ter a impressão de que o sistema jurídico é voltado a impedir transformações e manter uma estrutura já estabelecida. Isso ocorre ao se observar que as decisões sobre questões jurídicas têm que ser encontradas no contexto de outras decisões judiciais ou de decisões vinculativas. Ou seja, ao se tomar uma decisão, não se pode agir de modo solipsista, devendo-se considerar a observação do direito. Qualquer tendência ao conservadorismo do sistema relacionada com a orientação por decisões precedentes é corrigida exatamente pela fórmula da contingência da justiça, que evita a paralisia interna do sistema do direito com a adoção de mecanismos que alteram as condições de validade, como a legislação e os contratos. A justiça é um esquema de observação pensado para os tribunais alimentado com material novo pelo legislador (LUHMANN, 2016, ps. 315/317).

A justiça pode ser sintetizada, na teoria dos sistemas, como a fórmula de contingência do sistema jurídico, que se impõe como um postulado irrefutável e latente distinto do código interno “lícito/ilícito” e que permite a auto-observação do sistema como unidade com adoção de novos mecanismos de validade (legislação e contratos), sendo marcado por circunstâncias histórico-culturais e atualmente relacionada à ideia de consistência na tomada de decisões diante de diferenças e semelhanças. Ou seja, o conteúdo da justiça não é o mesmo em toda cultura e em todo momento histórico, mas sua função impõe um comportamento adequado a critérios de validade do sistema do direito enquanto se opera o código da licitude.

1.2.5 – Os tribunais e a argumentação jurídica

O sistema jurídico apresenta uma diferenciação interna peculiar no tocante aos tribunais, enquanto subsistemas que expressam a totalidade do sistema em si (LUHMANN, 2016, p. 397). A função dos Tribunais é transformar a indeterminação em determinação (LUHMANN, 2016, p. 427).

Inicialmente, é necessário analisar a relação entre legislação e jurisprudência. A administração da justiça calcada entre essas duas ações já era tratada por Aristóteles. Já no século XVII, tem-se uma noção de ideia unitária de responsabilidade pelo direito e só a partir do século XVIII a diferenciação entre legislação e jurisprudência se intensifica,

com a previsão de procedimentos distintos relacionados a normas de competência e outros condicionantes que distribuem o risco da tomada de decisão entre essas duas esferas (LUHMANN, 2016, p. 400).

Luhmann afirma que há um tipo de “círculo cibernético” entre a jurisdição e a legislação, em que o direito observa a si mesmo como uma observação de segunda ordem: o juiz busca entender a intenção do legislador, interpretando sua vontade enquanto este teria imaginado como os casos seriam interpretados pelo Tribunal (LUHMANN, 2016, p. 404).

A partir do século XX, se fortalece a ideia de que não se pode subtrair dos tribunais a interpretação das leis e a autodeterminação na tomada de decisões. Há um aumento no poder de interpretação judicial, que deve decidir sobre cada caso de maneira justa, aplicando as mesmas regras e assegurando a igualdade nos casos particulares. Forma-se uma tríade de produção do direito representada por “obrigatoriedade/liberdade/restrrição”. (LUHMANN, 2016, p. 405). A jurisprudência é aceita como fonte “sui generis” do direito, sendo o direito válido aquele considerado pelos tribunais como tal. A relação entre legislação e jurisprudência ocorre de maneira circular e assimétrica, em que as restrições são recíprocas no espaço de tomada de decisão, desenvolvendo-se regras paralelamente à tomada de decisões (LUHMANN, 2016, ps. 408/409).

O sistema do direito possui uma peculiaridade ligada a seu fechamento operacional, que é central para sua organização interna e que o difere do poder político: a proibição de denegação da justiça, ou seja, a obrigatoriedade de decidir qualquer caso apresentado (LUHMANN, 2016, ps. 410/417). Essa decisão dada em público está relacionada com uma alternativa, mesmo que não corresponda a um dos caminhos possíveis.

A decisão, para Luhmann, é o “terceiro excluído da alternativa da alternativa”, ou a unidade da diferença entre alternativas. Se a decisão correspondesse à uma das alternativas, já haveria uma decisão *a priori*, sendo papel do Tribunal apenas reconhecê-la (LUHMANN, 2016, p. 411). Qualquer litígio apresenta alternativas de acolhimento ou rejeição total ou parcial aos Tribunais. A teoria dos sistemas indica que a decisão corresponde a um resultado de possibilidade entre essas alternativas, a uma síntese diversa, que representa a unidade entre as possibilidades. Por exemplo, entre a alternativa “a” proposta por um litigante e a alternativa “b” diversa aquela proposta, a decisão resultante

pode ser expressa como “c”.

A decisão obrigatória somente é possível no presente, no âmbito de sua construção e se insere em uma linha temporal, sem que seja determinada pelo passado invariável e de modo que gere consequências para o futuro, que é variável. A relação entre o passado e futuro se interrompe e se restabelece, pois enquanto o sistema se fecha, ele constrói o presente como passado de um futuro (LUHMANN, 2016, p. 435). Essa relação da decisão presente com o futuro leva à uma projeção de futuro e a uma valorização das consequências das decisões (LUHMANN, 2016, p. 413). Com relação ao passado, mesmo decisões que se mostrem como resultado de uma interpretação equivocada serão válidas pois tornadas imutáveis pelas regras internas ao sistema (LUHMANN, 2016, p. 422).

A proibição da denegação da justiça se harmoniza com o positivismo jurídico em um contexto de necessidade de redução das possibilidades teóricas em algo que se pode confiar. A norma é imposta quando necessária mesmo que se oponha aos fatos. Luhmann aponta que isso corresponde a uma “prescrição autológica” (LUHMANN, 2016, p. 418).

Muitas vezes, os Tribunais são levados a decidir fora dos padrões aceitáveis de racionalidade. E mesmo diante de “*hard cases*”, em que os métodos dedutivos e o conhecimento do direito existente não fornecem uma resposta definitiva para o caso, os tribunais são obrigados a decidir com regras válidas, mesmo que seja necessário “inventar” o direito (LUHMANN, 2016, p. 423). Daí que os tribunais se limitam ao que é necessário para justificar a tomada de decisões, ou seja, se autodeterminam (LUHMANN, 2016, p. 421).

A fim de manter a coerência entre decisões presentes e futuras, institui-se a “*ratio decidendi*” como forma de vinculação e indicação de intenções jurídico-político dos Tribunais, organizados de forma disciplinar. Essa vinculação mostra-se ainda mais presente em tribunais de instâncias altas, em que o modo de prática serve de advertência para casos futuros e se distingue de forma clara entre a “*ratio decidendi*” e o “*obiter dicta*”. Assim são definidos os limites do efeito vinculante do julgado, em que se encontra a validade jurídica, que coagirá os tribunais a decidir conforme a jurisprudência (LUHMANN, 2016, p. 421).

No universo jurídico há decisões anteriores inalteráveis que servem como orientação, as decisões presentes construídas de forma operacional e as decisões futuras, que convivem com as consequências das decisões anteriores. A partir desse contexto, o

direito pode ser apreendido como um universo fechado em si mesmo que define suas margens de interpretação, em que a argumentação puramente jurídica se pratica mesmo envolto em tensões sociais (LUHMANN, 2016, p. 424).

Ao invés de um modelo hierárquico, a teoria dos sistemas enxerga no sistema do direito uma diferenciação entre centro e periferia.

Em seu centro, encontram-se os Tribunais em “autoisolamento cognitivo”, responsáveis pela organização da jurisdição, subordinando as tomadas de decisões de juízes por meio de uma “vinculação especial”. Na periferia do sistema do direito estão todos os demais campos jurídicos de trabalho, que vêm a servir de zona de contato com os outros sistemas sociais e que representam o local onde ocorre a formalização jurídica das irritações do sistema (LUHMANN, 2016, p. 429). O centro encontra-se protegido pela periferia inclusive da necessidade de depender de um consenso social, o que permite que ele permaneça empenhado em sua “prescrição autológica”, mesmo que não seja adequado afirmar que esse centro representa a unidade do sistema (LUHMANN, 2016, p. 449).

No centro do sistema, os Tribunais organizam-se de forma hierárquica, estabelecendo relação de superioridade e inferioridade conforme competências espaciais ou profissionais (LUHMANN, 2016, p. 432). Do ponto de vista material, somente os Tribunais supervisionam a consistência das decisões judiciais e a racionalidade das interpretações dadas ao direito, nessa lógica de organização hierárquica por meio de observações de segunda ordem. Ou seja, os Tribunais superiores observam como os juízes e tribunais inferiores observaram o direito (LUHMANN, 2016, p. 437).

Em qualquer demanda as partes podem invocar o Tribunal superior a fim de encontrar a razão (LUHMANN, 2016, p. 440). O objetivo dessa organização ocorrida no centro do sistema do direito é filtrar as repercussões das decisões conforme a posição de seu tomador, de modo a assegurar uma certa “irresponsabilidade” do mesmo com relação às consequências de suas decisões, que pode ser melhor traduzida como independência e autonomia do julgador. A organização “cobre o risco” dessa tomada de decisões, sendo imprescindível que aquele que decida seja “livre” para interpretar e aplicar o direito vigente, mesmo dentro de um sistema organizado capaz de exercer revisão daquela decisão (LUHMANN, 2016, p. 441).

Ainda no tocante a esse centro do sistema do direito, encontra-se a importância da

argumentação nos Tribunais. A argumentação é uma forma de dois lados e seu alcance está limitado a inalterabilidade do símbolo de validade do direito. Nenhum argumento pode mudar o direito vigente, conferindo validade a novas relações. A argumentação jurídica depende, então, da validade jurídica, sendo duas operações acopladas estruturalmente por meio de textos. Os textos jurídicos possibilitam a “auto-observação” simplificada do sistema do direito, representando o modo como o sistema vê a si mesmo como um conjunto de textos que se remetem reciprocamente (LUHMANN, 2016, p. 451). O sentido literal do texto é aquele indispensável, sendo a interpretação entendida como racionalização posterior do texto subjacente ao texto (LUHMANN, 2016, p. 453).

Nesse ponto, a prática argumentativa dos tribunais parte de uma diferenciação semântica jurídica e específica, no sentido do fortalecimento da divergência e de uma hipercorreção do uso da linguagem. O fechamento operacional é encontrado tanto nas decisões sobre a validade do direito quanto no nível de sua argumentação. Por tudo, a argumentação jurídica é uma auto-observação do sistema do direito que reage às diferenças de opinião pretéritas ou futuras enquanto atribui os valores do código binário de licitude do sistema (LUHMANN, 2016, p. 469).

Assim, temos que a teoria dos sistemas identifica um centro e uma periferia no sistema do direito. Enquanto essa periferia sofre irritações de seu entorno (ambiente), o centro, responsável pela jurisdição, permanece “protegido” e isolado em seu aspecto cognitivo, operando a fim de determinar o indeterminável por meio de decisões judiciais autodeterminadas. Essas decisões representam a unidade das diferenças, das alternativas possíveis e insere-se em uma linha temporal em que se situa no presente, considerando um passado imutável e gerando consequências para o futuro, projetando-o. Nessa linha temporal, o direito é um universo fechado às tensões sociais em que a argumentação jurídica conduz a auto-observação do sistema do direito. A peculiaridade do sistema do direito é impossibilidade de denegação da jurisdição. A obrigatoriedade de decidir é o “ponto de partida para a construção do universo jurídico” e de sua argumentação (LUHMANN, 2016, p. 423), marcando de forma significativa seu fechamento operacional.

1.2.6 – Os acoplamentos estruturais e a Constituição como acoplamento do Estado

Já está suficientemente estabelecido que, conforme as bases da teoria dos sistemas,

o sistema jurídico opera de maneira fechada, de modo que suas próprias operações permitem a autopoiese e a unidade do seu sistema. Contudo, isso não retira a importância da relação entre o sistema e seu ambiente ou a relevância causal do ambiente (LUHMANN, 2016, p. 589). As relações entre o sistema e o ambiente ocorrem por meio dos chamados acoplamentos estruturais, que surgem apenas em sociedades com alto grau de diferenciação social submetidos a conflitos havidos entre seus sistemas funcionais (LUHMANN, 2016, ps. 595/597).

Conjuntamente aos acoplamentos estruturais, há os acoplamentos operativos, que são acoplamentos havidos dentro de cada sistema ou entre operações específicas do interior do sistema e operações ocorridas em seu entorno (ambiente), que ocorrem de maneira simultânea (LUHMANN, 2016, p. 590).

Os acoplamentos estruturais no direito ocorrem quando o sistema jurídico confia em determinadas características de seu ambiente (economia, política) e assim suscitam-se irritações e perturbações, sendo uma forma constituída por lados que incluem e excluem de forma restritiva, em um duplo efeito. Assim, reduzem a complexidade do ambiente a fim de formar a capacidade de ressonância do ambiente no sistema do direito (LUHMANN, 2016, p. 592).

Irritar ou perturbar significa dizer que os eventos do ambiente do direito não são absorvidos diretamente pelo sistema por meio de um código específico, ou seja, não há introdução de normas do ambiente em um sistema. Ao contrário, o sistema percebe e registra um elemento em seu ambiente como irritação, desenvolvendo a capacidade e a intensidade em que se perturba conforme suas próprias estruturas. Após esse processo de irritação, uma instituição do entorno de um sistema pode assumir a função de acoplamento estrutural, como ocorre, por exemplo, com o instituto da propriedade (LUHMANN, 2016, p. 596).

Os acoplamentos estruturais possuem um importante papel a fim de evitar a corrupção dos sistemas, incluindo-se o sistema do direito. Se o sistema está submetido de maneira irrestrita às pressões de seu ambiente, torna-se fácil ocorrer uma deformação. Assim, a seletividade ou ação restritiva proporcionada pelos acoplamentos estruturais impedem que o sistema se corrompa enquanto se aumenta a influência de seu ambiente (LUHMANN, 2016, p. 597).

Pensando a partir da relação constitutiva entre o direito e outros subsistemas, em

especial a economia e o direito, Luhmann, aponta uma base histórica que reflete a aquisição de diferenciação da sociedade.

Sinteticamente, na Grécia antiga o conceito político de família era suficiente para se definir a propriedade. A partir de uma especialização e de uma diferenciação funcional da sociedade ocorrida na Idade Média, houve a ressignificação da propriedade da terra e um rápido desenvolvimento da economia monetária, evidenciando-se a autonomia do sistema econômico perante o político. Já a partir do século XVIII, as instituições econômicas assumem uma especialização suficiente para permitir o acoplamento estrutural entre os subsistemas sociais. Posteriormente, no século XIX, se afirma o conceito de liberdade contratual (LUHMANN, 2016, ps. 597/602). Essas funções políticas de propriedade também se relacionam com o direito até a conformação do Estado moderno.

Contudo, Luhmann alerta para o fato de que a divisão entre os sistemas permanece rígida, não havendo transferências automáticas para o sistema do direito. Enquanto o contrato outorga poder à vontade privada, condicionam-se os sistemas jurídico e político ao sistema econômico. Por outro lado, enquanto os Tribunais dão a última palavra acerca da realização e dos efeitos jurídicos do contrato, o sistema econômico se subordina ao jurídico.

Estes movimentos de abertura parcial a condicionamentos resultam do acoplamento jurídico entre o direito e os demais sistemas sociais (LUHMANN, 2016, p. 625), em especial dos sistemas funcionais do direito, da economia e da política. Estes irritam-se reciprocamente de forma mais intensa, o que garante uma compatibilidade específica que exige uma análise mais detida LUHMANN, 2016, p. 664).

No contexto de modernização do Estado, que passa a distinguir o direito público do privado e a expandir o direito de propriedade e liberdade contratual, o sistema político é cada vez mais afetado pelo acoplamento estrutural entre os sistemas econômicos e jurídico, diante do condicionamento da circulação da moeda mediante a cobrança de impostos³ e da produção de legislação que formaliza restrições à propriedade e à liberdade contratual. Ocorre um acoplamento frouxo, enquanto o sistema jurídico e o econômico se tornam meios do poder político (LUHMANN, 2016, p. 628).

³ Luhmann afirma que o pagamento de impostos é a forma pela qual os sistemas da economia e da política se comunicam. (LUHMANN, 2017, p. 126)

A formação de uma “unidade semântica” entre a política e o direito, em que o Estado é o portador do acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, convive com o processo de diferenciação dos demais domínios funcionais. Essa unidade só é possível, conforme Luhmann, em um Estado constitucional, classificado como uma conquista real da sociedade. Enquanto a teoria clássica apontava a necessidade de uma Constituição que assegurasse uma soberania e unidade do sistema de decisão, o projeto de Constituição do século XVI avança sobre a relação entre os sistemas da política e do direito, sendo a novidade desse projeto possibilitar uma solução jurídica para o problema da autorreferenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico (LUHMANN, 1990, p. 24). Posteriormente, as Constituições do século XVIII inovaram ao reconhecer a importância da legislação e apontar para uma tendência de subordinar a jurisdição à legislação, o que culminou com a positivação do direito (LUHMANN, 1990, p. 17). Nesse contexto histórico revelante, a Constituição surge em meio das revoluções havidas nas colônias inglesas na América do Norte e que resultaram na independência perante a Coroa inglesa, criando um vazio que veio posteriormente a ser ocupado por um instrumento escrito, adequado e capaz de ser imediatamente eficaz denominado de Constituição, que viria a ser o princípio de sustentação do ordenamento jurídico e político de um país (LUHMANN, 2016, p. 633). Não se pode perder de vista que a função original da Constituição é limitar o poder político (LUHMANN, 2016, p. 646).

Portanto, a Constituição possui o papel fundamental de converter o direito positivo em meio de conformação política e registrar as decisões políticas na forma jurídica, restringindo as influências recíprocas entre esses sistemas a zonas limitadas de contato que permitem o incremento da irritabilidade recíproca (LUHMANN, 2016, p. 632). O termo “*constitution*” corresponde a um texto simultaneamente jurídico e político, vez que fixa a constituição política de um Estado, havendo um entrelaçamento da terminologia jurídica e política (LUHMANN, 1990, p. 3). Na teoria dos sistemas, “a Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política” (LUHMANN, 1990, p. 16). Ou seja, a Constituição deve ser entendida como um texto autológico e como uma lei positiva, simultaneamente parte e fundação proclamadora do direito positivo que determina de forma jurídica a organização e restrições ao poder político (LUHMANN, 2016, p. 634).

A Constituição compreende concepções políticas distintas de mundo e valores diversos em seu texto sem que haja uma regra consistente para dirimir eventuais conflitos. Assim, a Constituição necessita do funcionamento do sistema jurídico para resolver conflitos (LUHMANN, 2016, p. 129).

O sistema jurídico em sua autorreferência considera a Constituição uma lei validada que deve ser interpretada e confere autonomia ao direito constitucional e a seus valores e princípios morais, sendo capaz de declarar textos jurídicos como constitucionais ou inconstitucionais no contexto da função específica do direito. A validade da Constituição, mesmo na ideia de norma fundamental, não se funda fora do direito, mas dentro deste, como sistema autorreferencial operacionalmente fechado (LUHMANN, 1990, p. 11). Assim, a função de declarar a inconstitucionalidade de determinada lei é um atributo do sistema do direito e não se confunde com a condução do Estado ou com a função de produzir leis (LUHMANN, 2016, p. 638).

Já o sistema político se expressará na Constituição a partir de seus próprios problemas de autorreferência, sob o aspecto da soberania e de seus pressupostos de fundação. A soberania passa de uma expressão de independência externa em assuntos políticos para caracterizar a unidade do poder estatal territorialmente limitado, voltando-se a ser uma expressão de poder interno, definindo a arbitrariedade soberana e as formas de se opor validamente a ela pelo intermédio de regras racionais, sujeitando o poder. O Estado passa a ser vinculado pela Constituição (LUHMANN, 2016, p. 639).

Acerca da soberania, Luhmann reitera que este não é conceito exclusivamente político, ainda que este seja um ponto basilar da organização política de um Estado, essencial para a sua estruturação e definição de como o poder será exercido harmonicamente entre seus detentores. Tampouco é possível compreendê-lo como exclusivamente jurídico, ainda que sua existência condicione a validade de normas jurídicas e seja um princípio importante inserido no ordenamento jurídico como fórmula de contingência. O conceito da soberania, assim, não é mais jurídico do que político. Trata-se, em verdade, de um conceito jurídico-político que resulta de um acoplamento estrutural mediado pelo texto constitucional (LUHMANN, 1990, p. 16).

Note-se que os sistemas jurídico e político, apesar de sua ligação íntima com a Constituição, apresentam-se como sistemas que ocupam lugares distintos, cada um com sua própria interpretação interna capaz de gerar irritação recíproca recíproca. Os

acoplamentos estruturais que causam irritações recíprocas evidenciam-se ao se perceber que o sistema jurídico “tolera um sistema político que tende para o Estado regulador” e que o sistema político “tolera o sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito/não direito, lícito/ilícito se apresente”. (LUHMANN, 1990, p. 23). Para Luhmann, “a relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente” (LUHMANN, 1990, p. 25).

A Constituição seria uma reação à diferenciação entre a política e o direito e a separação entre estes sistemas, reafirmando a necessidade de uma religação entre estes e sendo a forma por meio da qual o sistema jurídico reage a sua própria autonomia (LUHMANN, 1990, p. 10). A positivação do direito serve de instrumento para a ação política ao fornecer as bases para modificações da sociedade, se encarregando de elaborar processos de elaboração de legislação, de regulação administrativa e jurisdição (LUHMANN, 2016, p. 643).

Portanto, a Constituição do Estado prevê soluções políticas para a autorreferência do direito e soluções jurídicas para a autorreferência da política, desempenhando a função de acoplamento entre os sistemas operacionalmente fechados, sendo lei suprema para o sistema jurídico e lei fundamental para o sistema político (LUHMANN, 2016, p. 641). A Constituição aparece assim como “aquisição evolutiva” da sociedade.

A Constituição é uma aquisição evolutiva civilizatória moderna enquanto resultado de um “planejamento intencional” cuja construção não se encerra como um processo único, sendo posteriormente replanejada por meio de interpretação e mutação constitucional, sendo os acoplamentos estruturais aquisições evolutivas que fazem com que os conteúdos normativos dos textos constitucionais não sejam “arbitrariamente escolhidos”, mas sim resultado de um desenvolvimento evolutivo (LUHMANN, 1990, p. 23), em que seu sentido e função resultam de um planejamento intencional que ultrapassa uma “metáfora da semântica social contemporânea” e considera as transformações estruturais da sociedade, ou seja, o suporte estrutural das transformações que deram base para o surgimento da sociedade moderna, multicêntrica e policontextual (NEVES, 2009, p. 3 e 23).

Ou seja, a Constituição é um produto social da comunicação reflexiva própria dos sistemas que representa o acoplamento entre os subsistemas do direito e da economia à medida em que caminha em direção ao atendimento das necessidades de base social, resultado de uma ação intencional.

1.2.7 – O subsistema da economia

Antes de ser analisado o acoplamento estrutural havido entre o direito e a economia, que possui grande importância para o presente estudo, é necessário analisar especificamente as particularidades do subsistema econômico. Para isso, deve-se considerar que a economia também é um subsistema inserido na teoria geral dos sistemas de Luhmann, de modo que se evitará a repetição de conceitos básicos já tratados anteriormente.

A teoria clássica econômica compreendia que o capital, os fatores de produção e a divisão do trabalho eram os elementos principais do sistema da economia enquanto o dinheiro era classificado como instrumento de distribuição secundário a produção (LUHMANN, 2017, p. 120). Diversamente, Luhmann afirma que uma teoria que enfatize o dinheiro (e a escassez) como a codificação das operações econômicas é mais adequada para explicar as relações entre sociedade moderna e a economia. (LUHMANN, 2017, p. 121).

Na teoria dos sistemas, a economia é uma atividade social complexa que possui seu código próprio e realiza comunicação significativa entre seu sistema autopoietico, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, e seu entorno, que se reproduz a partir dos elementos que o constituem (LUHMANN, 2017, p. 125). O sistema da economia independe da relação de reciprocidade e da classificação social de seus participantes, sendo capaz de regular a si mesma (LUHMANN, 2017, p. 134).

O sistema da economia realiza sua autopoiese por meio do código binário “pagamento/não pagamento” (LUHMANN, 2017, p. 130), que também é descrito como “propriedade/não-propriedade” (LUHMANN, 2017, p. 285), diferenciando-se das demais operações da sociedade com o auxílio do instrumento monetário, o dinheiro (LUHMANN, 2017, p. 149).

A comunicação especificamente havida no subsistema da economia envolve o pagamento regulado pelo dinheiro e pelos preços. Os pagamentos são um mecanismo de

distinção comunicativa decorrente da utilização do dinheiro (BOLDYREV, 2013, p. 270), que possuem propriedades autopoieticas, vez que só são possíveis por meios de pagamentos (LUHMANN, 2017, p. 127). Ou seja, cada pagamento condiciona outros pagamentos gerando expectativas e gerando um processo reflexivo, em que um pagamento pode gerar outro e com isso impede que se pague por produtos ou serviços. Afirma Luhmann que “a economia consiste em intermináveis novos pagamentos” (LUHMANN, 2017, p. 128).

Ademais, o pagamento faz o dinheiro circular e se relaciona com seu oposto, o não-pagamento, estando acoplados em um esquema em que aquele que paga não preserva seu dinheiro e aquele que preserva o dinheiro não pode pagar. Cada escolha em realizar um pagamento implica na renúncia a outras possibilidades de realização do mesmo (LUHMANN, 2017, p. 129). Há um fluxo circular duplo que opera conforme a lógica interna do sistema da economia, formado pela conexão entre os códigos de estrutura de pagamento e essa inabilidade de se pagar, que é resolvida com a ajuda de investimento público, tarifas e trabalho e possibilita que a movimentação de bens e serviços surja como consequência do movimento dos pagamentos (BOLDYREV, 2013, p. 270). Nesse sentido, Luhmann afirma que a autopoiese da economia transcende a seus fins econômicos (LUHMANN, 2017, p. 135).

Luhmann afirma que o fechamento operacional do sistema da economia pode parecer sem sentido diante desse fluxo em que o pagamento pressupõe e sucede outro pagamento. O sistema, a fim de encontrar razões para sua operação interna, se abre ao conceito de necessidade, que inclui toda a sociedade (LUHMANN, 2017, p. 136). Esse conceito de necessidade, contudo, não define a unidade do sistema econômico (LUHMANN, 2017, p. 140).

O sistema bancário ocupa no sistema da economia a mesma posição central ocupada pelos Tribunais no sistema do direito, enquanto a produção, comércio e o consumo são parte da periferia desse sistema (LUHMANN, 2016, ps. 446/447). Nos bancos realizam-se os pagamentos. Estes são os únicos capazes de vender suas próprias dívidas e disso obter lucro, de modo que são aptos a unificar os dois aspectos do fluxo circular, possibilitando o diferimento de pagamentos e o fornecimento de depósitos bancários a seus acionistas (BOLDYREV, 2013, p. 271).

Um dos símbolos que representa o “médium” da comunicação do sistema da

economia é o dinheiro (LUHMANN, 2017, p. 122). Enquanto autorreferência do sistema, ele também se refere a bens, necessidades e consequências de forma interdependente (BOLDYREV, 2013, p. 271). O dinheiro é também uma entidade autônoma que evita conflitos e recodifica a violência em troca econômica (BOLDYREV, 2013, p. 274). A participação nos processos de troca é mediada pelo dinheiro, que auxilia a universalização de interesses e necessidades sob a condição de escassez natural de bens e recursos (BOLDYREV, 2013, p. 273), sendo seu uso responsável por tranquilizar terceiros, que por meio do dinheiro aceitam condições que foram acordadas por partes diversas em operações econômicas anteriores (LUHMANN, 2017, p. 147). Aqui reside a função da economia para Luhmann, que é ser um mecanismo social que torne estável a provisão futura com a distribuição atual orientada pela escassez (LUHMANN, 2017, p. 141).

A escassez ocorre quando o abastecimento de bens e serviços é limitado a uma soma constante, sendo qualquer intervenção contra outros interesses de intervenção. Ou seja, quem abastece a si mesmo o faz em detrimento de interesses alheios. À medida em que o dinheiro é aceito pela economia, modifica-se o sistema operativamente fechado, garantindo-se interesses de longo prazo e protraindo os efeitos da escassez atual para o futuro. Contudo, o dinheiro possui outras especificidades, como a inflação e a deflação, que condicionam o trato social e se mostram como problemas jurídicos. Exige-se, assim, uma normatização de expectativas de conduta, mas que é distinta do problema da escassez (LUHMANN, 2016, p. 291). A fórmula de contingência da economia é a escassez e o dinheiro deve ser artificialmente escasso para refletir essa escassez natural (LUHMANN, 2017, p. 285). Ou seja, a escassez de bens e serviços encontra-se amparada pela escassez do dinheiro (LUHMANN, p. 122, 2017).

O sistema de preços é um mecanismo que possibilita o pagamento e transforma o código do sistema em programação, concretizando ações em uma representação ideal ao fornecer informação e formar expectativas (BOLDYREV, 2013, p. 272). Outra função do sistema de preços é possibilitar que necessidades secundárias como energia, materiais e trabalho sejam agregadas a necessidades básicas humanas (LUHMANN, 2017, p. 138). Luhmann qualifica os preços como representantes da “autopoiese sistêmica interna”, de modo que a reprodução da economia independe dos valores reais dos bens e dos serviços (LUHMANN, 2017, p. 131). Os preços, assim, constituem heterorreferência e autodescrição de um sistema econômico complexo que representam fatos sociais que

permitem que agentes econômicos observem atividades econômicas (BOLDYREV, 2013, p. 273).

Para Luhmann, o mercado não é um sistema próprio que condensa as organizações de distribuição, produção e consumo (LUHMANN, 2017, p. 151), nem mesmo é apenas um lugar onde as trocas econômicas emergem, mas sim um espelho que reflete os produtores econômicos e seus competidores e os consumidores como elementos escassos. Abstratamente, o mercado é a diferença de complexidade determinada e indeterminada (LUHMANN, 2017, p. 152). É um sistema participativo e policontextual interno ao sistema da economia, parcialmente regulado por hierarquias e organizações próprias (BOLDYREV, 2013, p. 276), ainda que eventualmente possa o mercado ser confundido como o próprio sistema da economia (LUHMANN, 2017, p. 211).

A concorrência havida no mercado não é uma estrutura do sistema, mas sim uma estrutura do ambiente que minimiza o conflito, reduzindo o tempo e custos de interação assegurando uma reação homogênea dos agentes ao mesmo evento externo (BOLDYREV, 2013, p. 278).

Na teoria dos sistemas, a economia é mais um subsistema fechado operacionalmente e autopoietico que age por meio de operações internas de pagamentos com auxílio do dinheiro, reconhecido este como “médium” da comunicação, conforme um código binário e orientada pela escassez como fórmula de contingência. Esse sistema também é reconhecido como aberto cognitivamente. O mercado é um sistema participativo interno ao sistema da economia e o sistema de preços um mecanismo responsável por transformar a operação de pagamento em programa interno ao sistema.

1.3 – O acoplamento estrutural entre o direito e a economia

Partindo-se do pressuposto de que o sistema econômico e o jurídico são autopoieticos e diferenciados (LUHMANN, 2016, p. 186/188), cabe analisar como a teoria dos sistemas vê as interações entre os mesmos sob a forma de acoplamentos estruturais.

Luhmann afirma que não há problemas específicos nos acoplamentos estruturais havidos entre a economia e o direito, notando-se relações de reciprocidade entre esses sistemas com o desenvolvimento de um grau de diferenciação social (LUHMANN, 2016, p. 597). Os interesses econômicos passam por um processo de abstração em que podem

ser interpretados como interesses juridicamente protegidos e não protegidos conforme o código jurídico, resultado da construção de uma “estação de recepção e transmissão” jurídica altamente sensível aos temas econômicos (LUHMANN, 2016, p. 606). O dinheiro, como já estabelecido anteriormente, é o meio de comunicação simbólica da economia que pressupõe que as transações possam ser resolvidas e que é reutilizável. Essa economia diferenciada requer exigências do direito, de modo que a autopoiese da economia está relacionada com a autopoiese do direito (LUHMANN, 2016, p. 608).

Enquanto o sistema jurídico opera sob o código “lícito/ilícito” e o sistema econômico sob o código “ter/não ter propriedade”⁴ os principais mecanismos de acoplamentos estruturais entre esses dois subsistemas são o conceito jurídico civil de propriedade e a juridificação do contrato (LUHMANN, 2016, ps. 609 e 615).

A propriedade é uma pressuposição das condições econômicas, uma forma de observação de objetos a partir da distinção de quem é seu proprietário e possui domínio sobre a mesma. O proprietário é aquele que pode dispor de um objeto independente da exigência de um consenso externo e aquele que deve ser protegido da expropriação violenta. Quem pode dizer o que fazer com determinado objeto possui o direito de propriedade (LUHMANN, 2016, p. 609).

O contrato distingue a situação da propriedade sob a ótica da transação. A propriedade se valoriza enquanto ocorre um “aproveitamento transacional” com o auxílio da moeda (LUHMANN, 2016, p. 612).

Nesse ponto, o esquema de observação da propriedade e do contrato pode ocorrer conforme um significado duplo, para a economia e para o direito, sendo de um lado uma operação econômica que irrita o sistema do direito e de outro uma operação jurídica que irrita o sistema econômico. A propriedade e o contrato são adequadamente entendidos como mecanismos de acoplamento estrutural, que permitem as operações internas de produção de lucros e de tomada de decisão justa (LUHMANN, 2016, p. 610).

Inclusive, a partir da institucionalização da liberdade contratual e da concepção de que o contrato traduz a coincidência da vontade declarada dos contratantes, Luhmann afirma que o acoplamento entre o direito e a economia adquirem sua forma mais moderna e “perfeita” (LUHMANN, 2016, p. 622).

4 O código binário das operações do sistema da economia pode ser definido como “pagamento/não pagamento” ou “propriedade/não-propriedade”, que significa a relação determinada em quem tem ou não capacidade de dispor de certos bens. (LUHMANN, 2017, p. 285)

Esse capítulo iniciou-se com a exploração de conceitos centrais da teoria dos sistemas, enfatizando a importância da comunicação como operação essencial da sociedade em um sistema aberto. Após essa introdução, analisou-se com maior profundidade o subsistema do direito conforme os conceitos da teoria dos sistemas, abordando sua função, a justiça como fórmula de contingência, o papel dos Tribunais como centro do sistema e a Constituição como acoplamento específico dos sistemas da economia e política no Estado moderno. Passou-se à análise do subsistema da economia, compreendendo-se o mesmo a partir da ênfase de Luhmann em uma teoria que valoriza os conceitos do dinheiro e da escassez perante a codificação das operações internas àquele subsistema, identificadas como operações de pagamentos. O sistema bancário, o mercado e os sistemas de preços foram analisados com relação ao fechamento operacional do sistema da economia. Por fim, foram analisadas as formas de acoplamento estrutural específicas entre os subsistemas do direito e da economia, principalmente com relação às noções de propriedade e de contrato.

A partir do referencial teórico trazido pelo presente capítulo, pretende-se dar sequência ao presente trabalho analisando especificamente a estrutura de saúde suplementar brasileira, pressupondo a saúde como uma área que envolve conceitos sensíveis tanto à economia quanto ao direito, para enfim analisar a forma como o Superior Tribunal de Justiça julga os litígios envolvendo o direito de acesso à saúde suplementar.

2 - A saúde suplementar brasileira

A organização atual do sistema de saúde brasileiro foi prevista na Constituição Federal de 1988, que instituiu um Sistema Único de Saúde, financiado por verbas públicas e um sistema de assistência livre à iniciativa privada e regulado por meio do Estado. Esse sistema privado e regulado de assistência à saúde, em que se desenvolvem relações entre particulares, será especificamente analisado nesse capítulo.

A disciplina a relação de assistência à saúde submetida a iniciativa privada por meio de seus instrumentos legais caracteriza esta relação como de consumo, sendo aplicáveis as normas de proteção e de defesa da parte hipossuficiente. O direito envolvido nessa relação entre fornecedores de serviço de saúde e usuários é muito relevante, tratando-se de um bem jurídico cuja importância transborda do nível particular, sendo importante para toda a coletividade. Decorre dessa importância a preocupação do Estado em manter esse setor de prestação de serviços devidamente funcional.

As relações que envolvem a saúde não são meramente jurídicas. A saúde possui dimensões que envolvem também os sistemas da política e da economia. Especificamente com relação a esta última dimensão, será destacada a importância de avaliação de seus custos econômicos, aspecto cada vez mais relevante para a prestação desse serviço seja na área pública ou na área privada.

2.1 – A saúde como fenômeno do sistema social

O conceito de saúde desenvolveu-se com o passar do tempo, podendo ser destacadas duas correntes de pensamento importantes. Hipócrates, Paracelso e Engels entendiam que o mundo exterior, representado pelas leis da física, pelos fenômenos biológicos e pelas cidades, tinham influência importante no organismo humano, a ponto de influenciar significativamente a saúde dos indivíduos. Já outros pensadores, representados por Descartes, entendiam que o conceito de saúde se relacionava apenas com a ausência de doenças, ou seja, se enfatizava o caráter mecanicista da doença, em que esta representaria um “defeito na linha de montagem” do corpo humano equiparado a uma máquina e que deveria ser reparado a fim de que retornasse a se estado de integridade (DALLARI, 2009, p. 93). Esse era o conceito biomédico de saúde.

No contexto do pós-segunda guerra mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reformulou o conceito clássico de direito, inaugurando o

neoconstitucionalismo e deflagrando a importância dos chamados direitos humanos, atributos naturais, essenciais e inalienáveis da pessoa humana, com base na supremacia da dignidade da pessoa humana e dentre os quais estão situados o direito à saúde (DALLARI, 2013, p. 464). Os fatores políticos passaram a preponderar no conceito de saúde, tendo a Organização Mundial de Saúde incorporado a noção de um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Percebe-se, assim, que a corrente de pensamento hipocrática foi acolhida em detrimento da corrente cartesiana, destacando-se a importância do equilíbrio entre homem e ambiente e a influência decisiva do meio ambiente sobre a saúde humana (DALLARI, 2009, p. 94).

A ideia de que a saúde depende simultaneamente das características inatas de cada indivíduo, sejam estas físicas ou psicológicas, e das características ambientais, sejam estas sociais ou econômicas, reforçou a relação entre o ser humano e o meio ambiente.

A saúde passou a ser reconhecida no plano internacional como um direito universal, de forma bem ampla, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, de 1976 (DALLARI, 2013, p. 470). Nos mesmos anos 70, a declaração de “Alma-Ata” deu continuidade ao movimento de rejeição do conceito meramente biomédico ao reafirmou a interação entre a proteção ambiental e a saúde humana como íntima e de complementariedade ao incorporar condições sociais, culturais, econômicas e políticas à saúde. Em 1986, a Conferência Mundial de Saúde também destacou a saúde como resultado de múltiplos determinantes, tendo inovado na concepção de que a proteção ao meio ambiente e a conservação dos recursos naturais deveriam ser tratados no âmbito das políticas públicas que envolvem a saúde. Na Eco-92, a saúde aparece como um elemento dependente de um ambiente propício, sendo destacada a necessidade de se adotar uma abordagem integrada entre meio ambiente e saúde (DELDUQUE e NICOLETTI, 2009, p. 273).

A integração da saúde com o meio ambiente e a evolução da proteção ambiental romperam com uma visão antropocêntrica até então predominante. A natureza deixa de se inserir em uma relação de usufruto com o ser humano, sendo reconhecida como parte de relações jurídicas (DELDUQUE e NICOLETTI, 2009, p. 275), ao mesmo tempo em que se reconhece um “*continuum*” na noção de saúde. Em cada um de seus polos, encontram-se características internas, inerentes ao indivíduo, e externas, dependentes da organização sociopolítica de cada Estado (DALLARI, 2009, p. 94).

Ademais, a partir da constatação de que as circunstâncias concretas de cada

comunidade influenciam na definição de estado de saúde dos indivíduos, destaca-se a importância do consenso comunitário para a descrição das particularidades que envolvem a saúde. A legitimidade para conceituar a saúde para seus habitantes é da própria comunidade, que encontra um meio de tornar pública essa compreensão para que o Estado possa agir, buscando aliar o conceito legal ao sentido exato pretendido pela comunidade. Exemplo dessa legitimação decorre da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, apesar de não definir o conceito de saúde, determinou o nível de importância e de proteção à mesma, classificando-a como um direito fundamental e impedindo que leis infraconstitucionais diminuíssem esse valor. Afirma-se, assim, a importância da participação social na evolução conceitual da saúde (DALLARI, 2009, p. 97). Essa ideia de legitimidade comunitária liga-se ao conceito da teoria dos sistemas, que afirma ser o sistema social o responsável por integrar valores, moral e normas simbólicas.

Do ponto de vista jurídico, cabe destacar que o direito à saúde pode ser compreendido como um direito subjetivo primário da pessoa de dupla natureza, sendo ao mesmo tempo um direito da personalidade e um direito fundamental (SCAFF, 2010, p. 18). Há doutrina que entende ser mais adequado se falar em “direito a cuidados de saúde”, pois isso evitaria o equívoco de achar que o estado oposto à saúde seria antijurídico, ou um estado de violação ao direito. (AMARAL, 2013, p. 127). Contudo, para o presente estudo, essa diferenciação não parece relevante, devendo serem as expressões direito à saúde ou aos cuidados de saúde como sinônimas.

Apesar de o conceito biomédico não ter prevalecido, é importante a definição do que seria doença. A doença é um conceito derivado por oposição do conceito de saúde, podendo ser definida objetivamente como a alteração do estado normal de saúde e que atinge diretamente o equilíbrio biológico dos indivíduos (SCAFF, 2010, p. 19), inclusive por meio de patologias de tecidos, órgãos ou sistemas (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 222).

Por tudo, parece adequado adotar o conceito de saúde para o presente estudo como o equilíbrio psicofísico do ser humano, que varia de sujeito a sujeito e se transforma ao longo do tempo, de modo que o conceito de saúde se atualiza ao preservar valores e incorporar interesses conforme cada momento histórico (SCAFF, 2010, p. 15) e conforme as características evolutivas do sistema social, relacionando-se com as condições de vida e com a organização social nos níveis sociais e econômicos em nível local (DALLARI, 2013, ps. 471/472) e com o meio ambiente (DELDUQUE e NICOLETTI, 2009, p. 273).

2.1.1 – A confiança e transparência nas relações que envolvem a saúde

Os cuidados médicos possuem três dimensões. Trata-se de um relacionamento pessoal, em que o profissional devidamente qualificado deve informar adequadamente o paciente sobre seu tratamento, com base na ética e confiança; de uma relação econômica e de uma relação jurídica (AMARAL, 2013, p. 120).

Trata-se de uma relação muito peculiar. Constatação que, na prestação de serviços médicos, o objeto de contratação envolve o corpo e a mente do contratante, sendo evidenciada a criação de um “laço peculiar e característico” no exercício das funções médicas, considerando que o responsável por prescrever tratamentos detém informações técnicas não acessíveis a todos (SCAFF, 2010, p. 66). Assim, a confiança está presente tanto no interior da relação tridimensional havida entre paciente e profissional da saúde, quanto na relação estabelecida entre os sujeitos de direito e o próprio ordenamento, independente de o serviço ser prestado de forma privada ou pública.

Um exemplo da confiança que norteia as relações de serviços de saúde privadas é a declaração feita pelo consumidor com relação a doenças e lesões preexistentes, cuja cobertura contratual só incidirá após 24 meses da contratação. Aquele que omite dados importantes nessa declaração, fere a confiança e a boa-fé, respondendo por fraude contratual a ser examinada por processo administrativo criado pela ANS (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 225). As relações de prestação de serviço de saúde privadas regem-se principalmente pela boa-fé entre todos os contratantes, seja na apresentação de dados fidedignos por parte do segurado, seja na confiança do segurador em garantir os recursos necessários diante do surgimento de um evento segurado (CECHIN, 2013, p. 215).

A adoção de uma “ética de transparência” que vincule todos os sujeitos obrigacionais é importante ao passo que fortalece o compromisso firmado entre os envolvidos no atendimento médico com o objetivo de diminuir os conflitos de interesses naturais que decorrem do convívio humano e principalmente quando envolvem questões tão importantes como a dignidade humana e o direito à vida (NALINI, 2013, p. 2004).

Se, antigamente, o profissional de saúde parecia estar envolvido por uma “aura de referência”, sendo considerado o portador de uma atribuição divina e o único responsável pela tentativa de cura, atualmente a situação é de maior igualdade entre os envolvidos. O resultado decorrente da atuação médica não é mais tratado como uma manifestação da

vontade exclusivamente divina. O médico passa a estar sujeito a penalização pela sua prática profissional, o que demonstra uma evolução racional no modo de interpretar a atuação médica (NALINI, 2013, p. 201) e que se relaciona com a imposição da ética de transparência na relação médica.

2.1.2 – O envelhecimento, o progresso das tecnologias médicas e o aumento dos custos

Um dos fatores humanos que mais se relacionam com a ideia de saúde é a longevidade, ou o envelhecimento. A melhoria das condições de saúde de um indivíduo se reflete na sociedade, levando a um aumento da expectativa de vida geral e impactando em diversos aspectos. É relevante analisar de que forma a melhoria das condições de vida, ideia ligada ao otimismo, pode impactar os setores reais da sociedade.

Com o acréscimo das condições básicas de sobrevivência das populações, relacionadas a melhoria das condições sanitárias, do atendimento médico e do avanço científico, permitiu-se à humanidade buscar uma vida saudável e livre das mazelas que antigamente eram comuns como um objeto legítimo (SCAFF, 2010, p.16). Houve um avanço em direção a uma nova forma de comportamento social, em que novas práticas foram assimiladas. Assim, a saúde passou a se inserir em um contexto vinculado à qualidade de vida de uma comunidade ávida por fruir a plenitude de seus direitos e de seus “dons existenciais” (NALINI, 2013, p. 200).

Os sinais do envelhecimento da população de uma sociedade estão presentes tanto na base quanto no topo de sua pirâmide etária. A expectativa de vida aumenta e os nascimentos passa a demonstrar uma tendência de redução, o que pode ser verificado em um futuro próximo nos países em desenvolvimento.

Uma das estatísticas que comprova esse envelhecimento população é o período necessário para se duplicar a proporção de pessoas com mais de 65 anos. Enquanto esse fenômeno foi observado ao longo de muitas décadas em países europeus e nos EUA, esse cenário é muito mais dinâmico em países como o Brasil. Estima-se que a população brasileira nesse estrato etário irá duplicar entre 2011 e 2032, ou seja, em apenas 20 anos (CECHIN, 2013, p. 199), quando o número de idosos atingirá nesse mesmo período o percentual de 19.8% da população geral (CECHIN, 2013, p. 201).

Em 2039, a população brasileira deverá atingir seu valor máximo, com estimados

219 milhões de pessoas, muitas dessas pessoas idosas. Ademais, esse contingente terá uma expectativa de vida maior, ultrapassando os 81 anos até 2050 (CECHIN, 2013, p. 200). Esse aumento na perspectiva de vida, de aproximados três meses por ano, tem como provável causa a queda drástica na mortalidade infantil e outras melhorias na qualidade de vida (CECHIN, 2013, p. 201).

O aumento progressivo da atenção aos problemas de saúde da população, que passou cada vez mais a ser assistida com métodos modernos de combate a enfermidades, gerou como consequência um aumento da longevidade da população. Ao mesmo tempo, a sociedade passou a adotar tratamentos baseados em medicamentos e tecnologias cada vez mais complexas e dispendiosas. Ou seja, uma característica do envelhecimento da população é que uma parte expressiva da sociedade passa a conviver com doenças crônicas ao longo dos anos, cujo tratamento contínuo geralmente é complexo e caro, pois demanda um grande número de intervenções médicas (CECHIN, 2013, p. 204).

Assim, o movimento de aumento da longevidade da população está intrinsecamente ligado a um aumento “exponencial” das despesas relacionadas aos tratamentos de saúde (SCAFF, 2010, p. 18). Aponta-se, inclusive, que a situação dos custos de medicina curativa e preventiva aparente ter chegado ao limite em países em desenvolvimento, mesmo se levarmos em consideração a situação de países com alta carga tributária (MELLO, 2013, p. 4).

A demografia, de fato, é apontada como um dos maiores desafios para a prestação de serviços de saúde seja no ambiente público ou no privado. Há estudos que projetam um aumento entre 40% e 70% até 2040 nos custos de assistência à saúde em decorrência da maior longevidade da população brasileira, do incremento de saneamento básico e de condições ambientais (AQUINO, 2013, p. 63).

Levantamentos apontam que os custos médicos-hospitalares aumentaram 35% no período entre 2007 e 2009 no Brasil, enquanto o reajuste concedido pela ANS foi de 18%. As despesas decorrentes de compras pelo SUS de medicamentos de alto custo aumentaram 323,53% entre 2002 e 2007. Outro exemplo que demonstra o aumento de preços de serviços médicos são os custos de diárias de UTI, que subiram 69%, e dos custos hospitalares em geral, que aumentaram 64% perante uma inflação oficial de 15% (AQUINO, 2013, p. 65). Outros estudos apontam que gastos médicos nos EUA passaram de US\$ 503,00 em 1950 para US\$ 1.365,00 em 1982, o que equivalia a mais de 10% do

PIB (AMARAL, 2013, p. 120). E a OMS aponta que a despesa mundial com saúde cresceu 35% entre 2003 e 2008, desconsiderando-se a incidência da inflação (AMARAL, 2013, p. 123). Mesmo assim, indicadores apontam que o Brasil ainda possui um gasto baixo com saúde público relativamente a outros países de porte parecido (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 312), o que pode aumentar em breve.

O avanço tecnológico das ciências médicas aumentou o acesso da população a benefícios relacionados a prevenção, manutenção e recuperação da saúde, sendo necessário regulamentar juridicamente as relações médicas, de modo a assegurar o direito a saúde (SCAFF, 2010, p.17), compreendido como um interesse generalizado das sociedades contemporâneas (SCAFF, 2010, p. 23). Os indivíduos passaram a gozar de uma vida cada vez mais saudável e longa, o que é um fenômeno positivo do ponto de vista humano ao possibilitar o acréscimo de “amenidades da vida em geral” (SCAFF, 2010, p.15). Por outro lado, a evolução da medicina causou impactos em diversos sistemas sociais, como no aumento das despesas a serem arcadas pelo Estado ou por agentes econômicos e a necessidade de atualização de regras previdenciárias decorrentes do desequilíbrio fiscal decorrente do aumento da população beneficiária de tais direitos. Essa tendência verificada de crescimento dos gastos com saúde em patamar acima da inflação e do crescimento de renda, seja no ambiente público ou privado, impactará a sociedade ainda mais em um futuro próximo (CECHIN, 2013, p. 209).

A sociedade transformou-se significativamente com o progresso das ciências médicas. Esse movimento coincide com o avanço da racionalidade e do neoconstitucionalismo.

O contexto observado por Luhmann de um racionalismo iluminista, em que a sociedade se moveu em direção da civilização e do progresso social ao dar preferência a cientificidade e seus métodos, pode ser igualmente observado com relação à saúde. Se todos os indivíduos são dotados de uma razão comum, ainda que seja necessário traçar os limites desse movimento de “ilustração”, a sociedade passa a considerar o avanço tecnológico do campo da saúde como uma conquista importante e uma forma de romper com a sociedade anterior, que convivia em um cenário de menor atenção com a saúde.

Também no campo da saúde aparece aquele “rasgo iluminista fundamental”, conectado com a ampliação da capacidade de aprender da sociedade, cabendo a outras disciplinas como a sociedade “clarificar as Luzes”, com o intuito de entender os limites da evolução tecnológica e seus efeitos, a fim de melhor compreender a sociedade atual.

É inegável que as conquistas decorrentes dos avanços médico-científicos e do reconhecimento jurídico do direito à saúde trouxeram consigo um grande custo econômico, de modo que a sociedade se preocupa cada vez mais em garantir acesso aos melhores recursos médicos disponíveis ao maior número de pessoas mantendo as contas públicas e os gastos de agentes econômicos privados equilibrados. O esforço que cabe a todos é garantir a saúde como direito fundamental sem esquivar-se da constatação de que a efetivação de qualquer direito possui um.

2.1.3 - O direito a saúde como um dever de todos conforme a Constituição Federal

É consenso que a saúde é um tema que afeta a todos, sendo um interesse individual e coletivo (NALINI, 2013, p. 206). Este direito à saúde passou por uma transição entre 1990 e as primeiras décadas do século XXI. Se na última década do século XX preponderava um conflito entre a inviolabilidade do direito constitucional à saúde, qualificado como direito subjetivo inalienável e o interesse financeiro público entendido como secundário, no início do século XXI já se identificava um problema decorrente da soma das demandas da sociedade por serviços e das consequências graves que poderiam repercutir no orçamento público e na garantia de outros direitos fundamentais por parte do Estado (AMARAL, 2013, ps. 112/113). Aquela superioridade que havia dos direitos sociais frente ao orçamento público deu lugar a uma equivalência de importâncias entre esses dois aspectos da relação jurídica entre Estado e o cidadão.

A ideia de que o direito à saúde possui uma dupla natureza (SCAFF, 2010, p. 18), sendo um direito de personalidade enquanto afeta o indivíduo em sua esfera civil e simultaneamente um direito fundamental, enquanto reflete um direito da coletividade com conotação essencialmente constitucional, leva a debates mais aprofundados com relação a titularidade desse direito.

Discute-se doutrinariamente a possibilidade ou não da subjetivação individual dos direitos sociais em razão de sua titularidade coletiva, ou transindividual.

O titular do direito é todo aquele sujeito ativo de uma relação jurídica que é destinatário do bem jurídico envolvido e que pode exigir do ordenamento jurídico respeito, proteção ou promoção do mesmo. A Constituição Federal de 1988 é responsável pela determinação e individualização da titularidade dos direitos sociais enquanto norma de direito fundamental (SARLET, 2013, p. 149).

Essa titularidade dos direitos fundamentais, é definida com base no princípio da universalidade, de modo que são sujeitos ativos os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. Com relação ao direito à saúde, nosso texto constitucional foi ainda mais abrangente e inclusivo, afirmando expressamente em seu art. 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (SARLET, 2013, p. 155). Um estrangeiro, mesmo que em trânsito e independente da natureza de seu acesso ao território nacional, poderá acessar o sistema de saúde nacional se assim for necessário. Desse conceito inclusive, afirma-se que todas as pessoas em território nacional exercem a titularidade de direitos fundamentais justamente pelo fato de serem pessoas (SARLET, 2013, p. 151).

Os direitos sociais expressam direitos fundamentais e vinculam-se à dignidade da pessoa humana e à garantia de um mínimo existencial, tendo sido incorporados do plano jurídico internacional a fim de salvaguardar a ‘pessoa humana individualmente considerada’. Acolhe-se o raciocínio de que os métodos interpretativos utilizados para os direitos fundamentais devem ser aplicados às normas de proteção social, como o direito à saúde (DE LUCCA, 2013, p. 416).

Dessa forma, a distinção clássica entre direitos individuais, de natureza civil e que reclamam a abstenção do Estado a fim de assegurar a liberdade e os direitos coletivos, que exigem uma atuação positiva do Estado, dizem mais sobre a natureza e o objeto dos bens da vida classificados em diversas dimensões sem alcançar a titularidade desses direitos (SARLET, 2013, p. 156). O direito fundamental independe de sua classificação como um direito “positivo” ou “negativo” e se vincula à dignidade da pessoa humana, tendo como titular o indivíduo, que se encontra inserido em um contexto intersubjetivo (SARLET, 2013, p. 157).

A titularidade do direito social, diante do princípio da universalidade, não indica que a titularidade seja coletiva, mas sim que a titularidade individualmente considerada não pode ser excluída. Abandona-se a ideia de uma exclusão de titularidades, acolhendo a tese de que as dimensões individuais e coletivas dos direitos sociais coexistem, sendo tanto a coletividade e o indivíduos titulares por excelência dos direitos à saúde (SARLET, 2013, p. 159). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal corroborou essa ideia de titularidade do direito à saúde, afirmando tratar-se de uma situação de “coexistência de uma titularidade individual e coletiva do direito à saúde” (SARLET, 2013, p. 158).

A preocupação individual com a pessoa humana tem sentido em sua relação com

a comunidade a que pertence e apesar de a proteção à saúde não poder ser aplicada indistintamente a todos, não se afasta a convivência dessas duas perspectivas, individual e coletiva, relacionadas à titularidade dos direitos coletivos (SARLET, 2013, ps. 160/161).

A tese de que existe uma simultaneidade de titularidades individual e transindividual (ou coletiva) no tocante ao direito à saúde, podendo ser classificado como um direito que é de todos e de cada um (SARLET, 2013, p. 172) é compatível com a definição de saúde adotada no presente trabalho, que transcende o conceito biomédico e aponta para a importância das condições sociais e coletivos sem perder de vista o aspecto individual do direito.

Ao lado de sua dupla natureza e dos efeitos que isso geram inclusive no tocante a sua titularidade, destaca-se que a efetivação da saúde ocorre em um estado de competição por recursos escassos, em que cada tratamento consome recursos finitos (AMARAL, 2013, p. 127). Assim, o direito à saúde possui estrutura de política pública, no sentido de que é efetivado por meio de um conjunto de práticas governamentais que buscam alcançar seu objetivo por meio de ações diretas e indiretas. O texto constitucional, ao transmitir a ideia de que a saúde é um direito subjetivo assegurado a quem se qualifica como cidadão por prestações estatais em um contexto de “plenitude” (AMARAL, 2013, p. 114), acaba por representar uma grande diferença existente entre aquele direito descrito na Constituição e aquele efetivamente fruído pelos cidadãos no plano de realidade. Entre a promessa feita pela norma constitucional e a atuação de várias condicionantes práticas, como a escassez de recursos, o estado de “plenitude” previsto abstratamente não se verifica na realidade.

A doutrina identifica os direitos sociais, como a saúde, como direitos subjetivos que independem de mediação legislativa. Por outro lado, essa efetividade está sujeita, obviamente, a disponibilidade de recursos materiais, visto que a efetivação de direitos se submete “aos limites do real”. Diante dessa limitação material, o direito à saúde de maneira ampla é um direito subjetivo “prima facie”, ou seja, pode ser relativizado diante das exigências da realidade fática (AMARAL, 2013, p. 115).

Dentre as disposições constitucionais específicas que envolvem a saúde, destaca-se o artigo 225, que estabelece que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida (DELDUQUE e NICOLETTI, 2009, p. 273). Outro dispositivo que merece destaque é o artigo 6º, que estabelece a saúde como é um bem

social, sendo competência comum dos entes federativos o cuidado com a saúde e a assistência pública, proteção e garantias das pessoas portadoras de deficiência (artigo 23, inciso II) e da competência legislativa concorrente legislar acerca da defesa da saúde. O atendimento à saúde da população exige a cooperação técnica dos entes federativos (artigo 30, inciso VII), sendo que a falta de aplicação de receita mínima exigida é causa que autoriza a intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios (artigo 34, VII). Nesse ponto, importante ressaltar que, enquanto a Constituição Federal determina que cada Estado-membro invista pelo menos 12% de seu orçamento em saúde pública, apenas 49% dos mesmos cumprem a determinação constitucional (AQUINO, 2013, p. 65), o que demonstra mais uma vez a diferença entre a previsão constitucional e a realidade da prestação de saúde na sociedade brasileira.

Há três formas possível de satisfação ao direito à saúde: a contratação em caráter particular, a prestação universal de serviços a todos os cidadãos e uma alternativa que concilie as duas anteriores, de modo que a prestação privada facultativa coexista com a prestação de natureza pública e compulsória. Essa terceira possibilita foi a adotada em nossa Constituição Federal (SCAFF, 2010, p. 22), tendo sido previsto um sistema que busca aliar a gestão pública da saúde com a atuação de entidades privadas, mesmo que esta seja uma equação difícil de ser resolvida (SCAFF, 2010, p. 24).

Dessa formatação constitucional, pode-se afirmar que a constituinte deu grande importância ao tema saúde, um direito assegurado a todos e um dever imposto ao Estado por meio da rede organizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a quem cabe regulamentar, fiscalizar e controlar a execução direta ou por meio de terceiros de recursos públicos. Esse sistema público de saúde previsto pode ser considerado um “seguro social de saúde amplíssimo”, guiado pelos princípios da universalidade não contraprestacional e da integralidade de assistência (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 211).

Há no Brasil dois sistemas de saúde distintos com características próprias, o de natureza pública e universal e o de natureza privada e suplementar. Destaque-se que há doutrina que afirmar ser incorreta a expressão “suplementar”, vez que transmite uma falsa ideia de que há um objeto principal (a saúde pública) e outra acessória (saúde privada), quando, na verdade, os dois sistemas são independentes e distintos (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 213). Ademais, há uma conexão íntima entre esses dois sistemas, no sentido de que ações praticadas em um podem impactar sensivelmente o outro. Impor aos particulares coberturas não previstas em contrato acaba “livrando” o Estado de seu dever

constitucional de fornecer serviços de saúde de modo universal (BOTTESINI, 2013, p. 51), enquanto que a ausência da atuação do mercado dos planos de saúde provavelmente sobrecarregaria o SUS a ponto de inviabilizá-lo, deixando a população brasileira sem o atendimento médico que precisa (MATHIAS, 2013, p. 95). Pode-se, nesse sentido, afirmar que o sistema de saúde brasileiro é formado por duas partes complementares, uma pública e outra privada, que estabelecem entre si uma relação de simbiose.

Apesar de o SUS lidar com um orçamento público limitado e os agentes privados de saúde suplementar se sujeitarem às regras do livre mercado regulado, ambos concorrem pela maioria dos fornecedores de serviços médicos e pelos beneficiários. Contudo, essa atuação, logicamente, é distinta. No setor privado, a atuação dos agentes é pautada pela variação de lucro, patrimônio líquido, retorno de investimentos e sujeição a falência, enquanto o setor público lida com as regras de orçamento, com as decisões políticas de alocação de recursos (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 312) e com a escolha democrática dos agentes políticos.

O Estado passa a desempenhar um papel duplo nesse contexto em que as atuações pública e privada devem ser compatibilizadas. Com relação as atividades exercidas diretamente pelos entes públicos, o papel estatal é garantir a alocação racional dos meios e recursos disponíveis do modo mais eficaz e eficiente possível. Por outro lado, o Estado também agirá com relação a atuação de agentes econômicos afim de coibir eventual atuação abusiva, garantir a concorrência e facilitar a defesa dos direitos do consumidor (SCAFF, 2010, p. 23).

A saúde é prevista pela Constituição Federal de 1988 como um direito de todos, de interesse individual e coletivo e dever de Estado. A titularidade desse direito, em um contexto de universalidade e inclusão, decorre da coexistência das dimensões individuais e coletivas desse direito social. Nesse sentido, trata-se de um direito de todos.

É importante destacar que o desenvolvimento do conceito de saúde conforme descrito anteriormente refletiu-se no texto constitucional. Como afirma Luhmann, a Constituição é resultado de um planejamento “intencional” no sentido de que é constantemente replanejada enquanto é alvo de acoplamentos estruturais que forjam um novo conteúdo normativo ao texto. Após esses diversos acoplamentos estruturais pode-se definir a saúde como um direito universal e conectado com outros valores constitucionais, como o meio ambiente.

Nosso texto constitucional previu dois sistemas de prestação de serviços de saúde com características próprias, mas que são igualmente importantes para tornar possível a

prestação dos serviços de saúde à população. Enquanto é sujeito ativo da prestação de serviços pelo SUS, apresenta-se como regulador da saúde privada prestada no setor da saúde suplementar. Nesse sentido, o Estado possui o dever de assegurar a saúde.

Infelizmente, os dados da realidade informam que a saúde dos brasileiros difere daquele direito plenamente assegurado pela Carta Magna. Essa dura constatação relaciona-se com o fato de que a saúde é garantida por meio de recursos limitados e que nem sempre são bem aplicados.

Diante da constatação de que o setor de saúde suplementar brasileira vem se expandindo nos últimos anos, aumentando o número de beneficiários e os valores de receitas e custos, os estudos relacionados a este setor se mostram cada vez mais importantes. Afinal, toda a coletividade, inclusive aquela parcela que obtém os serviços de saúde por meio do SUS, é impactada pelas ações praticadas no setor suplementar (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 301).

2.2 – As relações contratuais e as seguradoras

Nesse subcapítulo, serão tratados especificamente aspectos relacionados aos contratos firmados no âmbito da saúde suplementar, destacando-se suas especificidades e características próprias, bem como a atuação da ANS como ator importante na regulação do setor da saúde complementar. A abordagem aqui presente liga-se naturalmente a aspectos da legislação, jurisprudência e doutrina brasileiras, mas sua exposição é importante para que se faça posteriormente a correlação entre a economia e o direito no contexto da Teoria dos Sistemas.

Por saúde suplementar, denomina-se a esfera de atuação situada fora da órbita do Sistema Único de Saúde em um sistema organizado e intermediado por pessoas jurídicas especializadas, denominadas operadoras de saúde (ou apenas seguradoras), que prestam de forma particular um serviço de interesse público, e portanto, de natureza híbrida (MELLO, 2013, p. 4), para um grupo de beneficiários (ou denominados segurados).

A seguradora, ou operadora, é aquela que organiza o mútuo, calculando, estimando e gerenciando o risco contratual e o valor do prêmio, vendendo o seguro, cobrando contraprestações, administrando os recursos, verificando a adequação contratual dos sinistros ocorridos e indenizando os segurados que possuem direito a tal (CECHIN, 2013, p. 215).

Usuários são aqueles que se utilizam dos serviços prestados pelas seguradoras. Podem ser destacados três tipos de usuários de planos de saúde e seguros privados: aqueles que possuem planos contratados a partir de 1999; aqueles que possuem planos anteriores a 1999 e que se adaptaram conforme previsto na Lei nº 9.656/98 e aqueles com planos antigos que não se adaptaram (BOTTESINI, 2013, p. 51).

O sistema privado de saúde é de responsabilidade direta dos contratantes e livre a todos que puderem arcar com o preço do serviço, (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 211), sujeitando-se à livre iniciativa e financiado por meio da remuneração paga pelos consumidores, ou tomadores dos serviços, seja em forma de honorários ou por pagamento de mensalidades e tem por base o princípio da mutualidade (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 210).

A possibilidade de assistência à saúde pela iniciativa privada é assegurada a pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou pela participação desses de forma complementar ao SUS (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 208). Ademais, se está ciente da existência de relações diretas entre prestadores de serviço e usuário, de relações de assistência particular em serviços prestados por intermédio das seguradoras e da prestação de serviço benemerente. Este trabalho focará na assistência prestada pelas seguradoras no ambiente privado.

O aumento dos serviços de saúde e as deficiências verificadas no setor público destacam a importância do setor de saúde suplementar no Brasil (MELLO, 2013, p. 4). Trata-se de um “locus” econômico bastante expressivo. Em 2009, o “mercado da saúde” movimentou aproximadamente 65 bilhões de reais (BOTTESINI, 2013, p. 54). Ademais, constatou-se que 21,9% da população usufruía de alguma modalidade de plano de saúde ambulatorial ou hospitalar em 2010. Nesse mesmo ano, estimativa apontou que dos 45 milhões de beneficiários de planos privados, 33,8 milhões eram de contratos coletivos, empresariais ou por adesão, 9,5 milhões são contratos individuais e 2,2 milhões não foram informados (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 315). Importante também destacar que o setor de plano de saúde cresceu a uma taxa média de 4,8% ao ano entre 2003 e 2011 (MELLO, 2013, p. 5).

Estudos apontaram que, em 2010, havia mais de 1.000 operadoras de planos ou seguros de saúde, sendo a receita média mensal obtida com cada beneficiário correspondente ao valor de R\$ 124,00. Em dezembro de 2011, contatou-se a demografia

dos planos coletivos empresariais, sendo formados por 49% dos beneficiários na faixa dos 19 aos 33 anos, enquanto nos planos individuais esse percentual era de 42%. Na faixa dos 34 aos 58 anos, o percentual era de 51% nos coletivos e 58% nos individuais (CARNEIRO, 2013, p. 79).

A evolução do crescimento do número de operadoras vai na contramão dos demais dados estatísticos que apontam um acentuado crescimento de custos e de beneficiários: o número total de operadoras cresceu apenas 10% em dez anos. A aquisição de operadoras menores por outras de maior porte e o cancelamento dos registros leva a uma lógica de concentração no número de operadores no mercado (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 316). Se por um lado deve-se estar atento para a possibilidade de redução da concorrência, por outro é possível que ocorra uma maior segurança financeira e ganhos em escala (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 318) com o fortalecimento de operadoras.

2.2.1 – Os contratos de massa ou de adesão

As relações jurídicas no âmbito da assistência privada submetem-se a legislação infraconstitucional de natureza civil. O Código Civil de 2002 prevê, dentre os direitos de personalidade, a impossibilidade de se obrigar alguém a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que implique em risco de vida. O referido diploma civil entende, ainda, que o paciente possui direito de interromper ou recusar tratamento arriscado que implique risco a seu direito básico à vida, considerando a necessidade da transparência de informações da prática médica (DE LUCCA, 2013, p. 417).

O Código de Defesa do Consumidor é outra legislação federal relevante com relação ao tema, e estabelece expressamente a saúde como direito básico do consumidor, assegurando a proteção da vida e saúde contra riscos das relações de consumo (DE LUCCA, 2013, p. 417). Essa previsão contribui para dirimir qualquer dúvida relacionada com o enquadramento dos serviços médicos no conceito de fornecimento e inserindo-os como relações de consumo.

Inclusive, é entendimento jurisprudencial dominante que, em regra, o código de defesa do consumidor se aplica aos contratos que envolvem o direito à saúde⁵. O referido

⁵ O verbete número 608 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça afirma que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

diploma é responsável por alterar a forma de atuação de agentes econômicos com o escopo de proporcionar equilíbrio e proteção às relações assimétricas estabelecidas entre as figuras do consumidor e do fornecedor (ANDRIGHI e BIANCHI, 2021, p.1). O consumidor desses serviços espera obter determinado tratamento em momentos de aflição pessoal, cuja autorização muitas vezes é obstada pelas seguradoras. Conflitos dessa natureza devem ser resolvidos pelo regramento legal específico sem desconsiderar argumentos morais e humanísticos (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 208).

No âmbito das relações privadas, a prestação de serviços entre os prestadores e usuários dos serviços de saúde ocorre por meio da celebração prévia de um contrato de serviços, como ocorre no âmbito de outras contratações de serviços. Esse vínculo contratual aponta para a juridificação do contrato de serviços de saúde, sendo ao mesmo tempo uma operação econômica e uma operação jurídica, um acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da economia.

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, muitas das relações contratuais privadas ocorrem de forma não individualizada, ou seja, entre o paciente e o profissional de saúde. Há uma prevalência de relações ocorridas por meio de um plano de saúde ou de um contrato de seguro-saúde de natureza privada (SCAFF, 2010, p. 31). A realidade de um contrato de plano de saúde é vantajosa para o consumidor, no sentido de permitir o acesso a serviços que, em um contrato individual, seriam inviáveis em decorrência de seu alto custo (CARNEIRO, 2013, p. 72). Por meio de um pagamento mensal que cabe em seu orçamento doméstico, o particular assegura a cobertura contratual de serviços eventualmente prestados de grande valor, que são oferecidos por meio de contratos de massa.

As contratações de massa representam a oferta pública por meio de contratos de adesão feito por empresas privadas com o objetivo de prestar assistência de saúde por meio de contraprestação financeira e nos limites previamente estabelecidos, destacando-se duas modalidades básicas, que são os planos de saúde e os contratos de seguro (SCAFF, 2010, ps. 36/38).

Os contratos de seguro-saúde e de planos de saúde são muito próximos, inclusive nos termos da legislação própria, que dispõe indistintamente “sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”. Ademais, a Lei nº 10.185/01 acaba por incluir no conceito de planos de saúde privados o seguro-saúde. Em suma, ambos se distinguem pois enquanto a empresa de planos de saúde assume a prestação dos serviços necessários por meio de

profissionais e recursos hospitalares por ela credenciados, o seguro-saúde reembolsa serviços prestados por terceiros (SCAFF, 2010, p. 51).

Os contratos de seguro-saúde visam especificamente o ressarcimento das despesas ocorridas com eventual tratamento médico a que o segurado se submeta, como honorários profissionais, exames, medicamentos e despesas com internação conforme o conteúdo ajustado entre as partes (SCAFF, 2010, p. 45). As empresas de seguro prestam a atividade econômica com objetivo de lucro, economicidade entre meios e resultados e conforme caráter mutualístico, ou seja, dispersando os custos dos eventos ocasionais de tratamentos médicos para um grupo considerado de segurados afim de garantir a solvabilidade e liquidez do fundo securitário gerido, cabendo ao Estado fiscalizar a capacidade financeiras destas empresas (SCAFF, 2010, p. 48).

Por regra, são fornecidos “contratos-tipo” no caso dos planos de saúde e dos seguros, em que os consumidores aderem a um conjunto de cláusulas previamente formuladas e ofertadas publicamente, que estabelecem o preço a ser pago, períodos de carência, hipóteses de reembolso e, principalmente, os limites do atendimento previstos contratualmente (SCAFF, 2010, p. 53). Essa regulação unilateral das condições gerais de contrato que vão regular a relação jurídica permite a caracterização dos contratos de prestação de saúde em massa como contratos de adesão.

2.2.2 – Os planos de saúde, o mutualismo, base atuarial e solidariedade intergeracional

O plano de saúde está definido na Lei nº 9.656/98 como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

Trata-se de uma forma de contratação em que o consumidor, mediante pagamento antecipado e periódico de um preço, dispõe da possibilidade de realização de tratamentos e atendimentos médicos fornecido por uma empresa privada (SCAFF, p. 49), aos beneficiários que possuem interesse em atendimento médico independente do SUS, mas

que não possui condições de arcar com a contratação direta de serviços (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 212).

Estes tipos de contrato são anteriores a própria CF/88. Com a unificação dos institutos de previdência ocorrida nos anos 60, houve um movimento de ampliação da demanda dos serviços de saúde privados que acabou gerando uma diminuição de qualidade do serviço prestado (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 302)

Em 1998 foi promulgado o marco legal específico da saúde suplementar: a lei nº 9.656/98, seguida da edição da medida provisória nº 1.665/98. Após esse marco legal, o setor público passou a conhecer e atuar no mercado de saúde suplementar. Até então, o conhecimento público sobre a área era ínfimo, seja em decorrência da concentração dos esforços governamentais em estruturar o SUS após a CF/88, seja em razão de uma visão predominantemente estatizante, que não via a prestação de serviços de saúde pelo mercado privado como positivo (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 304).

Além do marco legal representado pela Lei nº 9.656/98, a saúde suplementar é tratada na Lei nº 8.080/90, que criou o SUS e reproduziu disposições constitucionais acerca da saúde suplementar, na Lei nº 9.961/00, que criou a ANS, nas Leis nº 10.185/01 e 10.850/04, que tratam de sociedades seguradoras e incentivam a adaptação de contratos antigos.

Essas inovações legislativas permitiram uma atuação mais equilibrada dos agentes do mercado e definiram padrões mínimos de atuação por parte das operadoras, de cooperativas e de outras entidades inclusive na modalidade de autogestão (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 307). Buscou-se, ainda, eliminar a posição de desvantagem significativa que se observava entre o cliente e a operadora de planos de saúde antes de 1988, determinando-se que o plano de saúde deve ser estruturado conforme os ditames legais e de modo adequado ao momento social atual (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 214).

Dentre as disposições legais que representam um conteúdo mínimo exigido no contrato ofertado pelas operadoras de planos de saúde estão, a título exemplificativo: a previsão de renovação automática dos contratos; vedação de limitação de prazo de internação; previsão de valor máximo cobrado pela utilização de leitos; vedação de limitação do número de consultas; proibição de suspensão ou rescisão unilateral do contrato enquanto o titular estiver internado. Considerando que se trata de um contrato bilateral, o ordenamento prevê, em contrapartida, que não deve ser exigido das operadoras

objeto diverso daquele contratado (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 212).

O objeto de cobertura contratual do plano de saúde é definido em lei e equivale às doenças listadas em classificação estatística pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Já a amplitude das coberturas, que correspondem aos procedimentos de assistência à saúde é definida conforme normas da ANS. Assim, a lei determina que todo contrato de plano de saúde ofereça os tratamentos relacionados pela ANS para as doenças listadas pela OMS (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 216).

Já o reajuste dos planos de saúde é previsto em duas situações: de modo anual a fim de recompor perdas inflacionárias e de modo técnico, resultante de um aumento excepcional de sinistralidade (MELLO, 2013, p. 14).

Pelo exposto, tem-se que o contrato de plano de saúde é de venda especial, pois obedece a princípios fixados em lei que impõem deveres às seguradoras e deve ser considerado que o adquirente não irá necessariamente utilizar o que adquiriu ou mesmo possui interesse nesse uso (BOTTESINI, 2013, p. 49). A natureza especial desse contrato afasta a submissão completa do usuário aos limites do pactuado (BOTTESINI, 2013, p. 61).

Como visto, o plano de saúde possui natureza de seguro e tem como objetivo fornecer cobertura sem limite financeiro (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 215). Dentre as premissas exigidas para se firmar esse tipo de contrato destacam-se, dentre outros, a forma aleatória do risco coberto (imprevisível e futuro), a ausência de intenção do segurado em impactar a probabilidade de ocorrência do sinistro e o valor da indenização calculável e com limite máximo previamente definido (CARNEIRO, 2013, p. 77).

Esse tipo de seguro implica na criação de um fundo mutual formado pela contribuição de segurados com a finalidade de suportar os custos econômicos de um evento coberto pelo contrato (MATHIAS, 2013, p. 108). A multiplicação desses vínculos firmados entre segurador e segurado, que objetivam garantir um mesmo tipo de risco, forma a sua base técnica, de modo que a contribuição de cada indivíduo pagará pelos sinistros ocorridos, sendo estas operações gerenciadas pelo segurador (MATHIAS, 2013, p. 109). Assim, o eventual reconhecimento de determinadas obrigações sem amparo contratual acaba por comprometer esse fundo mútuo (MATHIAS, 2013, p. 110).

O mutualismo (ou mutualidade) significa que “os pagamentos feitos pelos consumidores financiam, mensalmente, a atenção à saúde prestada para aqueles

indivíduos do grupo de consumidores vinculados à mesma operadora de planos de saúde, que necessitam de atendimento à saúde” (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 210). Significa, em outros termos, a solidariedade financeira existente entre os segurados de um mesmo grupo, de modo que se aplica entre integrantes de um mesmo perfil homogêneo de risco e que se submetem a eventos cobertos pelo seguro com mesma chance estatística de ocorrer (CARNEIRO, 2013, p. 72). No caso dos planos de saúde, o prêmio pode ser diferenciado com base na faixa etária do segurado de acordo com as exigências legais.

A relação havida entre beneficiário e a operadora de plano de saúde, como visto, é mútua, ou seja, pressupõe uma relação de equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade (MATHIAS, 2013, p. 116). Dizer que se trata de uma relação mútua implica em reconhecer que a alteração desproporcional ou imprevista na relação de um indivíduo pode comprometer os interesses coletivos ao romper com o equilíbrio.

Ainda, é pertinente apontar que os planos de saúde estão submetidos a um regime financeiro denominado de repartição simples, toda receita de prêmio é usada para pagar as indenizações por eventos cobertos de um mesmo período específico, sem que sejam formadas reservas individuais para financiar eventuais despesas futuras ou que haja direito a devolução de prêmio pago. Assegura-se, assim, um mutualismo por um mesmo período de tempo (CARNEIRO, 2013, p. 74).

A mutualidade e a necessidade de se assegurar um equilíbrio coletivo estão relacionadas aos riscos inerentes a prestação contratual. A mensuração de risco contratual na área da saúde envolve dados variáveis, relacionados tanto ao ambiente quanto aos hábitos da população segurada. A estimativa tem como base as informações prestadas e o preenchimento de lacunas informacionais com referências. Nesse ponto, a análise econômica é importante para orientar políticas de saúde ao compara custos de intervenção e os benefícios decorrentes em termos econômicos. Verifica-se, assim, a necessidade de se estimar o risco à saúde e a melhoria do bem-estar coletivo em valores monetários, permitindo uma estimativa acerca das escolhas na alocação de recursos escassos (ARAÚJO, 2013, p. 162). Afinal, nenhum contrato pode gerar direitos absolutos, especialmente quando este contrato está baseado no princípio da mutualidade, que pressupõe que as partes atuem de forma cooperada (CARLINI, 2013, p. 30).

Contudo, há falhas no mercado de seguros decorrentes da dificuldade em se prever o perfil de risco a ser segurado fiando-se nas informações coletada, podendo haver uma

assimetria de informações. São riscos ao equilíbrio do mercado de planos de saúde a seleção adversa e o risco moral.

A seleção adversa é um fenômeno que se verifica com a entrada de uma classe de segurados com risco muito acima daquele previsto nas premissas atuariais do plano de saúde. A possibilidade de ocorrer uma seleção adversa é apontada como uma das causas de um plano de saúde individual ser mais caro do que um coletivo (CARNEIRO, 2013, p. 78). O risco moral decorre da situação em que o comportamento do segurado após a contratação do seguro pode se alterar em virtude um sentimento de maior segurança por parte do mesmo. Essa falha também pode impactar negativamente o princípio do mutualismo (CARNEIRO, 2013, p. 79).

A estimativa dos riscos segurados formará um conjunto de informações denominado de base atuarial, que corresponde à unificação de séries históricas que apontam a probabilidade dos riscos segurados tornarem-se eventos e quais são os custos que poderão advir dos mesmos (MATHIAS, 2013, p. 111). É preciso estar atento para o fato de que os planos de saúde privados são estruturados atuarialmente. Isso implica dizer que cálculos são realizados com base em critérios técnicos, que envolvem sinistralidade e o valor da contraprestação com base na receita, custos, faixas etárias dos beneficiários e comorbidades, taxa média de utilização, dentre outros (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 322). Ao longo prazo, a viabilidade dos planos de saúde exige uma correta adequação entre os riscos a que se submetem os grupos segurados e os prêmios cobrados (CARNEIRO, 2013, p. 92).

Além da mutualidade e da importância da estruturação atuarial dos planos de saúde, destaca-se que o regime de saúde suplementar é regido pela solidariedade intergeracional.

Idealmente, cada faixa etária agrupa segurados com perfil semelhante atribuindo um prêmio mais justo a ser cobrado (CARNEIRO, 2013, p. 72) e o prêmio deve corresponder ao custo médio de todos os participantes. Um seguro ideal estabelece riscos e custo médio de participação para cada faixa etária. Contudo, na prática, verifica-se que o prêmio idealmente devido pelo estrato mais velho dos planos de saúde é muito alto e quase inviável.

Uma estatística interessante relativa a essa solidariedade intergeracional refere-se ao gasto médio por habitante medido na Comunidade Europeia. As despesas são altas na

primeira idade, menor para crianças e adolescentes, crescente até os 50 anos e muito maiores após essa faixa etária (CECHIN, 2013, p. 206). Dessa constatação estatística decorre a verificação da necessidade de apoio financeiro dos gastos médicos havidos em planos de saúde dos mais idosos pelos mais jovens, a fim de manter o custo das mensalidades daqueles inferiores ao seu custo (CECHIN, 2013, p. 208).

Assim, é feito um recálculo, em que o prêmio estabelecido está acima do risco dos mais jovens e abaixo do risco dos mais idosos, havendo uma espécie de “subsídio” dos mais jovens aos mais idosos. Firma-se um pacto intergeracional entre os participantes dos planos de saúde (CECHIN, 2013, p. 217).

Deve-se observar, contudo, que esse modelo de financiamento entre gerações corre o risco de não ser sustentável ao longo prazo com o envelhecimento da população, uma vez que haverá um contingente cada vez maior de idosos, consumidores dos recursos, e uma parcela cada vez menor de jovens, que podem não suportar custos altos e optarão por não firmar contratos de seguro, em um fenômeno conhecido como seleção adversa (CECHIN, 2013, p. 221).

Diante do exposto, a contratação específica denominada de “plano de saúde” não é uma relação jurídica estabelecida com base na total liberdade. Nesse ponto, deve-se perceber que a desigualdade entre os contratantes contradiz a ideia de que o contrato traduz a coincidência de vontades e por isso seria um acoplamento entre o direito e a economia em sua forma “perfeita”, como afirma Luhmann.

O ordenamento jurídico acaba por estabelecer uma série de limitações ao direito de contratar que visam padronizar minimamente o objeto da relação. Trata-se de um contrato que tem por base o princípio do mutualismo e que é estruturado de forma atuarial, sendo necessária a observação de critérios técnicos para a previsão de justo pagamento. Por fim, destaca-se tratar-se de um contrato em que a coletividade dos beneficiários, divididos em gerações distintas, são solidários entre si a fim de manter a possibilidade de prestação de serviços.

2.2.3 – O equilíbrio contratual

A realidade da saúde suplementar no Brasil aponta alguns desafios, havendo o risco de que os planos de saúde privados possam acabar sucumbindo caso lhe sejam impostos ônus não previstos.

A eventual imposição de gastos imprevistos em cálculos atuariais pode levar a um desequilíbrio econômico-financeiro fatal dos agentes econômicos do mercado de saúde suplementar, o que acaba por prejudicar todo o grupo de beneficiários individuais (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 325).

As operadoras de planos de saúde convivem com a possibilidade de que decisões judiciais afastem a cobertura contratual de contratos privados por ela firmados mesmo diante da devida informação ao consumidor dos conteúdos das cláusulas firmadas e em conformidade com as normas consumeristas e com a contraprestação financeira exigida. Uma dessas possibilidades de intervenção judicial ocorre na revisão de formas e de métodos de cálculo sem adoção de um critério técnico, o que pode impactar na natureza atuarial do cálculo responsável por informar o preço correto do contrato. Essa situação de instabilidade é chamada de “jurisprudência paternalista” e pode gerar a ruptura do sistema em situações pontuais (MELLO, 2013, p. 8).

Do outro lado da relação jurídica, a proteção dos interesses do contratante, que ocupa posição desfavorável na negociação, necessita do controle estatal tanto na proposição de legislação quanto na proposição de políticas públicas adequadas a fiscalizar equilibrar os polos contratuais (SCAFF, 2010, p. 58). Os beneficiários dos planos de saúde devem ser protegidos dos riscos passíveis dessa relação contratual tão importante. Optou o legislador, por exemplo, por impedir a rescisão unilateral dos serviços e por prever condições básicas de um plano de referência, exatamente pela importância dos valores envolvidos. Nesse ponto, a jurisprudência deve agir em conformidade com a vontade do parlamento (MELLO, 2013, p. 8). A vida e a saúde no contexto da prestação privada de serviços despertam grande interesse social, seja pela importância de seu valor jurídico, seja em razão da parcela significativa da população estar vinculada a planos de saúde e esperar a boa execução desses contratos (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 207).

A busca pelo equilíbrio é bastante sensível e se apresenta na tentativa de se evitar o abuso do direito com a criação de regras para a interpretação, facilitação de produção de provas e a previsão antecipada de quais cláusulas podem ser consideradas abusivas levando-se em consideração as circunstâncias concretas que envolvem o contrato (SCAFF, 2010, p. 71).

Porém, o controle social deve valer-se em justa medida dos instrumentos previstos em lei, como a regulação e a legislação consumerista, de modo evitar um “dirigismo contratual insuportável”, em que a intervenção no domínio econômico acaba por impor um

ônus indesejável aos fornecedores de serviços médicos (SCAFF, 2010, p. 62). Por outro lado, a atuação de agentes econômicos com relação a serviços de saúde pode levar ao chamado “mercado da doença”, em que os aspectos econômicos e financeiros das atividades prevalecem sobre o cuidado da saúde global, o que exige ajustes por parte de governos ao passo que desenvolve um setor privado que atua na área da saúde visando o lucro (DALLARI, 2013, p. 476).

Tendo em vista a necessidade de intervenção estatal a fim de assegurar a prestação de serviços e a conservação das operadoras, ocorre a regulação realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

2.2.4 - O papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar

O setor de saúde é regulado em dois setores. Além da ANS, não se ignora a importância da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) na posição de autarquia especial responsável pela regulação da produção e comercialização de produtos de saúde. Este trabalho focará mais detalhadamente na atuação da ANS.

O contexto social que envolve a criação da ANS e de outras agências reguladoras é o de um projeto de reforma estatal datado do fim de século XX, reflexo da necessidade de construção de outro modelo estatal mais eficiente do que o modelo de gestão até então existente (CARLINI, 2013, p. 20). O Estado tem seu papel redefinido, adotando ações mais reguladoras e menos envolvidas diretamente com a produção de riqueza, permitindo com que os agentes privados de mercado pudessem agir com menor intervenção estatal (CARLINI, 2013, p. 22).

Os dados da realidade apontam que o sistema de saúde privado não é perfeito e exige regulação por parte do poder público (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 324). A ANS não surgiu do mesmo modo que as outras agências reguladoras, como a Agência Nacional do Petróleo e a Agência de Vigilância Sanitária. Enquanto estas passaram a atuar em setores em que o poder público detinha o “*know how*” da operação das atividades desempenhadas, a ANS “nasceu praticamente do zero”, uma vez que o setor público não sabia como funcionava o mercado privado de saúde. Essa situação já muda drasticamente após os anos 2000, quando ocorreu um amadurecimento da atuação da ANS no trabalho dos dados e informações e uma maior integração de conhecimentos técnicos, o que foi suficiente para estruturar a organização do mercado de saúde suplementar e o aproximar do SUS.

Uma dessas aproximações promovidas foi a possibilidade de ressarcimento do sistema público a fim de coibir abusos e reduzir a pressão sobre os serviços de saúde públicos (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 304).

A ANS foi criada pela Lei nº 9.961/00, que a dotou da missão de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde ao regular as ações privadas de saúde (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 309). A ANS é uma autarquia federal de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde, que atua em um setor regulado de extrema importância. Dentre suas características principais, que buscam assegurar seu bom funcionamento, está a ausência de subordinação hierárquica, a existência de mandato fixo, o fato de os dirigentes possuírem estabilidade de mandato e a autonomia financeira (CARLINI, 2013, p. 22).

Destacam-se dentre suas funções principais a regulamentação, a normatização, o controle, a fiscalização de atividades desenvolvidas na assistência suplementar de saúde brasileira e o incentivo ao setor regulado, a serem praticados conforme os princípios da ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 216).

É importante destacar que a atuação da ANS pressupõe que sua interferência não prejudique a ação do mercado, respeitando os direitos do trabalhador e do consumidor, sem perder de vista que a saúde é, ao mesmo tempo, um direito fundamental e uma atividade econômica que deve gerar efeitos positivos a quem nela investe (CARLINI, 2013, p. 25).

A exploração dos serviços de saúde como atividade econômica não pode ser dissociada do lucro ou do enriquecimento daquele que investe em tal atividade, como é o caso das seguradoras (BOTTESINI, 2013, p. 48). Nem mesmo a natureza especial desse contrato afasta a busca pelo lucro empresarial sob pena de impedir o prosseguimento de todo o setor regulado. Afinal, a própria existência de um mercado de planos de saúde está relacionada com a preservação das condições de solvência das operadoras de planos de saúde (CARNEIRO, 2013, p. 90).

Com relação aos planos de saúde, a exploração dos serviços na área privada exige uma autorização prévia de responsabilidade da Superintendência de Seguros Privados (SUSEPE), órgão responsável pelo mercado de seguros em geral conforme Decreto-lei nº 73 de 1966. Ademais, as atribuições da ANS já se verificam antes mesmo do referido plano de saúde começar suas atividades, devendo os mesmos serem previamente

registrados perante a agência, conforme dispõe o artigo 8º da lei dos planos de saúde.

Nesse contexto, para que qualquer operadora seja autorizada a funcionar, é necessário preencher requisitos legais, dentre eles demonstrar a viabilidade econômico-financeiras do plano que se pretende ofertar no mercado. Essa viabilidade econômica dos seguros exige uma estrutura adequada com condições mínimas de solvência, em que haja garantias financeiras, limites mínimos de capital e constituição de reservas técnicas.

É prevista, ainda, a possibilidade de realização de auditorias independentes para se constatar eventuais irregularidades. Cabe, ainda, à ANS, promover a suspensão de planos e produtos cujo desequilíbrio econômico-financeiro seja constatado e até intervir nas empresas caso se constate má gestão, sempre com a intenção de assegurar a liquidez e a capacidade financeira destinada a cobrir sinistros (MELLO, 2013, p. 12).

A higidez financeira das operadoras de planos de saúde, portanto, é fundamental para o sistema de saúde suplementar previsto em nossa Constituição Federal. Essa higidez liga-se ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que como visto, pressupõe cálculos atuariais que espelhem o equilíbrio entre o prêmio pago pelos usuários e a taxa de verificação de sinistros (MELLO, 2013, p. 13). Não se pode perder de vista que os contratos de saúde envolvem situações em que o usuário se encontra em situação de fragilidade, de modo que o sistema de regulação previsto pela ANS busca evitar que a falta de recursos financeiros impeça a obtenção de cobertura médica justamente quando esta se mostra necessária (MELLO, 2013, p. 12).

Uma atribuição específica da ANS muito importante prevista na Lei 9.961/00 é a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde por meio de critério técnico, que constituirão a referência básica dos contratos de planos de saúde (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 216), prerrogativa que, na prática, dará o alcance mínimo do objeto do contrato de saúde que irá ser disponibilizado ao consumidor. Em outras palavras, o que está no rol pode ser exigido pelo consumidor de sua operadora. Esse rol é atualizado ao longo do tempo e se relaciona com a incorporação tecnológica nos contratos.

A Resolução Normativa nº 211/2010 edita o referido rol de procedimentos e eventos de saúde obrigatórios, sendo este atualizado constantemente com participação popular, publicado no diário oficial de justiça e disponibilizado na rede mundial de computadores, buscando fornecer o máximo de publicidade possível aos consumidores. Para parte da doutrina, a previsão desse rol não permite interpretação extensiva (RUSSO

e RUSSO, 2013, p. 232), ou seja, apenas o conteúdo previsto nesse rol pode ser exigido das operadoras de planos de saúde independente da indicação médica no caso concreto. Ressalte-se desde já que esse entendimento não é consenso na jurisprudência, o que será demonstrado no momento oportuno.

A introdução de novas tecnologias na área da saúde dá-se com relação a medicamentos, materiais métodos e sistemas (SOUZA, 2013, p. 132). O contrato de plano de saúde possui a peculiaridade de só poder ser extinto em situações previstas em lei, diante de fraude ou falta de pagamento, tendo uma tendência a “perpetuidade” que é claramente benéfica ao consumidor. Essa tendência faz com que novidades repercutam no objeto contratado (SOUZA, 2013, p. 136).

Quem possui o poder real de incorporar novas tecnologias ao contrato são as seguradoras à medida em que vão sendo pressionadas por mecanismos próprios do mercado, detendo a ANS o poder regulador de incluí-los nos contratos (SOUZA, 2013, p. 134).

As limitações do contrato ao longo do tempo acabam sendo questionadas diante da necessidade de atualização dos métodos, considerando que a lei impede limitação com relação às doenças cobertas (SOUZA, 2013, p. 138). A incorporação tecnológica efetiva, diversamente do poder real que as operadoras detêm, é de responsabilidade da ANS, que possui justamente a prerrogativa de definir o rol de procedimentos e eventos a serem cobertos pelos planos de saúde a fim de atender o interesse público. Há críticas doutrinárias a respeito do afastamento dessa prerrogativa por parte do poder judiciário (SOUZA, 2013, p. 145), sob pena de permitir risco social e empresarial com a diminuição da qualidade de cobertura e extinção de empresas, o que levaria a diminuição de concorrência (SOUZA, 2013, p. 155).

Nesse ponto, a doutrina afirma que a lei prevê uma cobertura mínima e ampla mas não ilimitada ao consumidor (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 233), não havendo a justa expectativa na obtenção de assistência médica integral nem mesmo por meio de decisões judiciais (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 213) sob pena de comprometer a viabilidade econômica dos contratos (RUSSO e RUSSO, 2013, p. 233). Isso porque o risco coberto pelo seguro deve ser indenizável, ou seja, não há que se falar na cobertura de todo e qualquer risco.

No tocante às atribuições da ANS, chama atenção o projeto de lei nº 6330/19, que

pretendia ampliar o acesso dos usuários de planos de saúde aos tratamentos antineoplásicos de uso oral. A proposta dispensava o estabelecimento de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas da ANS e inclusão no rol de procedimentos e eventos em saúde, exigindo-se apenas o registro perante a ANVISA e prescrição médica para o fornecimento compulsório de tais medicamentos. Dentre as justificativas apresentadas, destacou-se que os medicamentos de internação hospitalar dependem apenas de registro perante a ANVISA para sua incorporação aos planos de saúde, não fazendo sentido se depender da atualização do rol de eventos pela ANS, que ocorre a cada dois anos. Entretanto, a referida proposta foi vetada integralmente pelo Presidente da República, sob a justificativa de que a incorporação de medicamentos de forma automática contraria o interesse público, pois gera insegurança jurídica aos “atores de mercado” e compromete a sustentabilidade dos planos de saúde diante do custo alto das referidas medicações.

A revisão das decisões da ANS enquanto agência reguladora gera debates e a principal crítica é que, diante da natureza técnica da atuação da agência em contratos, seria necessário que as decisões judiciais se utilizassem de critérios igualmente técnicos, como informações atuariais em demanda que suscita que determinado reajuste de mensalidade do plano de saúde foi exagerado (BARROSO, 2013, p. 215).

Do ponto de vista da separação dos poderes, não há superioridade ou hierarquia entre os administradores públicos e os magistrados. Considerando o contexto atual de ampliação do poder normativo em que se insere a criação de agências reguladoras em nosso ordenamento, que demanda por instrumentos jurídicos que torne mais célere a ação estatal, o judiciário não pode ignorar a autonomia conferida pelo legislador, devendo respeitar os atos administrativos praticados conforme a capacidade institucional da ANS (BARROSO, 2013, ps. 253/254). Isso, é claro, não significa dizer que o judiciário deve deferência a escolhas claramente irrazoáveis, mas sim que deve respeitar a competência técnica de agências como a ANS em assuntos atinentes ao marco regulatório e de alta complexidade técnica (BARROSO, 2013, p. 255).

Especificamente no tocante aos reajustes e revisões das contraprestações devidas por beneficiários, a legislação atribui a ANS competência ampla normativa, fiscalizatória e decisória. Essa é uma matéria de cunho técnico e natureza atuarial, de modo que o cálculo do índice de reajuste deve ser executado a partir de conhecimentos especializados e diante do caso concreto (BARROSO, 2013, p. 259).

Dessa forma, parte da doutrina aponta como indevida decisão judicial que invalida decisão da ANS que autoriza determinado reajuste por meio da utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito sem fundamentação técnica específica, como a “abusividade e onerosidade excessiva” e afastamento de cláusula violadora do direito do consumidor (BARROSO, 2013, p. 260). Ou seja, não é o percentual de reajuste a ser aplicado em um contrato que irá determinar sua abusividade, mas sim a análise de cada caso concreto mediante a aplicação de dados técnicos atuariais.

Como visto, o trabalho da ANS pressupõe a necessidade de se construir um ambiente dialógico, adotando-se uma agenda comum que considere os interesses legítimos de todas as partes envolvidas na saúde privada e a realização de um trabalho eficiente. A busca pela previsibilidade, evitando-se “surpresas legais” decorrentes da regulação, é um fator importante para se atrair investidores interessados em atuar na área da saúde suplementar, o que gera como consequência o incremento das opções de produtos ofertadas aos consumidores, considerando tratar-se de um setor complexo, em que os interesses das partes muitas vezes entram em conflito.

Nesse aspecto, a ANS deve difundir aos consumidores seus deveres e direitos por meio de ações estratégicas, mas não pode ser reduzida a órgão de defesa do consumidor, esperando-se que esta seja uma interlocutora coletiva e qualificada para incentivar a harmonia no setor regulado, combatendo-se o surgimento de soluções individualizadas para os problemas existentes e buscando soluções coletivas (CARLINI, 2013, p. 27). Assim, a agência deve ter como objetivo a construção e a defesa de um mutualismo “sólido e saudável”, de modo que sejam evitadas tanto a majoração unilateral de custos e preços quando a adoção de uma cultura individualista em que o consumidor busca direitos sem base contratual e que impactarão na viabilidade econômico daquele plano de saúde a que está vinculado (CARLINI, 2013, p. 29).

O desafio central da ANS como órgão regulador do Estado é, portanto, buscar o equilíbrio permanente entre os atores do serviço de saúde suplementar (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 301). A harmonia entre os direitos dos consumidores e a viabilidade econômica da atividade regulada deve sempre ser levada em consideração ao se analisar casos concretos em que se exigem soluções caras para se proteger o bem jurídico da vida (CARLINI, 2013, p. 29).

2.3 – O direito à saúde e a economia

Sendo a prestação de serviços médicos tridimensional e simultaneamente um relacionamento pessoal, jurídico e econômico, verifica-se que o fornecedor comercializa mercadorias e serviços em um livre mercado, sujeito às “leis da economia” (AMARAL, 2013, p. 120).

Assim, além de representar um direito constitucional, resultado de uma aquisição evolutiva civilizatória no contexto do sistema da sociedade, a saúde pode ser tratada como mercadoria pela sociedade capitalista que opera por meio de pagamentos com auxílio do dinheiro submetida à fórmula de contingência da escassez e em um mercado que transforma esse pagamento em programa.

Tratar um direito como mercadoria pode representar conflitos do ponto de vista abstrato, mas que encontra sentido no contexto de sociedade descrita por Marcelo Neves como moderna, multicêntrica e policontextual (NEVES, 2009, p. 3 e 23).

2.3.1 – A saúde como mercadoria

Há uma grande demanda por serviços vinculados à saúde e uma oferta de serviços caros oferecidos a partir do mercado privado. Esse panorama é também denominado de “capitalismo sanitário” (CINTRA, 2009, p. 437).

Para o sistema da economia, a comunicação é intermediada pela figura do dinheiro, sendo possível que a saúde dos usuários de serviços hipossuficientes torne-se excessivamente subordinada aos interesses do mercado. Nesse cenário, observar-se-iam contradições no capitalismo sanitário decorrentes da sobreposição da lógica do “custo/benefício” às necessidades de cuidados dos usuários, em que operadoras de planos de saúde criam obstáculos a fim de maximizar lucros e diminuir custos. Esse “mercado da doença” acaba elegendo como objetivo o desempenho econômico e não a saúde global. Afinal, se para o sistema do direito a saúde é um bem universal, para a economia ela não implica necessariamente em bem-estar, mas sim em um objeto de uma relação comercial que oportuniza a obtenção de lucros.

Observa-se, assim que o mercado “livre”, no contexto dos serviços de saúde, se depara com imperfeições que exigem a intervenção do Estado para garantir acesso de toda a população aos serviços (CINTRA, 2009, p. 437). Nesse ponto, se faz jus às aspas

utilizadas na expressão, vez que, conforme tratamos, trata-se de um mercado com liberdade de atuação restrita pela força reguladora do Estado, seja por intermédio do poder legislador ao promulgar normas protetivas ao consumidor, seja por meio das agências reguladoras.

É importante salientar que a própria Constituição Federal de 1988, diante da constatação de que o fornecimento público seria insuficiente, tratou a saúde como direito e como mercadoria, ao defini-la como um direito de todos, cuja implementação seria dever estatal, enquanto assegurou o fornecimento de serviços suplementares pela iniciativa privada (CINTRA, 2009, p. 439).

O direito, a política e a economia, descritos como sistemas sociais, agem a partir de operações internas próprias. Por sua vez, a saúde encontra-se subordinada a condicionantes políticas, jurídicas e econômicas, dependendo da formulação adequada de políticas públicas e administração eficiente de recursos perante um contexto de escassez na busca pelo aumento do bem-estar geral dos indivíduos (CINTRA, 2009, p. 440).

Do ponto de vista da seletividade econômica, os indivíduos podem ser naturalmente reduzidos a fatores de produção e ser excluídos das relações de troca (CINTRA, 2009, p. 442). Do ponto de vista político, a tomada de decisões exige consenso e a formulação de promessas, como a universalização dos serviços de saúde, que por sua vez pressupõe a existência de recursos materiais decorrentes de mecanismos econômicos. Enquanto o sistema político atua com base em promessas de inclusão, o sistema econômico funciona por operações que podem gerar exclusão. Alguns autores pontam para uma “utopia” denominada de economia social de mercado, que teria por objetivo conciliar os objetivos do capitalismo com os ideais democráticos (CINTRA, 2009, p. 442).

Percebe-se que tratar a saúde como mercadoria exige um grande cuidado diante da possibilidade de se excluírem os sujeitos de direito das relações privadas de saúde. Esse cuidado também se verifica ao se considerar que, na perspectiva da economia, o excesso de direitos pode significar nenhum direito, não se podendo reconhecer direitos absolutos nem mesmo na área da saúde.

Uma reivindicação individual, por mais que esteja amparada em um direito fundamental de grande valor pode representar um conflito com os interesses da coletividade, como ocorre na situação em que se demanda judicialmente o fornecimento de um medicamento de alto custo (TIMM, 2013, p. 284).

Nesse sentido, a saúde não tem preço, mas tem um custo (SCAFF, 2010, p. 21), surgindo situações conhecidas como “escolhas trágicas”, em que o desejo da sociedade de prover de forma ilimitada o atendimento à saúde será obstaculizado pelos limites inerentes ao acesso e disponibilidade de recursos técnicos, econômicos e humanos para o tratamento necessário e útil (SCAFF, 2010, p. 24). Mesmo no sentido da ética médica, há uma peculiaridade relacionada ao aspecto econômico. O comportamento que se exige de profissionais médicos é o de prescreverem qualquer ação que possa resultar em ajuda do paciente independente de seus custos. Os embates entre essa liberdade da prescrição médica se confrontam com os limites orçamentários e a viabilidade econômica dos prestadores de serviço privados de saúde (AMARAL, 2013, p. 118).

Aqui, conceitos jurídicos criados por lógicas internas ao sistema do direito não encontram efetividade diante da necessidade de que as operações internas da economia ocorram por meio de pagamentos com auxílio do dinheiro e em meio a escassez.

2.3.2 – A escassez relacionada à saúde

O direito à saúde e seus serviços inserem-se em um contexto de escassez natural. Reitera-se que ser naturalmente escasso significa que determinado bem não existe de modo suficiente a satisfazer a necessidade de todos.

Nesse ponto a escassez identificada por Luhmann como fórmula de contingência do sistema da economia é muito pertinente. A função desse sistema como mecanismo de estabilização da provisão futura com a distribuição atual se relaciona com a ideia de que quem toma para si os serviços de saúde limitados o faz em um cenário de competição em que outro concorrente não terá acesso aos mesmos e em que essa concorrência ocorre por intermédio da posse do dinheiro que, artificialmente, espelha a escassez de tais serviços. Quem tem mais dinheiro acaba por ter proporcionalmente mais acesso aos serviços de saúde do sistema de preços privado e vice-versa. Deste modo, a escassez dos serviços de saúde impõe um grande desafio à possibilidade de oferta de um tratamento igualitário e universal.

O raciocínio de que eventuais referências a custos é injusta ou imoral quando se demanda por valores jurídicos tão importantes quanto a vida e a saúde não se sustenta quando se observa que o aumento dos custos decorrentes de tratamentos médicos traduz uma situação em que o tratamento universal, que demanda recursos financeiros altos,

equipamentos e pessoal altamente especializados, é quase insustentável no sistema de saúde, seja no âmbito do SUS, seja no mercado privado (AMARAL, 2013, p. 115).

A manutenção do equilíbrio entre os custos e a renda é imprescindível ao bom funcionamento do sistema de saúde. Afinal, os recursos limitados são aplicados em um contexto de escassez e incerteza que contrasta com necessidades quase ilimitadas, o que demanda escolhas técnicas cujas consequências podem tornar inviável uma política pública ou um plano de saúde e prejudicar toda uma coletividade (AMARAL, 2013, p. 122).

A economia passou a ocupar um papel de destaque no mundo, considerando a importância do aspecto econômico na vida social, em que o mercado reflete a produção econômica, a competição e a escassez de bens e serviços. Trata-se de uma ciência comportamental que respeita o conhecimento científico cujo objetivo é descrever o comportamento dos seres humanos em interação com o mercado.

A escolha realizada pela Constituição Federal em 1988 foi a de optar pelo sistema capitalista como forma de organização social, em que as decisões dos atores sociais são tomadas em um ambiente de mercado e que tem como referencial o preço pago em moeda (TIMM, 2013, p. 290). O direito à saúde, em particular, é problemático do ponto de vista econômico, levando-se em consideração o panorama de aumento dos custos dos tratamentos médicos e a necessidade de se assegurar eficiência na prestação de serviços públicos ou privados diante da escassez das prestações e da natureza ilimitada das necessidades (TIMM, 2013, ps. 286/287).

Mesmo as críticas no sentido de que seria uma ciência que rejeita a noção de justiça ou não se preocupa com o comprometimento ético dos indivíduos no mercado são insuficientes para diminuir a importância da economia como ciência que se preocupa com a eficiência essencial no trato jurídico aos direitos fundamentais (TIMM, 2013, p. 287). Inclusive, essa crítica perde um pouco do sentido diante da constatação de que os interesses econômicos acabam sendo interpretados como interesses jurídicos ao serem considerado como objetos de proteção derivados do processo de “recepção e transmissão”, em que temas econômicos se acoplam estruturalmente no sistema do direito (LUHMANN, 2016, p. 606).

A escassez dos serviços de saúde observada na realidade social reflete a ideia de que a “saúde” é uma mercadoria para o sistema da economia.

2.3.3 – A saúde na teoria dos sistemas

A teoria dos sistemas não prevê especificamente um sistema social da saúde, mas um sistema da medicina, ou sistema médico, foi expressamente estudado por Luhmann.

O sistema médico foca na atuação dos profissionais médicos, cuja pretensão é a intervenção no corpo doente baseada em conhecimentos teóricos e aplicados por meio de diagnósticos e com a proposição de tratamentos adequados ao fim de se obter um estado de saúde (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 163). Os profissionais médicos trabalham com a contenção da dor e com a gestão de tempo para curar doenças no sistema da medicina (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 166).

Trata-se de um sistema autopoietico, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, que se diferencia dos demais em processo de heterorreferência por intermédio de operações comunicativas baseadas no código binário “doença/saúde”, agindo apenas em função da doença, que é o aspecto relevante que permite o funcionamento desse sistema e que transcreve os valores do mesmo (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 161). Nesse ponto, o sistema da medicina equivale à “cura dos doentes” (VIAL, 2015, p. 121).

A partir dessa ideia de fechamento operacional, aspectos éticos derivados de problemas médicos, por exemplo, estariam no exterior desse sistema da medicina, sendo objeto de preocupação de comissões deliberativas que agem por critérios jurídicos, morais e econômicos e não com base no código binário “doença/saúde” que se ocupa no tratamento adequado ao doente (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 164).

O tratamento de doenças apresenta-se como um sistema em que a doença provoca a operação sistêmica, mesmo que a função do sistema da medicina seja a saúde. Uma característica marcante das operações internas ocorridas no interior do sistema da medicina é que estas lidam com a doença e não tem como objetivo imediato produzir saúde (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 166), sendo a doença o elemento que faz o sistema funcionar e se diferenciar dos demais (VIAL, 2015, p. 122). Se considerarmos que a unidade do sistema decorre de uma interação entre um valor positivo, que designa a capacidade de comunicação conforme sua função, e de um valor negativo, que representa a contingência do valor positivo no sistema a fim de enfrentar a contingência do entorno (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 172), observa-se um paradoxo no

sistema da medicina.

Isso porque a saúde aparece como o “valor negativo” do sistema, no sentido de que é a negação do estado de doença que é aquele que provoca as operações internas do sistema da medicina. Em outras palavras, o sistema só é exigido quando se constata um estado de doença (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 165), sendo a doença o equivalente funcional da saúde.

Luhmann aponta, ainda, para um código secundário no sistema da medicina. Ao observar a tecnologia genética, o autor constatou a distinção entre elementos geneticamente perfeitos e elementos preocupantes, estabelecendo-se uma distinção secundária entre o incurável e o curável (VIAL, 2015, p. 123). Contudo, para o presente trabalho, a importância maior centra-se no código binário principal.

Interdependências entre o sistema da medicina e as demais ciências são verificadas. O conceito de doença é construído a partir da observação de outros subsistemas, como a biologia e sua classificação de agentes patogênicos, bem como é importante a observação de conceitos da química e da farmacologia ao se classificar tratamentos teórico-científicos. Assim, a capacidade de cura não depende inteiramente da intervenção feita pelo profissional de saúde, mas de toda uma capacidade “técnico-científica” da sociedade, que permite que o sistema da medicina possa operar de forma fechada por meio de seu código binário interno (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 168).

Considerando que os sistemas instituem uma “malha de comunicações” sociais (VIAL, 2015, p. 119) e se relacionam por meio de acoplamentos estruturais, verifica-se uma interseção entre a medicina e a economia, no sentido de que o tratamento de doenças exige o dispêndio de recursos econômicos ao mesmo tempo em que o sistema econômico demanda por pacientes acometidos de doenças (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 166).

É inegável que, em uma sociedade capitalista, a relação econômica e a relação médica se sobreponham circunstancialmente. Contudo, mesmo quando se exige retribuição monetária pela realização de um diagnóstico, de um tratamento ou na elaboração de um medicamento de alto custo, deve-se ter em mente que essa relação binária econômica transcrita como “ter/ não ter propriedade” não pertence ao interior do sistema da medicina. O sistema médico opera com base em outro código binário, de modo

que o pagamento com a finalidade de se encontrar uma cura é impossível sem a constatação de uma doença (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 170).

Nesse ponto, a dogmática jurídica pode-se concentrar na representação “ter ou não ter direito” ao se discutir o custo econômico das operações médicas, mesmo que observe, na prática, um movimento contrário (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 170).

Até o presente momento, tratou-se de se analisar o sistema da medicina estudado no contexto da teoria dos sistemas. Posteriormente, estudiosos dessa teoria passaram a verificar a saúde, e não apenas a medicina, como um sistema social diferenciado funcionalmente (VIAL, 2015, p. 113). Estes defendem que há nos estudos de Luhmann pressupostos suficientes para o desenvolvimento da saúde como sistema diferenciado.

Diante da evolução da sociedade, ocorreu uma aprimoração das comunicações e estruturação da saúde como um subsistema social diante das complexidades dos sistemas sociais (VIAL, 2015, p. 126). Autores como Schwartz vão além e afirmam que a obra de Luhmann já contém o sistema da saúde como um sistema autopoietico, que se acopla com o sistema da medicina, sendo os sistemas sanitários e médicos sinônimos (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 169). Nesse ponto, apesar das constatações de que há pressupostos suficientes para se identificar um sistema da saúde, é importante ressaltar que o mesmo jamais foi citado por Niklas Luhmann e provavelmente, o contexto histórico por ele observado não permitia chegar a essa conclusão. Como já afirmado no item I.I, o próprio Luhmann suscitava a existência de uma crise da teoria sociológica e a perda de importância da teoria dos sistemas no início do século XXI.

Luhmann não se preocupava com o conceito moderno de saúde ou com a forma de acesso ao mesmo, se restringindo a observar um sistema que opera de forma curativa conforme um modelo biomédico (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, ps. 178/179).

Como anteriormente tratado no presente texto, a sociedade está em permanente transformação e em crescente aquisição de complexidade, de forma que os sistemas são mutáveis (VIAL, 2015, p. 123). É nesse contexto que se admite o surgimento de um sistema autorreferente da saúde, com estrutura própria, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente (VIAL, 2015, p. 120), que contém um valor importante tanto para os sistemas da medicina, quanto da política e do direito, ainda que indeterminado, que é a saúde (VIAL, 2015, p. 114).

O trabalho teórico da teoria dos sistemas ainda está em desenvolvimento e possui

relação com o conceito atual de saúde e com as técnicas que pressupõem a ação preventiva com vistas a assegurar a saúde, o que extrapola a simples correção entre saúde como oposto de doença (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 161), que era característico do sistema médico identificado por Luhmann.

Atualmente, a saúde apresenta-se como algo muito mais complexo do que o equivalente funcional da doença, indo além da ideia de ausência de moléstias. Assim, não se pode limitar a saúde unicamente a atuação do profissional médico (VIAL, 2015, p. 121). O sentido da saúde é construído constantemente, levando-se em consideração um estado completo de bem-estar, que inclui as relações sociais e comunitárias, em que as compreensões de doença e saúde são fluidas, ou seja, não se pode definir com exatidão o que é doença ou saúde (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 173).

Ademais, deve-se ressaltar que a sociedade atual exige reflexões relativas aos custos médicos e tratamentos cada vez mais caros (VIAL, 2015, p. 123), bem como que a constitucionalização do direito à saúde permitiu acoplamentos antes inexistentes, ao passo em que a efetividade desse direito passa a depender do sistema do direito e da política (VIAL, 2015, p. 124). Como vimos, o conceito de escassez foi fartamente tratado por Luhmann ao se referir ao sistema da economia e este mesmo conceito encontra-se cada vez mais presente nas discussões envolvendo um sistema da saúde.

Mesmo que não se tenha ainda um consenso acerca de qual seria o código binário do sistema da saúde, deve-se observar que o mesmo é organizado por meio de operações que envolvem políticas públicas e decisões políticas coletivas e vinculantes, que organizam unidades de saúde, hospitais e disciplina as técnicas a serem empregadas. A saúde como valor constitucional e direito universal pode ser realizada de inúmeras maneiras, de forma que os sistemas sociais têm a função de legitimar esse direito (VIAL, 2015, p. 118).

Para o sistema médico a realidade é a doença, necessária para que o sistema sofra as irritações do ambiente, enquanto a saúde é a reflexão e função do sistema. Considerando o conceito atual de saúde, que prescinde da potencialidade da doença para operar internamente e que pressupõe a aplicação de políticas públicas visando inclusive a prevenção de enfermidades, sendo essencial verificar as condicionantes econômicas nas relações sociais, verifica-se que o conceito de saúde é muito mais complexo do que o biomédico, sendo insuficiente a aplicação do código binário do sistema da medicina ao

sistema da saúde (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 177). Enquanto o sistema médico analisado expressamente por Luhmann vincula-se à cura e remete ao conceito de doença, há um sistema de saúde que ainda está em construção e vai além da medicina ao relacionar com a promoção de saúde com a qualidade de vida no contexto de expectativas normativas garantidas nos textos constitucionais (ROCHA; KÖLLING; OLSSON, 2019, p. 180).

A saúde é um bem jurídico e uma mercadoria para a sociedade organizada sob os comandos da Constituição Federal de 1988. Como visto, se relaciona tanto com a fórmula de contingência do sistema do direito, que é a justiça, como com a fórmula do sistema econômico, que é a escassez. Considerando a evolução do sistema social que ocorreu graças a processos de comunicação, o conceito de saúde atual é mais complexo do que no passado. Ainda que se trate de um processo em construção, sem que sequer haja uma definição precisa de qual seria o código binário responsável pelas operações internas, partilhamos do entendimento doutrinário de que há bases teóricas suficientes para se conceber um sistema específico da saúde.

A efetivação do direito à saúde exige a atuação dos Tribunais, que têm o papel de determinar o indeterminável (LUHMANN, 2016, p. 427) diante de vários aspectos sociais relevantes, como escassez, custo econômico, equilíbrio contratual e efetivação de direitos sociais, respeito ao mutualismo.

A esse respeito, após a apresentação dos pressupostos teóricos da teoria dos sistemas no primeiro capítulo, incluindo-se a relação entre o direito e a economia e da estrutura da saúde suplementar brasileira no segundo capítulo, apresentando a saúde como um bem e mercadoria, demonstrando-se a evidência de um sistema de saúde, resta realizar uma análise de casos concretos envolvendo a saúde suplementar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tendo em vista a análise de argumentos de natureza econômica relacionadas ao direito fundamental da saúde, na perspectiva de uma conexão sistêmica entre os subsistemas do direito e da economia.

3 – O Superior Tribunal de Justiça e a saúde suplementar

A análise da jurisprudência relacionada a demandas de saúde suplementar no contexto da teoria dos sistemas pressupõe uma escolha relacionada aos órgãos julgadores, dado que a matéria é submetida a praticamente todos os tribunais estaduais do país. Diante dessa realidade, a escolha do Superior Tribunal de Justiça para esta análise se justifica em virtude de sua posição superior na organização judiciária e de sua competência constitucional no julgamento das causas decididas em pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos entes federativos e que contrariem legislação federal, bem como em razão de seu papel de uniformizar a interpretação jurisprudencial dada a legislação federal.

Uma pesquisa datada de outubro de 2021 envolvendo os termos “planos de saúde” e “plano de saúde” no sítio eletrônico do STJ e limitada à Terceira e Quarta Turmas e à Segunda Seção resultou em mais de 4.500 acórdãos e mais de 60.000 decisões monocráticas. Diante do grande número de julgados disponíveis que tratam do tema dos planos de saúde na área privada, foi feita a escolha metodológica de se analisar os recursos repetitivos, aqueles recursos que foram afetados ao rito dos repetitivos, bem como outros que, apesar de não estarem atualmente submetidos ao procedimento previsto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, foram considerados relevantes conforme a pesquisa desenvolvida nos capítulos primeiro e segundo do presente trabalho inclusive pela possibilidade real de virem a ser futuramente selecionados como representantes para julgamento de recursos repetitivos. A escolha dos julgados a serem analisados no presente trabalho levou em consideração a importância atual que possuem os precedentes para a solução de demandas jurídicas que envolvem múltiplos recursos com a mesma questão de direito, sem desconsiderar a importância que outros julgados não inseridos nesse procedimento possuem.

Também se levou em consideração para essa escolha metodológica a função do direito na teoria dos sistemas de assegurar segurança para a sociedade ao se restringir a liberdade individual e estabilizar expectativas normativas. Assim, sendo a função do direito regular expectativas criando possibilidade de conexões sociais futuras, a escolha de análise de precedentes que vincularão decisões judiciais futuras é coerente.

Inicialmente, serão objeto de investigação a tese jurídica fixada no julgado, um resumo do caso concreto e os fundamentos considerados mais relevantes para o julgamento. Posteriormente, será realizada uma análise conjunta dos mesmos em atenção

ao objetivo principal do presente estudo.

Considerando, ainda, que o foco principal deste trabalho é analisar o direito representado pelas decisões judiciais tomadas pelo STJ no âmbito da saúde suplementar como um sistema e se estas utilizam fundamentos caracteristicamente econômicos a partir de pressupostos teóricos da teoria dos sistemas, a profundidade da análise dos julgados irá variar conforme o grau de utilização dos referidos fundamentos.

3.1 – Superior Tribunal de Justiça no centro do sistema jurídico

Primeiramente, é importante analisar como o Superior Tribunal de Justiça se insere nos sistemas previstos na teoria de Niklas Luhmann.

A partir da análise de suas prerrogativas constitucionais, conclui-se que o STJ possui um papel muito relevante na justificação da tomada de decisões e na autodeterminação do sistema jurídico. Para este, o direito válido é aquele assim considerado pelos tribunais enquanto forma do interior do sistema.

O STJ é considerado, tanto para a Constituição Federal quanto para a teoria dos sistemas, como um tribunal superior ocupante do centro do sistema jurídico, que realiza observações de segundo grau ao analisar como os demais tribunais em posição hierárquica inferior observam o direito.

Enquanto subsistema que representa o sistema jurídico, a função do STJ é tornar a indeterminação decorrente das várias interpretações possíveis da legislação infraconstitucional naquela melhor possível. Ou seja, sua atribuição como instituição é determinar, em última medida, qual direito infraconstitucional é válido em todo território nacional a partir de sua prerrogativa de uniformizar a relação entre a jurisdição e a legislação, que se manifesta na teoria dos sistemas em forma de “círculo cibernético”, de forma a assegurar que sejam aplicadas as mesmas regras a situações similares enquanto se produz um direito que pode ser confiado.

O STJ, enquanto agente preservador da legislação federal e uniformizador da interpretação dos Tribunais Federais e dos entes federativos possui relevante importância na valorização das consequências das decisões tomadas no território nacional, cabendo-lhe ponderar os efeitos decisórios presentes quando projetados no futuro. Esse movimento é identificado por Luhmann ao observar que o sistema jurídico constrói o “passado de um futuro” ao se fechar operacionalmente e buscando a coerência entre as diversas decisões

tomadas na linha do tempo. O STJ atua em sua “prescrição autológica” enquanto institui a “*ratio decidendi*”, estabelecendo os limites vinculantes que contém a validade jurídica e que deverá servir de referência para a solução de demandas particulares a partir da operação do código binário “lícito/ilícito”. E como tribunal superior, cabe ao STJ verificar a consistência e racionalidade das interpretações do direito a partir de uma posição central no sistema jurídico.

Outro aspecto importante relacionado ao papel institucional do STJ é sua relação com a segurança jurídica. A segurança jurídica é, ao lado da justiça, um valor protegido pela atuação do sistema do direito, considerando que a vida em comunidade pressupõe previsibilidade, e estabilidade nas relações humanas, de forma que os atos jurídicos praticados pela sociedade tenham efeitos previstos (MELLO, 2013, p. 6).

Com o estabelecimento dos limites de vinculação do entendimento jurisprudencial, geram-se expectativas normativas na sociedade. Reitera-se que, para Luhmann, essa simbologia de dever permite que se aprenda com o direito e que se adaptem comportamentos individuais e coletivos diante da possibilidade de se obter segurança. É nesse aspecto que as normas jurídicas, cujo alcance é determinado pelo centro do sistema jurídico, representam “expectativas simbolicamente generalizadas” e têm um efeito prospectivo. Assim, o STJ possui a importante atribuição de assegurar segurança jurídica à sociedade por meio de sua atuação como tribunal superior.

Como já visto anteriormente, Luhmann compreende que os Tribunais, enquanto elementos centrais na produção do direito, decidem de forma independente das alternativas apresentadas pelas partes, de modo que a decisão é uma unidade da diferença entre as alternativas, um produto que surge após a apresentação do litígio perante o Estado. Essa decisão pode inclusive se situar fora dos padrões decisórios racionais, ocasiões em que os julgadores são compelidos a criar uma solução por meio de regras válidas e definir o direito a partir das margens de interpretação mesmo que seja em desconformidade com as pressões políticas. Várias demandas que envolvem a questão da saúde nas relações jurídicas privadas refletem a condição de “*hard cases*”, ou seja, de casos cuja solução não é facilmente encontrada pelos mecanismos já conhecidos do sistema do direito.

Os embates estabelecidos na relação entre a medicina e o direito podem colocar o julgador em situações delicadas. O direito enquanto produto do sistema jurídico, opera de forma fechada e pode levar o juiz a tratar isoladamente cada pleito judicial, sendo difícil

a negativa de determinada tutela jurisdicional com base em argumentos mais distantes da realidade do caso concreto, como os de ordem econômica, por exemplo.

O profissional do direito que age conforme sua consciência profissional pode acabar por analisar a situação como um todo de forma deficiente, sem focar nas consequências de ordem social e econômica de suas decisões (NALINI, 2013, p. 202). Importante ressaltar a inovação legislativa que houve na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê a necessidade de consideração das consequências práticas da decisão e a impossibilidade de se julgar com base apenas em valores jurídicos abstratos⁶.

A fim de manter a coerência entre decisões presentes e futuras, institui-se a “*ratio decidendi*” como forma de vinculação e indicação de intenções jurídico-político dos Tribunais. Nesses casos, pode ser difícil separar a atuação “nobre, relevante e altruística” relacionada aos bens jurídicos vida e saúde da necessidade que se mantenha o equilíbrio necessário em relações privadas como aquelas firmadas por planos de saúde que pressupõem a obtenção de lucro (NALINI, 2013, p. 203). Ademais, o julgador, ao agir conforme as operações internas do sistema jurídico, pode se deparar com algumas limitações de conhecimento técnico-científico. Nem sempre o julgador estará devidamente atualizado e ciente da aprovação de medicamentos pela ANVISA ou da inclusão de tratamentos no rol de procedimento da ANS que acabam por interferir na cobertura contratual.

Atento ao papel do STJ como tribunal superior competente para dirimir a contrariedade a legislação federal e uniformizar a jurisprudência inclusive na área da saúde suplementar e aos conflitos que envolvem os sistemas da economia e do direito nessa esfera social, serão analisados a seguir os julgados deste tribunal sobre este tema conforme a decisão metodológica apontada anteriormente.

3.2 – Os recursos especiais afetados ao rito dos recursos repetitivos

⁶ O artigo 20 da decreto-lei nº 4.657/42 foi incluído pela lei nº 13.655/18 e prevê que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Conforme o artigo 1.036 do Código de Processo Civil, é prerrogativa do relator dos processos em trâmite no STJ selecionar dois ou mais recursos que contenham argumentação e discussão sobre a questão controversa a ser precisamente julgada, podendo ainda ser determinada a suspensão de processamento dos processos pendentes que versem sobre a referida questão.

Os recursos especiais são considerados afetados para julgamento no procedimento dos recursos repetitivos até o julgamento final da controvérsia ou posterior decisão de desafetação, hipótese em que retornará a seguir seu trâmite regular.

Tratam-se, pois, de processos ainda não julgados, mas que possuem a capacidade de demonstrar o posicionamento possível e futuro do STJ em demandas repetitivas. Por isso, serão apontadas quais são as questões atualmente afetadas, sendo destacado o eventual potencial de gerar discussões de natureza econômica.

Com relação à decisão de afetação no Tema Repetitivo nº 1016, tem-se que a controvérsia pretende verificar a “(a) validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e (b) ônus da prova da base atuarial do reajuste”.

Como já verificado no capítulo II, o prêmio dos planos de saúde individuais e coletivos pode ser escalonado com base na faixa etária do beneficiário, tendo este agrupamento a finalidade de cobrar um valor mais justo. Já as estimativas de riscos formam a base atuarial do contrato, pretendendo o julgado aferir de quem é o ônus processual de comprová-lo, se é de quem alega eventual violação ou se é do fornecedor de serviços de saúde.

A decisão no Tema Repetitivo nº 1067 propõe a “definição da tese alusiva à obrigatoriedade ou não de cobertura, pelos planos de saúde, da técnica de fertilização *in vitro*”.

A controvérsia contida na decisão de afetação no Tema Repetitivo nº 1069 trata de “definir a obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica, sobretudo perquirir se ostentam finalidade reparadora ou meramente estética”.

Em ambos os temas, a discussão de fundo relaciona-se com o rol de procedimentos e eventos em saúde definido de forma técnica pela ANS e que baliza o conteúdo material mínimo do contrato de saúde. No tema nº 1067, a discussão se inicia com a relação entre

o procedimento de fertilização e a ideia de planejamento familiar, conforme definido na lei dos planos de saúde, sendo necessário definir a abrangência do referido procedimento. Com relação ao tema nº 1069, pretende-se definir o alcance de cirurgia reparadora e se os procedimentos em pacientes bariátricos estão incluídos como eventos segurados.

Por último, a decisão de afetação no Tema Repetitivo nº 1082 busca “*definir a possibilidade ou não de cancelamento unilateral — por iniciativa da operadora — de contrato de plano de saúde (ou seguro saúde) coletivo enquanto pendente tratamento médico de beneficiário acometido de doença grave*”, enquanto na decisão de afetação no Tema Repetitivo nº 1047, a proposta busca decidir a “*validade de cláusula contratual que admite a rescisão unilateral, independente de motivação idônea, do plano de saúde coletivo empresarial com menos de 30 (trinta) beneficiários*”.

A rescisão do contrato de planos de saúde é uma ocorrência que preocupa o legislador. Como regra geral, apenas se permite a rescisão em casos específicos e diante da presença de requisitos prévios e específicos. O plano de saúde coletivo com até trinta beneficiários é considerado vulnerável diante da sua pouca possibilidade de negociação com as operadoras de saúde, de modo que a jurisprudência deverá definir se o mesmo pode ser rescindido assim como os demais planos coletivos. Ademais, o tema nº 1.082 analisará se o fato de o beneficiário estar acometido por doença grave é impedimento para a rescisão do plano coletivo.

3.3 – Os recursos especiais julgados a partir do rito dos recursos repetitivos

Os recursos especiais julgados a partir do rito dos recursos repetitivos são considerados precedentes judiciais. Considerando que este não é o tema principal do presente trabalho, reputa-se suficiente conceituar o precedente como o pronunciamento judicial que interpreta a lei ou o ato normativo à luz do caso concreto em um determinado momento histórico e que serve de base para a formação de outro pronunciamento judicial em processo posterior, fixando o sentido e o alcance do ordenamento jurídico delineado precipuamente pelo poder legislativo (SANTOS, 2018, p. 118). Esse sistema de precedentes obrigatórios foi expressamente reconhecido com a edição do Código de Processo Civil de 2015, especificamente em seu art. 927, diante de um contexto em que se torna necessário assegurar a otimização do tempo e dos recursos materiais de que dispõem as Cortes judiciais no cenário atual de massificação de acesso à justiça

(MELLO, 2016, p. 3), o que igualmente se reflete no âmbito da saúde suplementar.

Devem ser destacados como valores e objetivos que justificam a adoção de um sistema de precedentes a necessidade de preservação de valores do Estado de direito, da unidade e do desenvolvimento do mesmo, sendo a sua finalidade orientar a vida social, limitar o poder do Estado, promover a racionalidade econômica, o fortalecimento institucional e a igualdade, evitando-se decisões “absolutamente contraditórias” em casos equivalentes, o que reforça a legitimidade da justiça (MARINONI, 2018, ps. 44/50). Podem ainda ser destacados três valores principais que justificam a adoção de um sistema de precedentes vinculantes: a isonomia, a eficiência e a segurança jurídica, diante de um quadro de sobrecarga e morosidade da justiça (BARROSO, 2016, p. 38).

A ideia de precedentes obrigatórios relaciona-se com o conceito de “*ratio decidendi*” abordado por Luhmann e tratado no primeiro capítulo deste trabalho. A coerência encontra-se destacada tanto no conceito de precedentes judiciais quanto pela necessidade apontada por Luhmann de se vincular as decisões presentes ao futuro, indicando as intenções jurídico-políticas dos tribunais superiores. Estes limites representados pela “*ratio*” traduzem a validade jurídica do sistema do direito e circunscrevem a atuação dos demais julgadores subordinados, formando a jurisprudência de natureza vinculante.

Desta forma, o conceito de precedente, em que se inserem os recursos especiais submetidos ao rito de julgamento de recursos repetitivos que serão analisados a seguir, se harmoniza com a descrição do “universo jurídico” da teoria dos sistemas, em que o sistema jurídico fechado operacionalmente define suas formas de interpretação por meio de decisões presentes que geram consequências a decisões futuras.

3.3.1 – Decisão no Tema Repetitivo nº 610

A tese fixada no acórdão julgado em 10 de agosto de 2016 determinou que “*na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002*”.

O caso concreto no recurso especial nº 1.360.969/RS tratou de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e pedido de repetição de indébito em que se discute a

definição do prazo prescricional para exercício de reconhecimento de abusividade de cláusula contratual, que previa reajuste de mensalidade em razão da mudança de faixa etária de consumidor idoso.

No voto vencido do relator, o Ministro Marco Buzzi destaca que a prescrição é um instituto que assegura segurança jurídica entre as partes contratantes ao estabilizar relações jurídicas pelo decurso do tempo. Ademais, o referido voto destaca que o seguro saúde enquadra-se como plano privado de assistência à saúde nos termos da Lei 9.656/98, e apesar de o prazo prescricional das pretensões voltadas a indenização securitária ser de um ano, deve ser destacada a natureza “*sui generis*” dos planos de saúde diante da dimensão social, tendo em vista que seu objeto contratual consiste na prestação de serviços voltados a garantir a preservação da saúde do usuário/segurado, cuja vulnerabilidade é nítida, extrapolando o mero pagamento de indenização securitária pelo implemento do risco contratado. Desta forma, diante da “considerável vulnerabilidade” do consumidor, definiu-se prazo prescricional diverso daquelas outras modalidades securitárias para a pretensão de revisão cláusula contratual de reajuste das mensalidades com a devolução dos valores irregularmente pagos.

No voto vencedor do Ministro Marco Aurélio Bellizze, destacou-se que o prazo prescricional a ser aplicado no presente caso é o trienal, considerando estar-se diante de situação de enriquecimento sem causa diante do reconhecimento de caráter abusivo da cláusula contratual, sendo objetivo central a proteção da vítima.

Ainda, em voto-vista, o Ministro João Otávio de Noronha destacou que a realidade social atualmente vivida é de estado deficitário das empresas administradoras de planos de saúde, cujo mau funcionamento pode prejudicar o consumidor direito, de modo que reconhecer a incidência de um prazo de prescrição decenal aumentaria o endividamento das mesmas, agravando a crise existente.

Pode ser destacado do julgado acima a prescrição como conceito jurídico, a segurança jurídica entre as partes, a natureza “*sui generis*” dos planos de saúde diante da dimensão social, bem como pode ser destacada a “realidade social atualmente vivida” pelas empresas administradoras de planos de saúde e seu estado deficitário.

3.3.2 – Decisão no Tema Repetitivo nº 952

A tese firmada neste julgamento em 14 de dezembro de 2016 foi de que “o reajuste

de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”

Houve o ajuizamento de ação de revisão de cláusulas contratuais e pedido de indenização por danos morais contra sociedade de assistência médica em que a parte consumidora alega a ocorrência de reajuste ilegal e abusivo que acabou por desequilibrar o contrato quando sua mensalidade foi majorada em 88% ao se alcançar a nova faixa de risco contratuais aos cinquenta e nove anos de idade.

No capítulo II, apontou-se que os planos de saúde privados são estruturados atuarialmente, ou seja, os cálculos dos preços exigidos dos beneficiários são realizados a partir de critérios técnicos que envolvem, por exemplo, sinistralidade, receita, custos, faixas etárias, comorbidades e taxa de utilização, de modo que a viabilidade do plano de saúde necessita que os riscos e os prêmios sejam cobrados corretamente.

O voto do Ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva ressaltou que a cláusula contratual que prevê aumento de mensalidade no plano de saúde conforme a variação de faixa etária encontra fundamento no mutualismo e nas regras atuariais de risco, contribuindo para a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Ponderou que os planos de saúde adotam um modelo de financiamento com base econômica mutualista, em que as despesas entre os beneficiários são diluídas em um fundo comum que tornam solvente o plano por meio de repartição simples. Apontou para a evidência de que os gastos com tratamento de pessoas idosas são em regra mais altos do que os gastos com pessoas mais jovens a ponto de o “risco assistencial” variar de forma significativa em função da idade do segurado. Assim, o fracionamento dos preços em faixas etárias permite que todos os segurados paguem valores compatíveis com os “perfis de utilização dos serviços médico-hospitalares” e que os planos possuam maior equilíbrio financeiro. O princípio da solidariedade intergeracional e a possibilidade de seleção adversa também foram ressaltados, sendo apontada a existência de subsídios cruzados (“*community rating*”), que permitem que os idosos tenham parte de suas despesas arcadas pelos demais e a possibilidade de que mensalidades demasiadamente caras afastassem segurados mais jovens.

As temáticas ressaltadas no julgado, como mutualismo, maior risco assistencial em função da idade, equilíbrio financeiro do plano, solidariedade intergeracional e seleção adversa, foram tratadas no capítulo II do presente trabalho. Pode ser acrescida ao julgado a ideia de que as operadoras de planos e seguros de saúde prestam atividade econômica com objetivo de lucro, em uma relação entre meios e resultados conforme o mutualismo, dispersando custos de eventos possíveis no grupo de beneficiários de modo a assegurar a liquidez e solvência do fundo gerido.

Observa-se, ainda, que o entendimento contido no tema nº 952 ressaltou a situação peculiar do fornecimento de serviços de saúde aos idosos, os quais, em regra, exigem mais contrapartidas, sendo reconhecida a necessidade de se assegurar o equilíbrio financeiro aos fornecedores por meio do mecanismo contratual de divisão por faixas etárias (ANDRIGHI e BIANCHI, 2021, p.12)

Como apontado no item II.II.II, os planos de saúde podem sofrer reajustes financeiros anuais, conforme índice divulgado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, e reajustes por variação de faixa etária restritos aos critérios contidos nos contratos e submetidos às regras da legislação consumerista e diretrizes da ANS. Desta forma, o julgado ressalta que os percentuais de revisão entre faixas etárias são de responsabilidade das operadoras, que devem basear-se em “estudos atuariais” e obedecer aos critérios da ANS quanto aos percentuais de reajuste a fim de prevenir a antisseletividade e assegurar a solidariedade intergeracional. Assim, a ANS tem o papel de acompanhar as práticas atuariais de formação de preços para prevenir abusos e desequilíbrio econômico-financeiro, o que reforça seu papel como agente regulatório.

O julgado estabeleceu, por fim, três parâmetros que devem ser observados em cada caso concreto e relacionados ao reajuste do plano de saúde por faixa etária: previsão em contrato; índices razoáveis e não aleatórios (justificados atuarialmente) e adequação às normas expedidas pelos órgãos de Estados. Evita-se assim, que a operadora de plano de saúde aumente lucros de forma predatória e que a boa-fé objetiva, a equidade e a proteção do idoso sejam violadas, especialmente se considerando a natureza da atividade econômica.

Ressalte-se que o entendimento anterior do STJ considerava ilegal reajustes motivados unicamente pela mudança de faixa etária do consumidor de planos de saúde. O novo entendimento, que restou consolidado a partir do julgamento de recurso especial

repetitivo, passou a considerar válido o reajuste por mudança de faixa etária desde que presentes os requisitos mencionados acima. A abusividade do reajuste por faixa etária passou a ser verificada em cada caso concreto, não havendo que se falar em uma ilegalidade apriorística como se previa anteriormente (ANDRIGHI e BIANCHI, 2021, p.12).

Dentre os diversos fundamentos utilizados no julgado, podem ser destacados a atuação da ANS como órgão regulador, a boa-fé objetiva, a equidade e a proteção jurídica ao idoso, o mutualismo e equilíbrio econômico-financeiro do contrato, além da solidariedade intergeracional.

3.3.3 – Decisão no Tema Repetitivo nº 989

O tema prevê que *“nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto”*, tendo o julgamento ocorrido em 22 de agosto de 2018.

O caso julgado é uma obrigação de fazer com o objetivo de manter o plano de saúde de natureza coletivo e empresarial nas mesmas condições de cobertura de assistência e valores da época em que vigorava o contrato de trabalho, sendo que o referido plano assistencial era custeado exclusivamente pelo empregador e o empregado arcava apenas com coparticipações pelos eventos de saúde.

A relatoria do presente julgado coube ao Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Dentre os fundamentos da decisão, podem ser destacados que a coparticipação do consumidor é um fator de moderação e não é considerada contribuição pela lei nº 9.656/98 ou pela resolução normativa nº 279/2011 da ANS, sendo esta apenas a contraprestação em forma de mensalidade independente do usufruto dos serviços. Ressaltou-se, ainda, que a assistência médica concedida pelo empregador não possui natureza salarial, mas vantagem de natureza preventiva e assistencial, conforme a Consolidação das Leis do Trabalho.

Destaca-se que o artigo 30 da lei nº 9.656/98 prevê que aquele consumidor que contribuir para o fornecimento de plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício

possui direito de manter a condição de beneficiário nas mesmas condições de cobertura original ao assumir o pagamento integral.

Diante da definição legal dos termos “coparticipação” e “contribuição”, atingiu-se a conclusão de que o ex-empregado não possui direito a permanecer nos planos de saúde coletivo exclusivamente custeados por seu ex-empregador enquanto o contrato de trabalho. Exceção a essa conclusão é a disposição contrária em contrato ou convenção coletiva de trabalho.

Destacam-se os fundamentos relacionados aos conceitos de “coparticipação” e “contribuição” e a análise de normas infraconstitucionais como resoluções normativas da ANS, a CLT e a lei nº 9.656/98.

3.3.4 – Decisão no Tema Repetitivo nº 990

O presente julgado consolidou, em 08 de novembro de 2018, o entendimento de que *“as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”*.

O consumidor beneficiário do plano de saúde ajuizou ação cominatória com antecipação de tutela visando autorização de custeio por parte da operadora de medicamento para tratamento de patologia que não era nacionalizado nem registrado pela Agência de Vigilância Sanitária.

O relator foi o Ministro Moura Ribeiro, que ressaltou que a lei nº 9.656/98 excepciona a obrigação no fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados bem como informou que outras legislações de natureza sanitária, como a lei nº 6360/76 e a lei nº 6.437/76, preveem a obrigatoriedade do registro da medicação antes de seu consumo. Foi ponderado que é reconhecida jurisprudencialmente a obrigação de compelir o fornecimento de medicamentos para pessoas vulneráveis por parte do Estado e também por parte das operadoras de planos de saúde. Contudo, o fornecimento de medicamentos não nacionalizados está fora das exigências mínimas de cobertura assistencial cuja definição é de competência da ANS, que disciplina essa exclusão na resolução normativa nº 428/2017. É ressaltado, ainda, que é atribuição da ANVISA o controle, uso racional e seguro de medicamentos e os submetendo às suas normas sanitárias, com o objetivo de assegurar a proteção da saúde pública, sendo infração sanitária a importação de medicamentos sem prévio registro.

O julgado afirma que a imposição às operadoras de ato tipificado como infração de natureza sanitária implica em vulneração do princípio da legalidade e representa ato contrário à saúde pública, sendo dever do Estado atestar a segurança e eficácia de medicamentos. Ressalta, ainda, que o judiciário não é competente para criar norma distinta daquela prevista pelo legislador. Conclui, deste modo, que a exclusão dessa obrigação é lícita.

Devem ser destacados os fundamentos relacionados ao princípio da legalidade, às normas infraconstitucionais, ao dever constitucional do Estado em assegurar a saúde pública e à licitude da exclusão da referida obrigação que recairia sobre as operadoras de plano de saúde.

3.3.5 – Decisão no Tema Repetitivo nº 1032

Firmou-se em 09 de dezembro de 2020 o entendimento de que *"nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro"*.

Foi ajuizada, no tribunal de origem, ação de obrigação de fazer e declaração de nulidade contratual em desfavor de operadora de plano de saúde com o objetivo de obrigar o custeio de internação psiquiátrica além do prazo previsto em contrato de trinta dias sem cobrança por custo adicional.

O Ministro Marcos Buzzi restringiu o foco da análise à interpretação da legislação consumerista perante os contratos firmados entre operadoras e consumidores, ressaltando tratar-se de relação contratual submetida a contratos de adesão que visam salvaguardar o bem jurídico da vida com saúde e a dignidade da pessoa humana que, idealmente, deveria ser prestado pelo Estado de modo universal e pela iniciativa privada em caráter complementar. A iniciativa privada, diversamente do que ocorre com o poder público, obriga-se nos termos da legislação de regência e do contrato firmado entre as partes, que definem a cobertura contratual e as limitações e restrições de direitos. Dentre essas previsões contratuais possíveis está a fixação de franquia, de limites financeiros e previsão de percentual de coparticipação.

Diante da importância da natureza do procedimento requerido, que envolve a

internação psiquiátrica, o relator reitera que a ANS regulamentou a questão por meio de atos normativos reguladores, como a resolução normativa nº 428/2017, possibilitando a utilização de mecanismos financeiros de regulação e possibilitando a coparticipação quando o prazo de internação for superior a trinta dias.

Após a ressalva de que não se trata de limitação do tempo de internação, a conclusão alcançada foi de que, diante dos ditames legais e regulamentares da questão jurídica, não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e devidamente informada ao consumidor que respeite a limitação prevista pelo órgão regulador, assegurando a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato.

Os fundamentos a serem destacados no presente julgado são a liberdade contratual, as normas federais e atos regulamentares expedidos pela ANS e sua compatibilidade com o Código de Defesa do Consumidor, especialmente no tocante ao conceito jurídico de “abusividade” de cláusulas contratuais.

3.3.6 – Decisão no Tema Repetitivo nº 1034

No julgamento do tema nº 1034, ocorrido em 09 de dezembro de 2020, foram elaboradas três teses jurídicas: *"eventuais mudanças de operadora, de modelo de prestação de serviço, de forma de custeio e de valores de contribuição não implicam interrupção da contagem do prazo de 10 (dez) anos previsto no art. 31 da Lei n. 9.656/1998, devendo haver a soma dos períodos contributivos para fins de cálculo da manutenção proporcional ou indeterminada do trabalhador aposentado no plano coletivo empresarial"* ; *"o art. 31 da lei n. 9.656/1998 impõe que ativos e inativos sejam inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial e de prestação de serviço, o que inclui, para todo o universo de beneficiários, a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos, cabendo ao inativo o custeio integral, cujo valor pode ser obtido com a soma de sua cota-parte com a parcela que, quanto aos ativos, é proporcionalmente suportada pelo empregador"* e *"o ex-empregado aposentado, preenchidos os requisitos do art. 31 da Lei n. 9.656/1998, não tem direito adquirido de se manter no mesmo plano privado de assistência à saúde vigente na época da aposentadoria, podendo haver a substituição da operadora e a alteração do modelo de prestação de serviços, da forma de custeio e os respectivos valores, desde que mantida*

paridade com o modelo dos trabalhadores ativos e facultada a portabilidade de carências”.

No caso concreto, foi proposta obrigação de fazer com o objetivo de manter o consumidor no mesmo plano de assistência médica destinado aos empregados ativos.

O Ministro Antônio Carlos Ferreira iniciou a fundamentação de seu voto afirmando que o art. 31 da lei nº 9656/98 assegura ao ex-empregado que contribuir por menos dez anos para o plano de saúde oferecido pelo ex-empregador o direito de permanecer como beneficiário por prazo conforme a proporção de um ano por ano de contribuição, bem como o direito de permanecer por tempo indeterminado a quem tiver contribuído por período de pelo menos dez anos. Esse decênio poderá incluir mudanças ocorridas no plano de saúde inclusive conforme previsto na Resolução Normativa nº 279/11, pois ajustes são necessários visando o equilíbrio econômico do plano assistencial diante do “cenário econômico”.

O voto prossegue afirmando que a disposição legal acerca do decênio exigido possui como objetivo “preservar o equilíbrio atuarial do plano”, cujo cálculo é de responsabilidade da operadora e que a proteção das operadoras é assegurada por meio do mutualismo resultante das contribuições efetuadas pelos beneficiários ativos e inativos. Esse mutualismo busca um “superávit” e resulta no não comprometimento da viabilidade econômico-financeiro do plano de saúde, de forma que deve ser adotada tabela de contribuição por faixa etária de todos os envolvidos, sejam ativos ou inativos.

A previsão contida na resolução normativa nº 279/11 da ANS, que autoriza a constituição de plano de saúde específico para os inativos com valores superiores aos desembolsados pelos empregados em atividade foi considerada pelo julgado como contrária à norma do art. 31 da lei nº 9656/98, visto que o referido dispositivo exige a inserção em modelo único de plano de saúde com as mesmas condições assistenciais e paridade na forma e valor de custeio, devendo os inativos recolherem a integralidade da contraprestação.

Por fim, a hipótese de que o ex-empregado teria direito adquirido ao mesmo modelo assistencial e de custeio que usufruía enquanto era empregado em atividade foi afastada diante da possibilidade de alteração posterior da operadora e do modelo de prestação de serviços, forma de custeio e valores de contraprestação. Foi destacada essa possibilidade de alteração como “mecanismo essencial para manter a viabilidade do plano,

sobretudo diante das incertezas econômicas e do mercado”, das condições do empregador e da possibilidade de alteração dos parâmetros atuariais, como um aumento substancial da sinistralidade. As alterações do modelo de prestação de serviços se destinam a manter o plano em funcionamento, de modo que devem ser estendidas tanto a ativos quanto a inativos e mantida a paridade.

O voto-vista proferido pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira destaca a necessidade de se observarem as “consequências práticas e jurídicas que poderão advir do precedente”. Ressalvou seu entendimento pessoal de que a ANS possui a prerrogativa de facultar ao ex-empregado a manutenção de plano de saúde ativo e outro para inativos, com o intuito inclusive de evitar o “subsídio cruzado” e a “seleção adversa”. Ou seja, não seria obrigatório que os empregados ativos e o empregador subsidiassem as despesas dos inativos.

O voto proferido pela Ministra Nancy destaca que não cabe a ANS expedir resoluções em contrariedade à lei dos planos de saúde, possibilitando a criação de uma “segunda opção que tende a abolir esse direito” o que, diante da realidade do alto custo dos planos de saúde individuais e familiares, inacessíveis a considerável parcela da população, acabaria por “chancelar o descarte do idoso” ao forçá-lo a resilir o contrato diante de altos custos. Ressaltou, ainda, que a solidariedade intergeracional implica na manutenção daquele que contribuiu por anos quando era mais novo a suportar os custos gerados pelos mais velhos, sendo justa sua expectativa a se manter vinculado ao plano quando desligado da relação trabalhista.

No presente julgado, há fundamentos relacionados à competência da ANS vinculada às leis federais, aos conceitos de paridade entre ativos e inativos diante da dicção legal e de direito adquirido, à solidariedade intergeracional e aos direitos do idoso. Ademais, ressaltam-se a possibilidade de alteração de operadora e do modelo de prestação de serviços, a forma de custeio e valores de contraprestação diante das peculiaridades do mercado e das incertezas econômicas, o equilíbrio econômico do plano assistencial e conceitos como subsídio cruzado, seleção adversa, sinistralidade e a alteração dos parâmetros atuariais.

3.4 – Outros julgados importantes

3.4.1 – Rol da ANS - RESP 1733013 e atendimento fora da rede credenciada – EARESP 1459849

Até recentemente, ambas as turmas de direito privado do STJ possuíam o entendimento de que o rol da ANS que previa os eventos e procedimentos era meramente exemplificativo. A lei nº 9.961/00, ao definir em seu artigo 4º a competência da em *“elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades”* não determina expressamente a natureza do rol, ou seja, não afirma se o mesmo serve apenas de referência ou se o mesmo prevê de modo exaustivo todos os procedimentos de cobertura contratual básica.

Em 10/12/2019, um julgamento alterou sensivelmente um tema até então decidido de modo reiterado por ambas as turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

Foi ajuizada ação pela parte consumidora com o objetivo de que seu plano de saúde contratado fosse compelido a fornecer os procedimentos médicos em acordo com a prescrição médica, a fim de impedir o agravamento de seu estado de saúde, mesmo que estes não constassem no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, considerando que a empresa liberou extrajudicialmente apenas um procedimento contido no rol que era diverso dos prescritos por orientação médica.

O relator, considerando que haveria objeto ainda não abordado devidamente pela jurisprudência do STJ e que o tema era relevante, oportunizou a participação de várias entidades com representatividade adequada. Dentre as manifestações dos *“amici curiae”*, destaca-se a da agência reguladora, que opinou no sentido de que a tese que defende o caráter exemplificativo do rol de procedimentos põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, gera-se risco à segurança jurídica, bem como ser possível deduzir que foi opção do legislador a atribuição dessa tarefa normativa e regulatória à ANS e que é importante perceber que considerar o rol elaborado pela ANS como meramente sugestivo, ou exemplificativo, poderia esvaziar sobremaneira

a própria regulação estatal.

O Ministro Luis Felipe Salomão pontuou que, até então, prevaleceria no STJ o entendimento de que o rol de procedimentos e eventos em saúde obrigatórios da ANS seria meramente exemplificativo, mas que haveria dispersão da jurisprudência, sendo necessária uma nova análise a fim de assegurar-se segurança jurídica.

O relator, analisando os direitos envolvidos, aponta de um lado o direito humano fundamental à saúde, assegurado pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor, pelas Leis nº 6.656/1998, nº 9.961/2000 e atos regulamentares da ANS e Conselho de Saúde Suplementar. De outro, reafirma que a viabilidade de atividades de assistência de saúde envolve custos elevados, que acabarão sendo suportados pelos consumidores dos serviços de saúde suplementar e que podem repercutir de modo a agravar a situação financeira das operadoras de planos de saúde, devendo ser assegurada uma operação econômica equilibrada pela utilidade do contrato. Pontuou, ainda, que o modelo de assistência à saúde adotado no Brasil é o de prestação compartilhada entre o Poder Público e as instituições privadas, sendo pressuposta uma “deficiência crônica” do setor público e uma grande importância do sistema suplementar.

Especificamente no tocante à legislação envolvida no presente caso, o julgado menciona que é competência da ANS, conforme a Lei nº 9.656/98, “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde”, sendo clara a opção do legislador em atribuir à agência reguladora a elaboração do referido rol, que servirá como referência básica para a prestação do atendimento de saúde suplementar, garantindo a prevenção, diagnóstico, tratamento, recuperação e reabilitação de todas as enfermidades que compõe a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde.

Deste modo, a ANS “formula políticas incluindo tratamentos obrigatórios para os diversos tipos de produtos básicos, de modo a corrigir os desvios que a evolução da ciência médica acaba trazendo para as operadoras que exploram os planos e seguros privados de assistência à saúde”. Seu principal objetivo seria assegurar um rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde ao consumidor da camada mais “ampla e vulnerável” com preços acessíveis, no bojo de uma relação contratual que vise a harmonia das relações de consumo e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. O

rol permitiria uma “previsibilidade econômica” para a precificação de planos e seguros de saúde.

Para o ministro relator, a interpretação do conceito legal de “rol mínimo” levaria à conclusão de que este não é meramente exemplificativo, sob pena de se violar a livre concorrência e se padronizar todos os planos de saúde, obrigando-os ao fornecimento de qualquer tratamento prescrito diante da impossibilidade de vedação do tipo de terapia indicada por profissional médico. A função do rol seria determinar um plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas mais abrangentes.

A natureza mutualista e securitária dos planos de saúde privados também foi ressaltada, no sentido de que estes são submetidos a precificação e cálculos atuariais, socializando o risco entre os usuários e devendo se evitar a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. O relator apontou também a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que introduziu a obrigação do julgador de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico e no mundo fático e que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

A conclusão do julgado acabou por analisar que, no caso concreto, o plano de saúde teria agido no exercício regular de seu direito, pois ofereceu procedimento para tratamento da consumidora, constante no rol da ANS, apesar da negativa de custeio dos tratamentos indicados pelo médico da paciente.

Dentre os fundamentos destacados estão a preservação do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos de saúde, os custos elevados dos serviços de saúde, a previsibilidade econômica na precificação dos planos, cálculos atuariais, a defesa da livre concorrência, a natureza mutualista dos planos de saúde, o risco à segurança jurídica, a função social do contrato, o respeito às normas contidas na Constituição Federal de 1988, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, leis nº 6.656/98 e 9.961/00 e aos atos expedidos de competência da ANS.

3.4.2 - Atendimento fora da rede credenciada – EARESP 1459849

No julgamento dos embargos de divergência em agravo em recurso especial nº 1459849, discutiu-se se a operadora de plano de saúde é obrigada a reembolsar as despesas médico-hospitalares relativas a procedimento cirúrgico realizado em hospital não integrante da rede credenciada.

Importante salientar que, atualmente, a matéria está sendo discutida pela Segunda Seção do STJ, não tendo sido o julgamento concluído.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze foi o relator e destacou que há divergência sobre o assunto entre as turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça.

Até então, a terceira turma entendia que o reembolso do beneficiário por despesas ocorridas fora da rede credenciada pela operadora de plano de saúde deve ser assegurado em homenagem a boa-fé e proteção da confiança nas relações privadas. Ademais, afirma que o equilíbrio atuarial das operadoras não é afetado, pois o custo é aquele diretamente relacionado com os produtos à disposição do beneficiário na rede credenciada, devendo ser respeitada sua preferência.

De outro lado, a quarta turma entendia que o reembolso das despesas efetuadas pelo usuário fora da rede conveniada do plano de saúde somente pode ser admitido em casos excepcionais, como a situação de urgência e emergência.

O relator aponta que o contrato de assistência à saúde propicia a cobertura de custos de tratamento médico perante “profissionais, rede de hospitais e laboratórios próprios ou credenciados” mediante o pagamento de um preço. Essa estipulação contratual é inerente ao contrato e não é abusiva. A vulnerabilidade do consumidor não importa em aceitar exageros, cabendo ao poder judiciário coibir aqueles que importem em “ônus insuportável à operadoras dos planos” sem descuidar da garantia dos direitos. A dimensão da rede credenciada importa no valor da contraprestação a ser assumida pelo beneficiário e aderente.

O artigo 12, inciso VI da lei nº 9656/98 prevê uma ressalva à lógica do atendimento vinculado à rede credenciada nos limites do contrato é feita para os atendimentos de urgência e emergência, em que o beneficiário poderá utilizar serviços médicos não credenciados e a operadora será compelida a arcar com as despesas nas condições e limites dos preços praticados pelo produto no contrato firmado. Tratar-se-ia de uma garantia mínima conferida ao contratante a ser observada inclusive no plano-referência de cobertura básica.

Neste julgamento, podem ser destacados como fundamentos relevantes os conceitos de boa-fé objetiva e confiança contratual, a necessidade de observação do equilíbrio atuarial, a vulnerabilidade do consumidor e os limites de contratação diante dos ditames da lei dos planos de saúde.

3.5 – STJ e a saúde suplementar: entre o solipsismo e a abertura cognitiva

A saúde como um direito e bem escasso está presente na teoria dos sistemas e as malhas de comunicações de um sistema da saúde interagem com significados próprios ao direito e à economia.

Após a localização do Superior Tribunal de Justiça na teoria dos sistemas e exposição do resumo e dos principais fundamentos dos julgados que servem a este trabalho, é possível fazer uma análise acerca de decisões tomadas na área de saúde suplementar.

Na teoria dos sistemas, os fundamentos próprios ao sistema do direito são aqueles relacionados com a administração da justiça enquanto fórmula de contingência e com a jurisprudência que opera por meio do código “lícito/ilícito” e de um esquema de observação sobre a produção legislativa do Estado.

Os fundamentos de origem no sistema da economia são aqueles próprios das operações econômicas realizadas diante do código binário “propriedade/não propriedade” ou “pagamento/não pagamento”, que envolvem principalmente os conceitos de dinheiro, necessidade e escassez. Destacam-se ainda outros conceitos econômicos correlatos, como prejuízo, crise, equilíbrio financeiro, cálculos atuariais e mutualismo.

Como visto no item I.II.V, os acoplamentos estruturais possuem o papel de evitar a corrupção entre os sistemas, filtrando as influências que surgem do ambiente. Na análise dos julgados, destaca-se a juridificação do contrato dentre os acoplamentos que ocorrem entre os sistemas da economia e do direito. Isso porque a relação que se estabelece entre as operadoras de planos de saúde e beneficiários, como visto no item II.II.I, é essencialmente econômica e jurídica e se exterioriza na figura do contrato de prestação de serviços.

O contrato coloca em perspectiva a figura da propriedade como uma operação econômica que irrita o sistema jurídico e uma operação jurídica que irrita o sistema econômico, sendo responsável por realizar pagamentos em relações interpessoais de lucro e por servir de objeto para a tomada de decisões judiciais.

Especificamente no julgamento do tema nº 610, verifica-se que as especificidades desse contrato específico denominado plano de saúde são ressaltadas. Essa relação, que para a teoria dos sistemas institucionaliza a liberdade individual, é apontada como

peculiar ao objetivar garantir a preservação de bens jurídicos de alta importância para o ordenamento jurídico, que são a saúde e a vida. Essa importância da saúde como um patrimônio jurídico, que transcende o ponto de vista meramente individual, corrobora com a noção de que se trata de um direito coletivo e cuja regulamentação, portanto, afeta a todos, que foi trabalhado no item II.I.III.

Neste mesmo julgamento, pode ser apontado que o STJ considerou a vulnerabilidade técnica e jurídica dos aderentes aos contratos de saúde, que são os beneficiários ou consumidores dos serviços. Se, para Luhmann, o acoplamento entre o direito e a economia encontra sua forma moderna “perfeita” ao traduzir a coincidência da vontade declarada dos contratantes, o STJ identifica a necessidade de uma atuação judicial que assegure no plano prático a proteção pretendida pela legislação no plano abstrato, intervindo para que essa coincidência de vontades realmente ocorra.

Enquanto regente da vontade privada, o contrato condiciona os demais sistemas ao sistema econômico. Contudo, a partir da definição dos efeitos jurídicos decorrentes do contrato, é o sistema jurídico que passa a condicionar os demais. A partir dessa perspectiva sistêmica, pode-se afirmar a importância dos precedentes judiciais no tocante à regulamentação das relações contratuais atinentes ao direito à saúde.

Com relação aos conceitos eminentemente jurídicos decorrentes de uma análise conjunta dos julgados tratados no presente capítulo, deve ser destacada a aplicação de conceitos próprios do sistema do direito, que são resultado de operações internas e que estão em conformidade com o código binário “lícito/ilícito”, tais como: a segurança jurídica (tema nº 610 e RESP 1733013), os conceitos legais de “coparticipação” e “contribuição” (tema nº 989), a boa-fé objetiva, a equidade e paridade (EARESP 1459849 e temas de nº 952 e 1034) a proteção jurídica ao idoso (temas de nº 952 e 1034), a competência legiferante da ANS diante da abusividade de cláusulas contratuais (temas de nº 1032 e 1034 e RESP 1733013) e o princípio da legalidade e o conceito de licitude (EARESP 1459849, RESP 1733013 e tema nº 990).

A ideia de segurança jurídica representada pelo instituto da prescrição no tema nº 610 é inerente à estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo. A teoria dos sistemas aponta como função do sistema do direito a estabilização de expectativas normativas (item I.II.II), que gera, ao final de suas operações, segurança ao solucionar conflitos ao longo do tempo. Assim, o precedente do STJ no tocante ao reconhecimento

de institutos jurídicos que asseguram a estabilidade de relações ao longo do tempo traduz ideia que também está presente da teoria dos sistemas.

As normas jurídicas são, como já mencionado no item I.II.II, um “arcabouço de expectativas simbolicamente generalizada”. A partir dessa relação entre expectativas e as normas jurídicas, tem-se que a análise dos julgados aponta para uma constatação natural, que é a deferência dos precedentes do STJ com relação à legislação, incluindo-se atos normativos expedidos por órgãos reguladores.

A legislação na teoria dos sistemas representa os mecanismos de validade em que o código binário do direito irá operar. Ela fornece material para a construção de um esquema de observação do conceito da justiça e compõe um “círculo cibernético” (item I.II.IV) juntamente com a jurisdição a partir de observações de segunda ordem. Essa descrição da relação entre a jurisprudência e a legislação própria da teoria dos sistemas aparece nos precedentes do STJ.

No tema nº 610, conceitos como a reparação de danos e o enriquecimento ilícito, que decorrem do Código Civil, foram utilizados para se definir qual prazo prescricional seria aplicada no requerimento de anulação de cláusula contida em contrato de plano de saúde.

No tema nº 989, a conclusão de que o ex-empregado não possui direito de permanência em seu antigo plano de saúde coletivo resultou da análise dos conceitos legais de “coparticipação” e “contribuição”, conforme a Consolidação das Lei do Trabalho, a lei nº 9.656/98 e resoluções normativas.

No tema nº 952, os princípios da boa-fé objetiva e da equidade, contidos em normas processuais e no Código de Defesa do Consumidor, e o tratamento dispensado ao idoso a partir da lei nº 10741/03 serviram como fundamento para estabelecer as condições de licitude no reajuste de mensalidade dos planos individual e familiar pelo critério de mudança de faixa etária. O mesmo ocorreu com relação ao EARESP 1459849, em que estes princípios são apontados como presentes nas relações contratuais, mas insuficientes para impor um ônus não previsto em contrato conforme previsto na legislação.

O tema nº 1032, para concluir que não há abusividade em cláusula contratual que prevê coparticipação decorrente de internação psiquiátrica por período superior a 30 dias, partiu dos conceitos jurídicos contidos no CDC e dos atos normativos expedidos pela ANS.

No julgamento do RESP 1733013, é ponderada a natureza dos direitos envolvidos em sua relação com a legislação, fazendo-se menção a normas como o CDC, regulamentos da ANS, o Código Civil e a Constituição Federal.

A legislação aparece como fundamento de decisão também no tema nº 1034, em que se utilizaram conceitos de “paridade” e direito adquirido decorrentes do Estatuto do Idoso e do CDC.

Por fim, cabe destacar que o tema nº 990 fala expressamente em “licitude da exclusão” do fornecimento de medicamentos por parte das operadoras de saúde com base no princípio da legalidade e nas leis nº 9.656/98, nº 6360/76 e nº 6.437/76. Note-se que o princípio da legalidade é expressamente destacado, bem como a menção à “licitude”, que reporta justamente ao código binário do sistema jurídico.

Como esperado, a legislação e os conceitos jurídicos nela contidos, que representam mecanismos para o estabelecimento de validade jurídica e posteriormente elementos que auxiliam nas operações binárias que definem o “lícito/ilícito”, aparecem em todos os precedentes judiciais do STJ analisados no presente trabalho, o que reforça a relação “cibernética” apontada por Luhmann entre a jurisprudência e a legislação, em que o argumento não basta para alterar o direito vigente, e apontam para a qualidade dos textos jurídicos de representar uma versão “auto-observada” e simplificada do sistema do direito (item I.II.IV).

Finalmente, deve ser destacado na análise dos precedentes, que a atuação da ANS é bastante respeitada pelo STJ. Enquanto agente responsável por editar atos que regulem atividades desenvolvidas na assistência suplementar de saúde, há referências expressas à competência da ANS e a utilização de seus atos como fundamento de decisões nos temas de nº 952, 990, 1032 e 1034 e RESP 1733013. Importante salientar que, no tema nº 1034, a resolução normativa nº 279/11 da ANS foi considerada contrária ao conteúdo legal do art. 31 da lei nº 9656/98, o que não retira o reconhecimento da autoridade legal da ANS em regular o sistema de saúde complementar dentro dos limites estabelecidos por lei.

Com relação aos fundamentos econômicos, assim classificados aqueles conceitos inerentes à ideia de precificação (item I.II.IV), liberdade contratual (item I.III) e necessidades (item I.II.IV), correlacionados ao código “propriedade/não propriedade”, podemos destacar nos julgados analisados: o cenário de crise e de incerteza econômica do setor de saúde suplementar (temas nº 610 e 1034 e RESP 1733013), o mutualismo e

equilíbrio econômico-financeiro (EARESP 1459849, RESP 1733013 e temas de nº 952, 1032 e 1034), a solidariedade intergeracional (temas de nº 952 e 1034), os modelos de prestação de serviço (tema nº 1034), os cálculos atuariais (tema nº 1034 e RESP 1733013), previsibilidade econômica na precificação dos planos e defesa da livre concorrência (RESP 1733013).

O mutualismo enquanto vinculação entre as prestações e contraprestações havidas no contexto dos contratos de planos de saúde, a solidariedade intergeracional como relação de subsídio entre os beneficiários mais velhos e os mais jovens, o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras enquanto necessidade de que os gastos impostos sejam previstos em contrato e a forma atuarial dos pagamentos como forma de cálculo que observe critérios técnicos e informações estimativas de riscos são todos elementos vinculados a noção de preço de serviços e, em última análise, à noção de dinheiro como instrumento monetário que auxilia as operações internas ao sistema da economia. Isso porque os preços são a autodescrição do sistema econômico e manifestam a ideia do dinheiro, símbolo que representa a comunicação do sistema da economia ao intermediar os processos de troca, conforme entendimento de Luhmann já visto no item I.II.IV.

O STJ, ao julgar o tema nº 952, aponta para a estrutura atuarial dos contratos de planos de saúde, de modo que os mesmos são precificados a partir de vários critérios técnicos que influenciam na viabilidade do mesmo. Assim, qualquer variação de preços, inclusive com base na faixa etária, deve se submeter a estes critérios atuariais e pressupor uma base econômica mutualista. Ao se firmar o tema nº 1034, O STJ ressaltou novamente a necessidade de preservação do “equilíbrio atuarial do plano”, sendo o mutualismo uma forma de proteção das operadoras afim de evitar a viabilidade econômico-financeiro dos planos de saúde. No mesmo julgado é defendida a possibilidade de mudança nos modelos de prestação de serviço por parte das operadoras exatamente com a finalidade de manter o plano viável ao longo do tempo. Já no julgamento do tema nº 1032, o STJ expõe a preocupação “primária e fundamental” com os aspectos econômico-financeiros das operadoras ao entender como legal cláusula contratual que imponha coparticipação para casos de internação prolongada no tratamento psiquiátrico. No EARESP 1459849, defendeu-se que custos sem previsão contratual impõem um “ônus insuportável” às operadoras, devendo ser observado que a dimensão da rede credenciada repercute no valor da contraprestação do contrato, ou seja, no preço do mesmo.

Percebe-se que o STJ, ao utilizar conceitos de natureza econômica no estabelecimento dos precedentes acima, analisa o contrato como o poder conferido à vontade privada, ou seja, como uma relação anterior à definição judicial de seus efeitos. Observa-se também que são levados em consideração pelo STJ o movimento de precificação correto dos serviços disponibilizados e a necessidade de proteção da busca por lucros, que são operações internas ao sistema da economia e descritos na teoria de Luhmann.

Nos julgados, encontra-se a ideia da teoria dos sistemas de que o contrato é uma operação econômica que provoca irritações no sistema jurídico. Observa-se, ainda, o processo de abstração dos interesses econômicos que passam a ser considerados como interesses protegidos juridicamente, fenômeno descrito por Luhmann como decorrente de “estados de recepção e transmissão” (item I.III).

Nos precedentes analisados, há menções pontuais a ideia de “mercado” conforme retratado pelo sistema da economia (temas nº 610, 952, 990, 1032 e 1034) em que se descrevem situações de competição, entre produtores econômicos, e de consumo, entre fornecedores e consumidores. Nesse ponto, podem ser destacadas às menções expressas aos cenários de crise e de incertezas econômicas do setor de saúde suplementar encontradas nos temas de nº 610 e 1034.

Conforme visto no item I.II.VI deste trabalho, a teoria dos sistemas entende que a economia é um mecanismo que torna estável a provisão de bens e serviços a partir da noção de escassez. Essa definição pode percebida em parte dos precedentes analisados, em que se verifica deferência do STJ à forma essencialmente econômica com que os preços são estabelecidos e ao mutualismo que regula as relações entre as partes com base em cálculos atuariais de modo a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde.

Da análise de todos os precedentes, pode-se chegar a três constatações. A primeira é que se observa que a jurisprudência do STJ encontra-se em conformidade com às operações internas do sistema do direito conforme descritas pela teoria dos sistemas. A segunda é que o tribunal também se utiliza, ainda que de maneira parcial, de conceitos decorrentes do sistema da economia. A escassez como fórmula de contingência do sistema da economia é verificada ao se perceber que a preservação da função da saúde demanda dinheiro. Já a justiça como fórmula de contingência do sistema do direito pode ser

verificada diante da necessidade declarada pelo Estado em implementá-la ao proferir decisões judiciais. Ambas as fórmulas de contingência são identificadas na análise da jurisprudência do STJ.

A terceira constatação é que, no tocante ao setor de saúde suplementar, pode ser identificado o acoplamento estrutural denominado juridificação do contrato de plano de saúde entre os sistemas do direito e da economia. Se por um lado, o STJ reconhece a economicidade da relação contratual firmada com base na autonomia da vontade sob a ótica da transação, por outro exige que esta mesma relação obedeça a sua forma interna de validade jurídica. Daí se entende a presença de fundamentos decisórios que se baseiam em conceitos derivados da legislação e visam estabilizar expectativas normativas e outros que se baseiam em conceitos econômicos e externam a importância de estabilização da provisão de bens e serviços.

Ainda, sendo feita uma análise condicional dos precedentes a serem firmados em um futuro próximo, os cinco temas afetados para julgamento (item III.II), comportam análise própria às operações internas do sistema do direito e da economia. Vislumbra-se a possibilidade concreta de serem utilizados como fundamentos, por exemplo, a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos de saúde diante de questões como a possibilidade de se impedir o reajuste por faixa etária (tema nº 1016), a eventual impossibilidade de se resilir unilateralmente contratos coletivos em que o grupo de beneficiários é vulnerável quanto as condições de negociação (tema nº 1047) ou em que o beneficiário encontra-se acometido de doença grave (tema nº 1082) e diante da imposição de custos não previstos em contrato como no caso de cirurgias plásticas (tema nº 1069) e de fertilização “*in vitro*” (tema nº 1067).

Pode ser afirmado que, no universo dos julgados analisados perante o STJ, o sistema do direito aqui representado não se encontra isolado nem corrompido pelos demais sistemas.

Mesmo que se tenha observado que o mesmo opera de forma fechada a partir de suas operações internas com base no código “lícito/ilícito”, observou-se também que o sistema do direito reage com relação ao seu entorno por meio de significados externos e a partir de irritações específicas, firmando acoplamentos estruturais com o ambiente como é o caso do sistema da economia. Portanto, nos limites do presente estudo, verifica-se que o sistema do direito se apresenta como um sistema autopoietico, fechado

operacionalmente e que se encontra aberto cognitivamente a conceitos próprios dos outros sistemas como o econômico, de modo que não se verifica um “solipsismo jurídico”.

CONCLUSÃO

A saúde pode ser analisada a partir dos pressupostos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. O sistema é um instrumento de planejamento ou de modelação de instituições sociais, estando a teoria dos sistemas focada em macroestruturas a partir de uma base sociológica, científica e positivista. Como ciência sociológica dotada de autonomia, a teoria dos sistemas busca delimitar as capacidades do ser humano aprender e compreender seu ambiente e se relaciona com o movimento iluminista ao pretender jogar luz em uma realidade que se apresenta “turva”. Nesse ponto, a sociologia e o iluminismo compartilham um mesmo “rasgo iluminista fundamental”.

A noção de sistema se confunde com a noção de ação que emerge da realidade. A partir de um funcionalismo estrutural, “ação é sistema”, e o sistema como teoria age por meio de regras metodológicas que interpretam a formação social em diversos aspectos como complexos de ação.

A ideia central de sistema decorre da diferenciação do interior e do exterior, sendo a sociedade formada por múltiplas ações e organizada a partir de comunicações estruturadas em forma de uma “supercoordenação” que está em constante mutação. A comunicação é, para Luhmann, a teoria de conhecimento mais eficaz ao centrar sua análise na sociedade, que é integrada pela moralidade, normas, símbolos e valores e só é possível como um sistema. A comunicação indissociável da sociedade é determinada historicamente, ou seja, em uma linha temporal. Se é verdade que fora da sociedade não há comunicação, a operação responsável por produzir o sistema é a própria comunicação. Sendo a ação o sistema e a comunicação a operação que cria o sistema, Luhmann adota a teoria denominada discurso-ação, em que a comunicação decompõe-se em informação, enunciado e entendimento, sendo limitada por um “horizonte de expectativas”.

O sistema proposto por Luhmann possui como características ser aberto cognitivamente, fechado operacionalmente, possuir um código binário, produzir acoplamentos estruturais e ser autopoietico.

O sistema é aberto no sentido em que é viável a troca de informações entre seu interior e ambiente enquanto ocorre uma operação de comunicação intencional em que dois lados distintos constituem uma unidade conhecida como “forma”. Assim, enquanto esse sistema observa suas conexões por meio de autorreflexão e heterorreflexão e se estabelece uma estrutura circular que se reproduz, ele está aberto cognitivamente às

interações entre os lados de sua forma.

O fechamento operacional está ligado ao meio de operações do sistema, que ocorrem no lado interno da forma e que permitem a sua reprodução. Esse fechamento possui um caráter semântico, de modo que não pode ser considerado isolado dos demais apesar de operar de forma fechada.

Cada sistema possui ainda uma unidade que o diferencia dos demais e que produz a comunicação sistêmica. Essa unidade corresponde a um código binário que responde às comunicações do sistema de forma positiva ou negativa.

Cada sistema é incapaz de transpor as barreiras entre o interior e o ambiente por meio de suas próprias operações internas. Surgem, contudo, irritações semânticas quando o interior reage com relação a seu entorno diante de condições específicas. Essas irritações são denominadas acoplamentos estruturais, que canalizam causalidades de maneira seletiva e integram o sistema e o entorno sem interferir no fechamento do sistema nem em sua autorreprodução. A autonomia do sistema e os acoplamentos se desenvolvem conjuntamente. Desse modo, a sociedade em geral adquire complexidade por meio de acoplamentos estruturais que geram uma norma forma de interação entre os sistemas sociais.

A autopoiese do sistema corresponde ao estado presente que servirá de base para que as operações de um sistema ocorram. Em outras palavras, aquele o trabalho que é resultado de seu próprio trabalho, é chamado de autopoietico. Essa autopoiese pressupõe a capacidade de o sistema produzir a si mesma ao se auto-organizar. As operações contínuas e as estruturas de um sistema se relacionam de modo recíproco, ou circular, servindo uma de substrato para a outra.

Foram destacados nesta dissertação os sistemas do direito e da economia. O direito se desenvolve na sociedade pelo uso comunicativo de argumentos que produzem decisões judiciais cujo objeto é o ordenamento normativo, ou seja, trata-se de um sistema prático. A teoria dos sistemas trata o direito como algo mais concreto, preocupando-se com o comportamento social verificado de um olhar externo. A sociedade e o direito se desenvolvem conjuntamente, sendo que a unidade da sociedade possui uma forma jurídica.

Como os demais sistemas, o direito atua a partir de sua rede própria de operações e de seu código próprio “lícito/ilícito” de modo autorreferencial e circular. Apesar de todo

comportamento social possuir o potencial de ser relevante juridicamente, apenas aquele orientado pelo código jurídico pertencerá ao direito. O fechamento operacional do sistema, que corresponde ao direito positivo, e sua abertura cognitiva criam expectativas normativas, sendo o direito uma “máquina histórica”. O sistema jurídico opera em movimento contínuo enquanto cria uma unidade por meio do símbolo da validade jurídica, visto que detém a prerrogativa monopolística de definir o que é direito. A validade jurídica é a forma que conecta as operações do direito e que é distinto do código binário. Assim, aquilo que é lícito ou ilícito antes foi considerado válido ou inválido.

O direito possui como função estabilizar expectativas normativas e gerar segurança no momento em que a comunicação não basta para evitar conflitos e expectativas justas são recusadas. O direito age como um “sistema imunológico” da sociedade e garante a liberdade social ao propor uma solução jurídica pra reduzir litígios.

As operações e estruturas do direito possuem uma expectativa de serem justas. A justiça é mais do que uma norma moral. É uma fórmula de contingência do sistema do direito, marcada por circunstâncias históricas e culturais, que representa um postulado latente e irrefutável que revela como o sistema observa o próprio sistema. A justiça impede que o sistema se direcione ao “conservadorismo”, impedindo uma eventual paralisia interna do direito e servindo de esquema de observação aos tribunais.

No sistema do direito, os tribunais exercem a função jurisdicional, que não pode ser denegada, em uma linha temporal em que o presente projeta o futuro. A jurisdição está relacionada “ciberneticamente” com a legislação. A coerência entre as decisões nessa linha do tempo é assegurada pela instituição da “*ratio decidendi*”, representando ainda a intenção jurídica e política dos tribunais. Estes determinam o indeterminável enquanto ocupam o centro do sistema jurídico, protegidos das irritações do entorno e isolados em seu fechamento operacional.

O sistema do direito possui uma função peculiar na formatação do Estado, que é formar uma “unidade semântica” com o sistema da política, o que só é possível em um Estado constitucional. Esta unidade surge ao passo que o Estado converte as normas decorrente do sistema do direito em conformação política enquanto registra decisões políticas em uma forma jurídica. A Constituição é uma aquisição evolutiva civilizatória, cujo conteúdo é constantemente alterado por meio de acoplamentos estruturais e resultado de um planejamento intencional da sociedade. A própria Constituição como produto

social comunicativo é responsável pela intensa irritação que ocorre entre diversos sistemas, como o do direito e da economia.

A economia, assim como outros sistemas, encontra-se fechado operacionalmente e age de modo autopoietico por meio de operações internas. A economia consiste em uma rede contínua de pagamentos. Os pagamentos, reconhecidos como mecanismos de distinção comunicativa, representam estas operações e contam com o auxílio da figura simbólica do dinheiro como intermediador das operações sistêmicas. Seu código binário é o “pagamento/não-pagamento” ou “propriedade/não-propriedade” e a necessidade representa as razões das operações internas sem se confundir com o código que dá unidade ao sistema.

A fórmula de contingência desse sistema é a escassez, que representa a limitação de uma soma constante de bens e serviços. A função da economia é ser um mecanismo social que torne estável a provisão futura a partir da distribuição presente. Os bancos ocupam o centro do sistema da economia, sendo o local onde se realizam os pagamentos e onde dívidas podem ser convertidas em lucro, enquanto o mercado é um sistema participativo e policontextual interno ao sistema da economia.

O direito e a economia interagem na forma de irritações recíprocas por meio de acoplamentos estruturais, sendo os principais o conceito jurídico e civil de propriedade e a juridificação do contrato, que permitem operações internas de produção de lucros e de tomada de decisões. Quando há a convergência entre as vontades declaradas diante da liberdade contratual, Luhmann afirma que o direito e a economia adquirem sua forma mais perfeita.

A relação entre os sistemas do direito e da economia pode ser identificada diante de vários temas sociais, dentre estes a saúde. Verifica-se que a saúde congrega operações econômicas e jurídicas, bem como constitui (ou ao menos possui as condições para tanto) um sistema próprio na teoria de Luhmann.

O conceito biomédico de saúde a entende como ausência de doenças e evoluiu desde a idade antiga, alcançando sua definição atual como o equilíbrio psicofísico do ser humano, modificável conforme os valores e interesses de cada momento histórico e que se relaciona com a organização social em níveis sociais e econômicos e ambientais, cabendo destacar que se trata de um direito simultaneamente individual e coletivo.

As relações estabelecidas no contexto da saúde podem ser abordadas inclusive a

partir de uma perspectiva tridimensional, em que são simultaneamente pessoais, jurídicas e econômicas. Tratam-se de relações em que a confiança, a “ética de transparência”, a análise de custos econômicos e as dimensões do direito são indissociáveis.

O avanço das ciências médicas, movimento que compartilha o racionalismo iluminista destacado por Luhmann, aumentou o acesso da população a meios modernos e caros de preservação, manutenção e recuperação do estado de saúde e contribuiu para o envelhecimento da população, gerando impactos em diversos sistemas da sociedade.

A saúde é um direito fundamental de titularidade coletiva e individual, cuja efetivação ocorre em estado de competição por recursos escassos e que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos enquanto a impõe como dever do Estado, mesmo que se identifique uma grande diferença entre a “plenitude” prevista no texto constitucional e a realidade em que políticas públicas imperfeitas são implementadas. Destaca-se, nesse sentido, um planejamento intencional do constituinte originário.

Nossa Constituição optou por garantir uma forma de prestação de serviços de saúde em que a prestação privada facultativa coexiste com a prestação de serviços públicos e a gestão pública é aliada da atuação de agentes privados. Se no sistema público o Estado aloca os recursos a fim de prestar diretamente os serviços, no sistema privado, ele regula a exploração da saúde como atividade econômica em livre concorrência. Ambos os sistemas são distintos e possuem características próprias, mas possuem uma conexão íntima e simbiótica, em que os atos praticados por um impactam no outro.

Com relação à saúde suplementar, tem-se que as relações entre os sujeitos ocorre no âmbito de relações contratuais específicas. De um lado, a operadora é responsável por organizar o mútuo e cobrar contraprestações pelo seguro a ser ofertado para os usuários que possam pagar o preço. A importância deste mercado pode ser verificada diante do aumento dos serviços oferecidos e das deficiências verificadas no setor público de saúde, tendo o mesmo movimentado 65 bilhões de reais em 2009.

A relação contratual firmada entre os envolvidos se submete às normas consumeristas e ocorre mediante a prévia celebração de um contrato de serviços que, na maioria das vezes, se realizam por meio de um plano de saúde ou de um contrato de seguro-saúde. Como regra geral, são fornecidos “contratos-tipo” com cláusulas previamente formuladas a quais os consumidores aderem, sendo os contratos de prestação de saúde em massa vistos como de adesão.

A contratação de um plano de saúde não ocorre com total liberdade. A partir da lei nº 9.656/98, instituiu-se o marco legal da saúde suplementar no país e se inaugurou a atuação do setor público perante o mercado privado. Uma das finalidades dessa legislação foi permitir uma atuação mais equilibrada dos agentes de mercado e a definição de padrões mínimos de atuação.

O objeto de cobertura contratual são as doenças listadas pela OMS, e a amplitude dessas coberturas mínimas é definida conforme determinação da ANS. Tanto o objeto, a cobertura, os aumentos anuais e técnicos baseados em faixas etárias e os cálculos atuariais são previstos em lei. Outra característica importante desse contrato de venda especial é a vinculação a um fundo mutual.

O mutualismo implica na correlação entre os pagamentos mensais efetuados pelos consumidores e os custos econômicos a serem suportados pelos eventos cobertos. Os riscos são estimados por meio de uma base atuarial, que envolvem cálculos a partir de critérios técnicos. Assim, pressupõe-se uma relação de equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade segurada pelo contrato, não se permitindo a geração de direitos absolutos. Constata-se, ainda, uma solidariedade intergeracional ao se constatar a necessidade de recálculo a fim de que os prêmios pagos pelos mais jovens subsidiem os prêmios cobrados dos mais idosos.

O controle social praticado sobre a comercialização de serviços de saúde deve sempre buscar o equilíbrio, sem que se pratique um “dirigismo contratual insuportável” nem se crie um “mercado da doença” em que indivíduos sejam alijados do mercado.

Nesse sentido, a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar busca promover a defesa do interesse público, do consumidor e do trabalhador sem interferir na ação do mercado, pressupondo que esta não pode ser dissociada da busca pelo lucro. A existência do mercado de planos de saúde pressupõe a própria existência de condições de solvência e hígidez financeira das operadoras. Desse modo, a ANS é responsável tanto pela incorporação tecnológica efetiva, ao atualizar o rol de procedimentos e eventos em saúde que formam a cobertura contratual, quanto pelo fornecimento de critérios técnicos para equilibrar o prêmio pago e a taxa de verificação de sinistros. A finalidade da ANS é, antes de tudo, construir um ambiente de diálogo equilibrado em que se busque a previsibilidade e se construa um mutualismo saudável.

A saúde pode ser tratada como um direito disponível a todos aqueles que

pertencem a uma comunidade ou como mercadoria adequada às leis de oferta, procura e de pagamento.

Nossa Constituição trata a saúde como direito e como mercadoria, estando a mesma condicionada a fatores sociais sistêmicos políticos, econômicos e jurídicos. Em uma análise econômica, o excesso de direitos sem consideração a seus custos pode significar nenhum direito, e a constatação de que a saúde possui um custo muitas vezes alto leva a necessidade de se realizarem escolhas trágicas por parte da jurisprudência.

O alto custo e a necessidade de se fazer escolhas dentre as alternativas possíveis estão vinculados à ideia de escassez da saúde, pois os bens e serviços a ela relacionados não são suficientes para satisfazer todas as necessidades coletivas. Essa constatação reflete a escassez como fórmula de contingência do sistema da economia, sendo imprescindível se ater ao equilíbrio entre custos e contraprestações no tocante a saúde diante da escolha do capitalismo como forma de organização social.

A partir da correlação estabelecida entre a economia e a saúde, verificou-se que a teoria dos sistemas admite expressamente a existência de um sistema da medicina, que foca na atuação dos profissionais médicos, na contenção de dor e na gestão de tempo de cura. Esse sistema equivale à cura de doenças, sendo baseado no código binário “doença/saúde” e no conceito biomédico de saúde. Sempre que constatado um estado de doença, ocorrem operações internas do sistema da medicina baseadas na capacidade técnica e científica de toda a sociedade.

Se um sistema médico é previsto expressamente, o mesmo não ocorre com um “sistema da saúde”. Contudo, estudiosos apontam para a existência de pressupostos suficientes para se identificar um sistema autorreferente, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, que opera sobre o valor “saúde”, ainda que um código binário próprio ainda não tenha sido totalmente estabelecido. Esse sistema identifica a saúde como bem jurídico e mercadoria, vez que compartilha do conceito de saúde como estado de bem-estar completo, compreende que os custos médicos são importantes para a implementação da saúde e que se trata de um direito universal, com identificação em duas formas de contingência: a escassez e a justiça.

Partindo da constatação de que conflitos relativos à saúde podem envolver os sistemas da economia e do direito, realizou-se a análise da jurisprudência nas demandas de saúde suplementar.

A escolha pelo Superior Tribunal de Justiça como parâmetro para análise se justifica a partir de sua prerrogativa constitucional de uniformizar a jurisprudência dos tribunais diversos e de impedir a contrariedade à legislação infraconstitucional, inclusive mediante o estabelecimento de precedentes judiciais.

Verificou-se que, em acordo com os pressupostos da teoria dos sistemas, esse Tribunal ocupa o centro do sistema do direito e o topo da hierarquia administrativa do poder judiciário junto com os demais tribunais superiores, sendo responsável por estabilizar expectativas normativas futuras em uma linha do tempo fechada operacionalmente e diante de um “círculo cibernético” formado entre jurisprudência e legislação. Ao instituir a “*ratio decidendi*”, o STJ estabelece os limites vinculantes que conterão a validade jurídica e que servirão de referência para que os demais tribunais aplicam o código “lícito/ilícito”, declara suas intenções jurídico-político e produz segurança jurídica.

Ao se realizar uma análise dos julgados selecionados a partir dos fundamentos próprios ao sistema do direito, relacionados com a justiça como fórmula de contingência e a jurisprudência e dos fundamentos com origem no sistema da economia, próprios das operações realizadas diante da fórmula de contingência da escassez e do símbolo do dinheiro, verifica-se que a juridificação do contrato como acoplamento estrutural tratado por Luhmann está presente. A relação firmada entre fornecedores e usuários de serviços de saúde formalizada como contrato de prestação de serviços é ao mesmo tempo econômica e jurídica. Nesse contexto de iritação recíproca entre o direito e a economia, a jurisdição passa a condicionar os demais sistemas ao definir os efeitos jurídicos decorrentes do contrato.

A análise dos julgados demonstra que a aplicação de conceitos próprios do sistema do direito e que resultam de operações sob o código binário “lícito/ilícito” são preponderantes. Identifica-se uma deferência do STJ às normas jurídicas que reflete a “relação cibernética” apontada por Luhmann, em que a legislação aponta os mecanismos de validade em que o direito opera.

Demonstrou-se também que a jurisprudência se serve de elementos relacionados a operações econômicas, como a noção de preço, de equilíbrio econômico-financeiro e de instrumento monetário auxiliar de transações comerciais. O STJ utiliza conceitos de natureza econômica principalmente quando identifica o poder conferido à vontade

privada formalizada em contrato, a forma como ocorre a precificação dos serviços e a proteção da iniciativa privada que se orienta na busca do lucro. O mercado e os cenários de crises econômicas também são utilizados como fundamentos decisórios. Nesse ponto, nota-se a deferência do STJ à forma econômica com a qual a relação contratual é formada, inclusive em sua forma mutualista e equilibrada.

Tem-se que a jurisprudência do STJ analisada no presente trabalho encontra-se em conformidade com às operações internas do sistema do direito descritas pela teoria dos sistemas. Verificou-se ainda a presença de acoplamentos estruturais entre os sistemas do direito e da economia, principalmente na ideia de juridificação do contrato.

Por tudo, foi possível identificar que, diante dos julgados do STJ que tratam da saúde suplementar, o sistema do direito opera de forma fechada com base no código binário “lícito/ilícito” ao tratar de um direito fundamental enquanto compartilha significados com o sistema da economia por meio de irritações específica e levando em consideração argumentos econômicos, não havendo que se falar em corrupção do mesmo nem em seu isolamento cognitivo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um. Reflexões para a transição da *práxis* judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

ANDRIGHI, F. N.; BIANCHI, J.F. O STJ entre os setores regulados e a defesa do consumidor: uma reflexão após 30 anos de convivência. *In*: BRESEGHELLO, Fabíola Meira de Almeida Santos (org.); FILOMENO, José Geraldo Brito (org.). **Os 30 anos do Código de Defesa do Consumidor: evolução e desafios no relacionamento com clientes**. São Paulo: editora Foco, 2021.

AQUINO, Eudes de Freitas. Breves considerações sobre saúde privada, pública e judicialização da medicina. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

ARAÚJO, Denizar Vianna. Medicina baseada em evidências e análises econômicas em saúde, *In*: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. *In*: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos;. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Brasília: **Revista da AGU**, 2016.

BOLDYREV, Ivan. Economy as a Social System: Niklas Luhmann's Contribution and its Significance for Economics. *In*: **American Journal of Economics and Sociology**, vol 72, nº 2, 2013.

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – Princípios básicos da atividade – Suporte jurídico-legal e constitucional. *In*: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2013.

CARLINI, Angélica. A ANS e a efetividade de sua missão: dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

CECHIN, José. Fatos da vida e o contorno dos planos de saúde. *In*: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio

de Janeiro: editora Forense, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado e saúde suplementar: a busca do equilíbrio. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino [et al] (organizadores). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O judiciário e o direito à saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

DE LUCCA, Newton. Ética na saúde: conflito de interesses: dupla militância: Leis Stark. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

DELDUQUE, Maria Célia; NICOLETTI, Lenita. A saúde e o meio ambiente: políticas públicas coincidentes? *In*: COSTA, Alexandre Bernardino [et al] (organizadores). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. *In*: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana (La costituzione come acquisizione evolutiva). *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acessado em 29.03.2019.

LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. *In*: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introduction to Systems Theory**. Cambridge: Polity Press, 2013.

LUHMANN, Niklas. **La economia de la sociedad**. Cidade do México: editora Herder,

2017.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: editora Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. California: Stanford University Press, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MATHIAS, Guilherme Valderato. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na saúde suplementar. *In*: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2013.

MELLO, Marco Aurélio. *In*: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2013.

NALINI, José Renato. O judiciário e a ética na saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: editora Martins Fontes, 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos de saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

ROCHA, Leonel; KÖLLING, Gabrielle; OLSSON, Gustavo. Interações entre o sistema da medicina e da saúde: observações a partir da teoria dos sistemas sociais. Santa Catarina: editora **Revista Sequência**, 2019.

RUSSO, Juliana de Sousa Gouvêa; RUSSO, Marlo. O plano privado de assistência à saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do direito à proteção e promoção da saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito (org.); SILVA, Ricardo Augusto Dias da (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória por violação a precedente. Tese de Doutorado- PUC-SP, 2018.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. 1ª edição. Petrópolis, RJ: ed. Vozes, 2016.

SOUZA, Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde *In: CAMEIRO, Luiz Augusto Ferreira (organizador). Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (organizadores). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2ª ed. Belo Horizonte: editora Fórum, 2013.

VIAL, Sandra Regina Martini. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. São Paulo: editora **Revista Direito Sanitário**, 2015.