

POR UMA RAZÃO IMUNOLÓGICA DO DIREITO? REPENSANDO O SISTEMA JURÍDICO E A TEMPORALIDADE NA SOCIEDADE PÓS-PANDÊMICA

FOR AN IMMUNOLOGICAL REASON OF LAW? RETHINKING THE LEGAL SYSTEM AND TEMPORALITY IN THE POST- PANDEMIC SOCIETY

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Doutor em Direito pela USP, com apoio da FAPESP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV-SP. Bacharel em Filosofia pela USP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-doutorado na USP, com apoio da CAPES. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado). Coordenador do grupo de pesquisa CNPq Direito e Regulação da Sociedade. Editor executivo da Revista Direito Mackenzie. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Israelita de Ciências da Saúde Albert Einstein (no eixo de Humanidades). Visiting researcher no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, Espanha, na Universidade de Durham, Reino Unido. Estágio doutoral “sanduíche” na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Los Angeles.

Submetido em: 30/01/2024

Aprovado em: 10/03/2024

Resumo: Este texto examina a partir de aportes da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann as transformações do sistema jurídico no contexto da pandemia do coronavírus. Para tanto o texto reflete a observação do direito como sistema imunológico da sociedade, que possibilitou que intérpretes recorressem às discussões acerca da instrumentalização do direito pela política, pela economia ou pela saúde diante do agravamento da pandemia na sociedade mundial à luz da chave sistêmica. Neste debate importa considerar os limites e as respectivas capacidades de imunizações dos sistemas para discutir o contexto social da pandemia de COVID-19, bem como o sentido do primado da diferenciação funcional numa sociedade pós-pandêmica. Na sequência, o texto elabora uma objeção sistêmica em relação ao argumento do primado da saúde como forma descritiva prevalente da conjuntura pandêmica por meio do destaque da necessidade de refletir sobre as temporalidades dos subsistemas funcionais. A reflexão final possibilita observar e tensionar, por exemplo, como o direito à luz da diversidade regional, que marca sua transformação na sociedade mundial, traduz e reconstrói em suas bases operacionais uma comunicação jurídica sobre a

pandemia. O argumento final é reforçar o sentido imunológico do direito por meio da pluralidade de soluções (e indeterminações) jurídicas periféricas.

Palavras-chave: Sistema Imunológico; Direito; Sociedade Pós-Pandêmica.

Abstract: *This text examines the transformations of the legal system in the context of the coronavirus pandemic through the contributions of Niklas Luhmann's Systems Theory. It reflects on the role of law as a societal immune system, which enabled interpreters to engage in discussions about the instrumentalization of law by politics, economy, or health in light of the worsening pandemic in the global society from a systemic perspective. In this debate, it is important to consider the limits and respective immunization capacities of the systems to discuss the social context of the COVID-19 pandemic, as well as the meaning of the primacy of functional differentiation in a post-pandemic society. Subsequently, the text develops a systemic objection to the argument of the primacy of health as the prevalent descriptive form of the pandemic situation, highlighting the need to reflect on the temporalities of the functional subsystems. The final reflection allows us to observe and stress, for example, how the law, in light of regional diversity that marks its transformation in global society, translates and reconstructs in its operational bases a legal communication about the pandemic. The final argument aims to reinforce the immunological sense of law through the plurality of peripheral legal solutions (and indeterminacies).*

Keywords: *Immune System; Law; Post-Pandemic Society.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito como sistema imunológico? Temporalização da validade normativa. 2. Temporalidade da pandemia?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Observar as transformações sociais da pandemia e seu legado, exige refletir o sentido de uma sociedade pós-pandêmica a partir de mudanças culturais, econômicas e políticas que emergiram ou foram aceleradas pela experiência vivida (Žižek, 2020). Tais observações não apenas englobam as alterações diretas causadas pela pandemia de COVID-19, mas também as reações a longo prazo a essas mudanças em diversos aspectos da vida social. Alguns exemplos que podem ser mencionados são, por exemplo: os impactos do distanciamento social que acarretou no aumento da comunicação digital e alterou as interações sociais; do ponto de vista do mercado de trabalho, a valorização do trabalho remoto, o que levou a uma reavaliação do equilíbrio entre trabalho e vida pessoal.

O sistema jurídico também se alterou a partir da experiência pandêmica. De imediato, é possível resgatar como o curso da pandemia possibilitou debates jurídicos, via tribunais e legislativo, sobre o equilíbrio entre os direitos individuais e o bem-estar coletivo (Torres, 2021). A pandemia conduziu também à criação e implementação de novas leis e regulamentos destinados a assegurar medidas de saúde pública, como o distanciamento social, uso obrigatório de máscaras e limites na aglomeração de pessoas. Observou-se, assim, que o direito buscou soluções para minimizar os estragos sociais provocados com o avanço do coronavírus (Schwartz; Costa; Finco, 2023).

Considerando todas as experiências notadas, como compreender este papel operado pelo sistema jurídico? Do ponto de vista da Sociologia do Direito, é o caso de compreender como o direito pode contribuir para controlar e assegurar a estabilidade social tão necessária para superar crises ambientais. No caso da pandemia, discutiam-se os instrumentos jurídicos eram capazes de controlar repercussões devastadoras no campo da saúde pública, como a escassez de insumos e leitos hospitalares ou da política sanitária. Vale lembrar que o direito também pode ser elemento disruptivo, aprofundando crises caso medidas desconcentradas fossem adotadas. É neste sentido que este texto apresenta uma reflexão sobre o direito sob a ótica sistêmica da obra de Niklas Luhmann, enquanto um sistema imunológico da sociedade diante das demandas jurídicas traduzidas de um ambiente pandêmico e pondera sobre as transformações do sistema jurídico numa sociedade pós-pandêmica.

Por sociedade pós-pandêmica este texto se refere ao momento de intensas transformações sociais, econômicas, culturais e políticas que sucedem uma pandemia global, como a COVID-19. Este conceito não implica apenas no exame da dimensão biológica da pandemia, mas também abrange as mudanças duradouras nas estruturas e comportamentos sociais que emergem em resposta à crise.

Diferentes sociólogos e teóricos fornecem perspectivas valiosas para entender este conceito como na obra *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade* (2011) que Ulrich Beck explora como as sociedades modernas lidam frequentemente com os riscos e incertezas. Nesta leitura uma sociedade pós-pandêmica é aquele em que as relações sociais são marcadas a partir de um risco global que afeta todas as partes da sociedade, levando a uma reavaliação coletiva das vulnerabilidades e resiliência. Outra importante referência é a obra de Anthony Giddens, em *The Consequences of Modernity* (1990), ao abordar como as sociedades modernas estão constantemente se reexaminando e se adaptando. A sociedade pós-pandêmica pode ser vista como um período de reflexividade intensificada, onde as práticas sociais são reavaliadas em resposta à crise.

Todavia, as teorias apontadas representam a discussão de uma sociedade pós-pandêmica a partir de aportes que refletem problemas limitados às ações e agências humanas e, por vezes, mitigam a importância de observar as transformações comunicacionais produzidas por cada sistema funcional (eg. direito, economia ou política) e organizações em específico. A Teoria dos Sistemas oferece uma perspectiva diferente ao tema já que preserva as especificidades de cada sistema funcional, de modo a admitir que uma sociedade pós-pandêmica é aquela que lida com a inúmeros riscos imanentes aos sistemas – observados como operacionalmente fechados (Rodrigues; Costa, 2021).

Embora Luhmann não tenha se debruçado especificamente sobre pandemias, sua teoria oferece aportes para compreender como os sistemas lidam com riscos e perigos ambientais.¹ A gestão da pandemia pode ser vista como um desafio inerente à cada sistema funcional que enfrenta os riscos a partir dos seus próprios códigos e programas, tematizando como um dano repercute no interior do sistema e, por vezes, é também observado como um perigo ambiental para outros sistemas.² Desse modo é possível compreender as complexidades e as distintas transformações envolvidas num contexto pandêmico.

No caso do direito, é possível sustentar que todo o conjunto de normas e decisões jurídicas é observado como um sistema imunológico o que implica em constatar a capacidade do sistema combater conflitos sociais apresentados como controvérsias jurídicas, em especial como desdobramentos do paradoxo da transformação da coerção em liberdade e que é assumido diariamente pelas organizações decisórias administrativas, judiciais e extrajudiciais. Simultaneamente, o recorte teórico adotado exige observar a estrutura interna do direito que é dependente da operação dos valores do código lícito e ilícito, via a aplicação de programas condicionados e orientado funcionalmente para a estabilização das expectativas normativas contrafáticas.

A condição imunológica estabelece respeitar a autorreferencialidade do direito, o que significa observar a especificidade da comunicação jurídica em oposição a outras comunicações de sistemas funcionais que não podem ser confundidas e nem hierarquizadas. Este referencial admite o primado da diferenciação funcional como traço distintivo da sociedade moderna, cada vez mais complexa e especializada. No caso particular do tema da pandemia, complexidade e especialização representam, de um lado, o aumento das possibilidades comunicativas sanitárias e científicas sobre o vírus, que, a cada instante, apresenta uma novidade informativa: descoberta de novas cepas; riscos de sequelas no corpo humano ou impacto nas pesquisas de farmacologia e vacinal, com a aceleração de processos e desenvolvimento de tecnologias inéditas nas indústrias como a manipulação do RNA mensageiro. Do outro lado, considerando as novas mídias digitais, em

¹ A ideia de risco é importante nesta discussão. Segundo Luhmann (1993), o risco é observado somente se os possíveis danos resultam de uma decisão tomada pelo sistema afetado (ou atribuída a ele). Por outro lado, o perigo entendido como possíveis danos que não podem ser atribuídos à decisão do sistema, embora se relacionem às decisões arriscadas de outros.

² Considerando a Teoria dos Sistemas, os riscos podem ter efeitos colaterais na medida em que são observados como perigos para outros sistemas. Por exemplo, o risco econômico é desdobrado por operações centrais da economia, mas podem também ser observados por organizações ou encaminhados por contratos e negociados pelo direito ou, ainda, por políticas econômicas e sociais ou tributação que dependam da simbolização do dinheiro – situações de acoplamentos que limitam a transformação da comunicação diante da vinculação a seus códigos.

especial as redes sociais e que repercutem como meios de difusão numa sociedade mundial em quarentena, o aumento da improbabilidade da comunicação sobre o vírus é constatado.

A incerteza em relação à compreensão da comunicação sanitária e científica se reflete diante do aumento de demandas judiciais decorrentes da pandemia. Decisões sobre competências e omissões dos poderes públicos em relação à saúde pública; acesso à medicamentos, tratamentos e hospitais; controle de constitucionalidade e de legalidade de atos que limitam às liberdades civis durante a pandemia, em especial relacionada às atividades econômicas ou, ainda, a difícil construção de critérios para a seleção de grupos prioritários de vacinação são alguns exemplos pontuais das distintas irritações jurídicas presente nos tribunais.

Por sua vez, as respostas jurídicas são dilatadas e, muitas vezes, não satisfatórias aos problemas da saúde ou mesmo às questões econômicas. Aliás, este quadro é mais drástico se considerar em alguns contextos regionais a operação planejada de mobilização massiva de notícias falsas (*fake news*) no âmbito da saúde, via a instrumentalização de uma política autoritária - o que certamente repercute no processo comunicativo já dotado de elevada contingência. É o caso, por exemplo, de compreender como o direito lida com as comunicações da comunidade médica e observar as consequências e alternativas para cada cenário, caso contrário a pandemia pode confirmar em alguma medida o fracasso social do direito. Se de um lado, experts no interior do sistema jurídico ou político revelam que as respostas científicas não estão bem equipadas para fornecer soluções para o direito ou para a política, uma vez que possuem uma temporalidade distinta relacionada ao processo de investigação, por vezes muito vagaroso. Do outro, quando o direito não consegue traduzir e articular as operações da ciência e da saúde durante uma pandemia, estragos podem ser dramáticos e, inclusive, permitem questionar a função imunológica jurídica.

Na sequência o texto apresenta o conceito sociológico do direito como sistema imunitário da sociedade vinculada à dimensão temporal. Após o giro autóp-tico no interior da teoria sistêmica, o tema da pretensão regulatória do direito passa a ser central na obra luhmanniana e, inclusive, possibilitou que intérpretes recorressem às discussões acerca da instrumentalização do direito pela política, pela economia ou pela saúde diante do agravamento da pandemia na sociedade mundial à luz da chave sistêmica. Disso decorre que a observação dos limites e das respectivas capacidades de imunizações dos sistemas passa a ser ponto fundamental para discutir o contexto social da pandemia de COVID-19, bem como o sentido do primado da diferenciação funcional.

Diante deste diagnóstico, na última etapa do texto, é apresentado o recente diagnóstico do sociólogo Rudolf Stichweh, ao afirmar que a experiência pandêmica simplifica a sociedade por impor o primado do sistema de saúde sobre os demais sistemas sociais. De forma não exaustiva, o texto apresenta uma objeção sistêmica em relação ao argumento do primado da saúde como forma descritiva prevalente da conjuntura pandêmica por meio do destaque da necessidade de refletir sobre as temporalidades dos subsistemas funcionais. A reflexão final possibilita observar e tensionar, por exemplo, como o direito à luz da diversidade regional, que marca sua transformação na sociedade mundial, traduz e reconstrói em suas bases operacionais uma comunicação jurídica sobre a pandemia. O argumento resgata o sentido imunológico do direito por meio da pluralidade de soluções (e indeterminações) jurídicas periféricas.

1. DIREITO COMO SISTEMA IMUNOLÓGICO? TEMPORALIZAÇÃO DA VALIDADE NORMATIVA

Na perspectiva sistêmica, sociedade, homem e fenômenos biológicos e físicos são marcações ambientais intrassociais e extrassociais do direito. A pandemia não é um acontecimento indiferente para o direito, pois é parte da forma do lado externo que o compõe e possibilita uma abertura cognitiva do sistema, ou seja, importa como reconstrução jurídica interna, considerando a mobilização de seus códigos e programas condicionados (leis, contratos, precedentes, usos e costumes).

Enquanto novidade informativa, comunicações sobre o vírus e a pandemia não são compreendidas plenamente como riscos calculáveis e adaptáveis pelo direito. Em verdade, se referem como experiência resultante do perigo ecológico, não sendo suscetível de aprendizagem pelo direito, diz Luhmann "(...) as normas se encontram providas de suposições reais que podem ser evidenciadas no próprio sistema jurídico como erro ou resultar inadequadas como alteração das condições" (2018, p. 751).

A reconhecida lição é que o direito não reage a puros fatos ambientais como determinações externas e não sabe igualmente lidar com expectativas cognitivas, portanto, qual é a segurança jurídica envolvida nas operações promovidas por juízes e tribunais durante uma pandemia? Na visão sistêmica a resposta repousa no dever de subsistência do direito ante um futuro incerto, reflexo da estabilização pressuposta na operação das expectativas normativas contrafáticas e que também exige aceitar o risco do próprio direito na forma da temporalização da validade normativa.

Não é possível observar que o sistema jurídico se estabilize por meio da cristalização de um único e imutável sentido do que é válido. O direito, em verdade, processa seu próprio risco como uma forma de regular a indeterminação das normas jurídicas, não de forma planejada e precisa, mas, antes como um incremento altamente contingente e incerto, relacionado ao processo de interpretação dos programas, fundamentação das decisões e também diante da improbabilidade da materialização das consequências jurídicas. Trata-se de entender o conceito de temporalização da validade normativa.

As normas e a validade, que em cada caso as sustenta, já não se ancoram nas constantes religiosas ou naturais ou nas de uma estrutura social inquestionada, mas são vivenciadas e tratadas como projeções temporais. Elas têm uma validade “até segunda ordem”. Assim, são experimentadas como algo meramente contingente, convertendo-se também em algo cognitivamente dotado de sensibilidade (Luhmann, 2018, p. 751).

A temporalização do direito é uma projeção da dimensão que representa o tratamento das expectativas normativas e que repercute no processo de simplificação como uma sensibilidade jurídica oferecida via decisões para casos semelhantes futuros e atenta à circulação dos programas a partir do sistema. Esta sensibilidade jurídica é válida “até segunda ordem” por justamente representar um processo de calibração do sistema diante das novidades informativas do ambiente interno do direito – um processo completamente contingente. Assim a referida simplificação representa, simultaneamente, aumento de complexidade interna no sistema jurídico e possibilita a neutralização de perturbações sociais, como forma de facilitar a solução de conflitos tal como na biologia que elabora uma imunologia na forma de uma descrição das células participantes.

É diante deste contexto “biológico” da relação do direito com um futuro aberto à sociedade, que o sociólogo alemão no último capítulo da obra *O Direito da Sociedade* apresenta o sistema jurídico como sistema imunológico. A ideia imunológica não serve apenas como uma metáfora, mas como uma característica adequada de um sistema orientado para a estabilização e com correlação a *autopoiese* no âmbito biológico. Estabilização é compreendida como forma de redução da complexidade ambiental para viabilizar a operação do sistema, via fechamento operativo e acoplamento estrutural - o que representa uma forma do controle do risco jurídico já mencionado. Nesse sentido a operação imunológica não exige plena conformação e determinação do ambiente, mas é registrada como um conflito interno passível de oferecimento de soluções generalizáveis. Trata-se, então, de uma adaptação ambiental?

Luhmann não segue a antiga tradição sistêmica e possui uma atitude cética em relação ao “adptacionismo”, afinal sistemas se transformam às cegas e de modo incontrolável. Aliás, vale lembrar que o sistema social é um sistema operativamente fechado e que a comunicação social não ocorre com o ambiente, mas através de seu ambiente. Toda e qualquer resposta está limitada as próprias operações do sistema e esta limitação assegura o sentido da imunologia na “nova” teoria sistêmica: recusa à adaptação ambiental.

O sistema imunológico não se presta à correção de erros, mas ao enfraquecimento de riscos estruturais. Ele não segue o ideal de uma prática razoável, livre de calamidade. Sua função não é eliminar falsas concepções a respeito do que é lícito, pois nesse caso a tarefa, de pronto, seria executada (sem importar critérios). O sistema imunológico permite ao sistema social fazer frente ao risco estruturalmente determinado de uma continua reprodução de conflitos. A necessidade de um sistema imunológico não é consequência de uma inadequada adaptação com o ambiente, mas de uma consequência da recusa à adaptação (Luhmann, 2018, p. 765).

A vinculação temporal permite compreender a operação imunológica na obra de Luhmann. No caso do direito, importa identificar como o sistema opera com o conflito em cada instante. Faz sentido admitir uma operação incremental, via tentativa e erro, base que permite a construção de uma história interna do sistema jurídico. No caso brasileiro, diante das demandas judiciais do combate à pandemia do COVID-19, é inegável reconhecer que juízes e tribunais se socorreram aos precedentes e julgados passados que em alguma medida foram mobilizados em contextos de crises sanitárias passadas, sem prejuízo das inúmeras comparações com os tratamentos políticos e jurídicos durante a pandemia da gripe espanhola no século XX.

Nesse sentido o sociólogo alemão afirma que “uma imunologia jurídica desenvolvida pressupõe o fechamento e a reprodução autopoietica do sistema imunológico” (Luhmann, 2018, p. 766). Não obstante, o perigo da imunologia decorre do sobrecarregamento da organização autopiética do sistema a ponto de alterar a estrutura interna do direito, o que foi alvo de crítica do Luhmann considerando a experiência do *Welfare State* no século XX.

Em sua crítica ao modelo welfarista, Luhmann lembra que seu esgotamento ocorreu pela sobrecarga do sistema político sobre si mesmo, porque, em muitos casos, este seria extremamente sensível ao ambiente a ponto de deteriorar sua capacidade de receber estímulos e de autocrítica (2007, p. 154). Tal situação é caracterizada pelo sociólogo a partir de uma diferença entre os conceitos expan-

sivo e o restritivo da política, e o primeiro indicaria que “(...) a política seria o destinatário último de todos os problemas, uma vez que seria o ápice de uma estrutura hierarquizada da sociedade e que possui a última palavra” (*ibidem*, p. 156, tradução livre).

Não havia um limite claro entre sistema político e ambiente – diferentemente da concepção mais restritiva, atenta à distinção funcional – e, portanto, problemas econômicos, jurídicos, familiares, científicos entre tantos outros eram reduzidos e encaminhados exclusivamente pela comunicação política, opção desenhada pelo welfarismo. Nesse sentido, Luhmann indicou os riscos e os perigos da politização dos sistemas sociais, a qual, ao pretender planejar e planificar ao máximo as escolhas à luz de certos valores fundamentais, comprometeu a capacidade de imposição política de decisões coletivamente vinculantes.³

Diante dessa perspectiva é interessante ponderar como medidas centradas em intervenções estatais ou privatizações podem comprometer a superação da crise sanitária, sem qualquer observação às liberdades civis e à noção de responsabilidade social das empresas, bem como governamental e fiscal das autoridades. Não resta dúvida de que o aumento do gasto público com medidas de combate à pandemia foi a regra, inclusive por meio de um esforço mundial na formação de um consórcio global por vacinas – o que repercute diretamente no tema de acesso e distribuição de fármacos aos países mais necessitados. Todavia, toda a operação econômica envolvida no combate à pandemia revela também a necessidade de observar a reconstrução jurídica à respeito das consequências jurídicas envolvidas. Nesse sentido José Eduardo Faria (2020) lembra bem que “a ideia de uma agenda econômica liberal é algo que só pode ser entendido dentro dos marcos normativos postos pelo Estado e da distinção entre o que é público e privado”.

A visão sistêmica, por exemplo, afasta certo esquematismo em prol da observação da complexidade social envolvida no caso e admite historicamente proble-

³ O interessante é que a crítica luhmanniana abrange dois pressupostos: em primeiro lugar, admite que a sociedade é organizada por sistemas sociais funcionalmente diferenciados e que, ao mesmo tempo, não possui nenhuma referência central ou vértice, o que rechaça qualquer tentativa de descrição que pressuponha a centralidade do sistema político na sociedade – tal como o faz a teoria política ou, ainda, a teoria crítica que admite o diagnóstico da dominação econômica da base em relação à superestrutura. Em segundo lugar, reconhece a diferenciação funcional, pelo que seria impossível pressupor a ideia de sobreposições, de compensações ou de colonizações de sistemas, já que a própria possibilidade de diferenciação estaria comprometida. Esta visão é rechaçada por alguns sociólogos (Minhoto; Gonçalves, 2015). É justamente esta “promessa involuntária de mediação recíproca entre sistema e ambiente” de uma teoria envenenada que concretiza a possibilidade da determinação crítica no interior da descrição sistêmica. Aliás, o potencial crítico no referencial sistêmico está muito bem apontado pelo cientista político Vallespín, para quem “em certo sentido pode-se dizer, portanto, que para a teoria dos sistemas a relação sistema/ambiente é sempre crítica, já que constantemente lida com a redução de complexidade, e isto cria sem cessar novas distinções nas estruturas interna e externa dos sistemas” (2007, p. 24, tradução livre).

mas do modelo liberal e do welfarismo – acarretando num transbordamento de informações: de um lado, a “libertação” do direito do Estado; do outro, a incapacidade de aplicação de direitos pelo Estado diante da sua incompetência de lidar com a economização.

No caso brasileiro, a dificuldade de lidar com a pandemia, sob o contexto de um regime populista e autoritário, revela a fragilidade a pretexto de conduzir uma agenda “liberal” capaz de imunizar dos perigos sociais atrelados à pandemia sem considerar o planejamento responsivo, o respeito às liberdades civis e as opções jurídicas disponíveis, inclusive em termos de responsabilidades governamentais. Tais fragilidades representam sobrecarregamentos que podem comprometer a organização autopoiética do direito na região, em especial considerando a incapacidade do governo agir com foco e urgência.⁴

Em contrapartida o direito também viabiliza o tratamento da urgência, considerando o desenvolvimento de uma memória baseada nas suas organizações e que possibilitam a reconstrução de um sentido específico da pandemia no interior do sistema jurídico, agindo de forma imunológica e muitas vezes no âmbito periférico do sistema. De modo esquemático e exploratório, é possível refletir os seguintes exemplos de marcos jurídicos de emergência que até o presente momento possibilitaram encaminhamentos aos conflitos colocados pela pandemia.

⁴ Nesse sentido considerando os sentidos históricos do liberalismo e o distanciamento de uma agenda econômica do governo federal, José Eduardo Faria pontua o problema da vulgata liberal em atenção à conjuntura política e econômica no Brasil em 2020, durante a pandemia, diz “ O que chama de liberalismo é assim uma vulgata de um libertarismo que prevê uma economia desregulamentada onde a regra é a exploração ilimitada da conjuntura, com os agentes procurando maximizar a qualquer preço todas as vantagens possíveis. Uma economia onde esses agentes buscam, egoisticamente, vantagens de curto prazo ao mesmo tempo em que desprezam suas responsabilidades para com os outros e para com a comunidade. É como se o mercado fosse dotado de um poder constituinte absoluto, rejeitando qualquer possibilidade de regulação estranha à economia e aos seus cálculos de oportunidade. A obsessão por reduzir a ação regulatória estatal e privatizar indiscriminadamente serviços públicos revela uma visão distorcida das instituições. Uma visão incapaz de perceber que políticas públicas são implementadas por meios públicos – e estes envolvem não só recursos governamentais, mas as leis e os instrumentos de sua aplicação. Essa visão distorcida enfatiza a ideia de função, em termos de produção de resultados e rentabilidade [nancieira. Mas se esquece de dois pontos importantes: (a) em termos institucionais função implica noção de responsabilidade; e (b) se determinadas funções podem ser privatizadas, determinadas responsabilidades não podem. Nessa visão não há lugar, assim, para ideias como planejamento, metas de longo prazo e tratamento isonômico que deve reger as relações entre capital e trabalho” (Faria, 2020).

Tabela 1. Exemplos de marcos jurídicos de emergência

Exemplo	Descrição	Estrutura
Perifização das soluções administrativas e legislativa via a consulta aos experts	Legislativo e Executivo – organizações periféricas do direito, mas centrais no sistema político – buscaram remeter a definição de medidas jurídicas de combate a pandemia à periferia do sistema político, em especial integrando a comunidade médica e científica	Comitês de crise
Cooperação e compartilhamento de bens públicos	Implementação de uma política de licenciamento compulsório e quebra de patentes, com autorização legal, bem como a estruturação de um sistema eficaz de aprovação de requisitos regulamentares dos medicamentos e insumos, ambos mecanismos facilitam a produção e distribuição de bens públicos.	<i>Pool</i> de tecnologia e licenciamentos compulsórios
Autonomia das autoridades sanitárias locais, com responsabilização	Implementação de normas jurídicas que viabilizem a autonomia do sistema de saúde com capacidade de vigilância e de produção científica, o que implica em reconhecer sua capacidade administrativa e financeira, sem prejuízo de responsabilização	Sistemas de saúde pública bem estruturados
Colaboração, apoio e deferência às autoridades internacionais da saúde global	Organização Mundial da Saúde (OMS) é a autoridade internacional responsável por dirigir e coordenar a atuação internacional no campo da saúde, sendo dotada de poder regulamentar e de necessário atendimento para o enfrentamento de uma pandemia.	OMS

Fonte: Autor

2. TEMPORALIDADE DA PANDEMIA?

Considerando a operação dos sistemas funcionais sociais, o tempo é uma construção do observador, sustenta Luhmann que é uma distinção entre passado e futuro. A marcação é importante já que o presente é um ponto cego que possibilita estruturar as expectativas dentro do sistema a partir de suas operações. O tempo é interno ao sistema e sua dimensão temporal diz respeito à durabilidade das expectativas. Na visão de Luhmann o processo de diferenciação da sociedade é também marcado por uma policromia.⁵ É o caso de distinguir o tempo do direito, tempo da ciência e da saúde, por exemplo, diz Luhmann “o sistema deve instituir

⁵ O termo policromia remete à prática de decorar elementos arquitetônicos, esculturas, entre ou-

um tempo adequado ao ritmo das operações e às perspectivas de tempo das possibilidades internas do sistema” (2012, p. 59, tradução livre).

Como já mencionado o direito funciona especialmente com base em expectativas contrafáticas, resistentes à desilusão, enquanto sistemas como economia e a ciência trabalham primacialmente com expectativas cognitivas, que se reciclam e aprendem com os fatos. Nesta distinção o sentido de uma sociedade pós-pandêmica é trabalhado no campo científico e econômico, mas encontra problemas no âmbito jurídico cuja temporalidade é condicionada aos programas e possui uma dimensão atrelada à validade normativa como apontado no item anterior. O direito não consegue calcular e imaginar o futuro da pandemia, o que revela suas limitações temporais frente as demandas que são apresentadas nos tribunais.⁶

Admitindo a temporalidade como uma construção interna do sistema, qual é a temporalidade da pandemia? Esta é uma pergunta central para observar e discutir a razão imunológica da sociedade. Afinal, existiria algum sistema referencial em destaque? Estamos diante de uma simplificação? Recentemente o sociólogo Rudolf Stichweh se posicionou em face dessas relevantes indagações em ensaio publicado no mês de abril de 2020, na famosa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

Stichweh sustentou a ideia de que o COVID- 19 simplifica a sociedade, porque faz imperar o primado do sistema de saúde sobre os outros sistemas sociais. O principal destaque está no movimento social, considerando que todos os sistemas estão orientados pela fórmula “achatar a curva”, o que, na realidade, significa sobretudo que a dinâmica infecciosa na sociedade, em consequência de todas as atividades sociais, deve ser adaptada à capacidade de processamento do sistema de saúde disponível num dado momento (2020).

tros a partir de uma variedade de cores. Ainda, o termo é usado também para descrever a luz que exibe mais de uma cor, o que também significa que contém radiação de mais de um comprimento de onda. O estudo da policromática é particularmente útil na produção de grades de difração. No contexto apresentado, a diversidade e profusão de cores marca pictoricamente a diversidade e desorientação do processo de diferenciação sem um rumo preestabelecido ou controlado.

⁶ Do ponto de vista político, isto poder ser utilizado de forma estratégica por meio de algumas autoridades para agravar a situação da saúde pública. Basta observar o conteúdo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6764, formulada pelo presidente da República, com pleito de suspender os decretos da Bahia, do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul que estabelecem medidas restritivas no combate à pandemia da Covid-19, como o fechamento de atividades não-essenciais e o toque de recolher noturno. Além da constatação do erro grosseiro segundo o relator Ministro Marco Aurélio, pois caberia a representação judicial pelo advogado-geral da União, o ministro assentou o entendimento que “ante os ares democráticos vivenciados, impróprio, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros” e lembrou que que União, Estados, Distrito Federal e Municípios formam uma espécie de “condomínio” na tarefa de cuidar da saúde e da assistência pública.

Na visão sustentada pelo sociólogo o desdobramento desta fórmula recai de forma contingente em diversos sistemas funcionais, respeitando os respectivos fechamentos operativos, com destaque para alguns:

- Sistema político: a visão do enfrentamento implica em reconhecer a necessária adoção de padrões gerais de comportamento que só podem ser fornecidos por este sistema, inclusive considerando a velocidade da disseminação do vírus. O autor sustenta, por exemplo, que de consultores que fornecem as reservas de conhecimento do sistema de saúde e do sistema científico, sendo que tais conhecimentos são fundamentais já que as autoridades envolvidas não podem recorrer a decisões anteriores comparáveis diante da gravidade e ineditismo da comunicação pandêmica, diz Stichweh “(...) o sistema político, então, não tem tradição própria de decisões nesses casos. Mas os atores do sistema político que recorrem a conselheiros, incluindo virologistas, epidemiologistas, etc., não contam com uma base de conhecimento nacional, mas com a dinâmica de conhecimento das comunidades científicas globais” (2020a, p. 4, tradução livre);
- Sistema científico: sistema se revela central para a orientação das esperanças e expectativas em atenção à pesquisa científica sobre o vírus e a pandemia, a busca por vacinas e medicamentos. Novamente, a política tem um importante papel de viabilizar a atividade científica por meio de contratos de pesquisa e financiamento;
- Sistema econômico: prevalece uma modificação na reprodução incessante da economia por meio de pagamentos, no lugar observa-se uma reprodução da solvência dos envolvidos na economia em especial diante do estrondoso aumento de despesas e gastos de recursos públicos;
- Sistema de ensino: de forma inédita o processo de aprendizagem retoma competência exclusiva das famílias, bem como se observa a migração aos modelos de ensino totalmente digitalizado, inclusive no âmbito universitário;
- Sistema de arte: a dependência de ‘performances’ e da presença no museu compromete significativamente a sua produção;
- Sistema de religião: reputado como o verdadeiro perdedor na crise diante da necessidade da presença física de todos os envolvidos, característica de muitas formas de religiosidade.

Cabe ressaltar que a particularidade do argumento se refere ao primado do sistema da saúde sobre os demais, mas é possível, de forma exploratória, observar inúmeras exceções a partir do caso brasileiro em relação ao ensaio, isto porque nem todas as operações dos sistemas funcionais vão de encontro a fórmula “achatar a curva”. Desde o início da pandemia, governo federal se aproveita dos conflitos e perturbações sociais instalados pela pandemia no âmbito da saúde pública para administrar sob uma forma de exceção autoritária. A exceção vira a regra, quebra de ritos, ausência de prestações de contas e excessivos abusos que remetem a outros momentos históricos do Brasil.

O desrespeito ao contexto democrático no ambiente político parece ser, em verdade, forma de elevar a curva de contaminação e de mortes. Será que estaríamos mesmo num processo de simplificação da diferenciação funcional por questão da saúde? Não estaríamos diante de um problema de manutenção das instituições políticas democráticas? No Brasil, na época o Chefe do Executivo federal, contra todas as recomendações da OMS e contra todas as evidências científicas sobre a disseminação do vírus da COVID-19, insistiu em negar a gravidade do vírus e a implementar um modelo responsivo e urgente de gestão da pandemia, assegurando o funcionamento do sistema público de saúde e a autonomia do sistema científico (Torres, 2021).

A questão revela a complexidade das inúmeras respostas que diferentes sistemas comunicam a respeito do vírus. A princípio, tais respostas já são em grande medida desencontradas diante da alta contingência do processo comunicativo e, ao mesmo tempo, revelam as diferenças das temporalidades imanentes de cada sistema social. Para alguns estudiosos é caso de entender também o que este momento da pandemia representa como suspensão de uma lógica horizontalizada da diferenciação. Resgatando Marcelo Neves, Fabrício Neves (2020) pontua bem a necessidade de diferentes contextos de uma “complexidade desestruturada” e “desestruturante”, por exemplo refletindo o sentido da periferia da pandemia tal como uma hipertrofia do sistema político e as diferentes temporalidade envolvidas.

Muitos problemas de uma “complexidade desestruturada” podem ser observadas, inclusive, constatando que a dimensão temporal da ciência é marcada por um ritmo paciente e limitado, o que restringe em alguma medida o oferecimento de respostas sanitárias em relação à pandemia. Comunicações científicas não conseguem acompanhar o ritmo frenético da dispersão e mutação do vírus. Apenas no Brasil, em março de 2021, a plataforma de dados genômicos da Fundação Oswaldo Cruz indicou a presença de 92 cepas de coronavírus no território desde o início da pandemia.⁷

⁷ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/04/05/dados-da-fiocruz-indicam-a-circulacao-de-92-cepas-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 07 abr. 2021.

Nesse sentido uma corrida para aplicar a fórmula “achatar a curva” pode incentivar e justificar medidas contraditórias à luz da operação dos respectivos sistemas funcionais, baseados em códigos e programas especializados. Outro exemplo que vale mencionar considerando o distanciamento do sistema científico e a pandemia foi a estratégia de acelerar a imunidade de rebanho, defendida inicialmente por governos da Holanda e do Reino Unido em detrimento de uma estratégia alternativa ao isolamento total. Casos mais extremos reforçam também problemas da própria operação interna do sistema da saúde, como situações de prescrições de remédios reconhecidamente ineficazes contra a Covid-19 ou de suplementos vitamínicos para aumentar a imunidade, mas sem qualquer tipo de comprovação da comunidade médica.

Do ponto de vista sistêmico, essas incertezas reforçam a dificuldade de observar o primado da saúde a todo o momento, inclusive constando estratégias de enfrentamento da saúde que não coincidem com as operações científicas. Ainda, é imperioso ponderar o contexto da operação da comunicação de massa no âmbito da sociedade digital. As *fake news* médicas representam uma infecção viral de desinformação no âmbito da opinião pública, com isso distorcendo as informações das melhores práticas de enfrentamento, das orientações do sistema de saúde e até mesmo as comunicações científicas. Na medida em que circula desinformação que desqualifica os necessários procedimentos de saúde pública, todo o mecanismo de enfrentamento da pandemia enfrenta uma insegurança, um perigo, isto é, uma incerteza radical que o sistema de saúde tem dificuldade para quantificar e gerenciar como risco interno ao sistema (Luhmann, 1993). A contingência da comunicação sobre o vírus e a pandemia, por exemplo, torna-se potencializada pelo uso de estratégias autoritárias de gestão e que se baseiam no descrédito generalizado dos meios simbólicos – a verdade, o poder, a validade jurídica –, com a aposta em discursos que, por linguagem ou símbolos, de maneira ora explícita ora subentendida, recorrem a via da mentira, da violência e da ilicitude como atalhos aceitáveis para a conquista e o manejo do Estado.

Esta perspectiva é de alguma forma resgatada por Stichweh em uma recente nota resposta que sustenta de que na maioria das regiões da sociedade mundial, não é possível identificar um sistema imunológico social para defesa contra pandemias que seja comparável em termos de eficácia e capacidade de aprendizagem. Na visão do sociólogo esta é a lição mais importante ensinada pela pandemia do coronavírus e deve determinar os ajustes estratégicos das instituições sociais da sociedade mundial. O interessante deste segundo texto é a constatação do caráter da multifuncionalidade presente nas comunicações sobre o enfrentamento da pandemia. As instituições que participam da construção de um sistema imunológico social para pandemias são diversas e multifuncionais, muitas vezes vincu-

ladas a diversos problemas sociais e que marcam os problemas comunicativos. É nesse sentido que o sociólogo reforça a importância da manutenção do regime democrático para a sustentação das medidas de enfrentamento, o que em alguma medida mitiga seu argumento inicial de simplificação social via o primado da operação do sistema da saúde.

Stichweh aponta que é preciso observar a operação de um Estado democrático, que não se intimide com intervenções, mas que, por sua vez, tenha mecanismos de controle interno abrangentes para garantir os interesses diversos da população capaz de lidar com uma pluralidade de questões: desde problemas da saúde pública, relacionados aos acessos de insumos e vacinas, até a configuração do transporte público ou de situações de trabalho. Vale lembrar que na visão sistêmica a democracia passa a supor a institucionalização do governo e da oposição, qualquer forma de exclusão de participação da oposição representa um comprometimento democrático – e não deve ser confundido com a inerente exclusão da oposição na chefia de governo, pois ela se faz presente no processo de tomada de decisão através da representação parlamentar e presume-se através de uma alternância temporal no governo entre os partidos organizados.

O funcionamento de um sistema de saúde pública deve ficar atento à comunicação científica e admitir nas suas bases organizacionais múltiplos pontos de vista, de governo ou oposição, sobretudo por meio de marcos jurídicos de emergência como comitês de crises, *pool* de tecnologia e licenciamentos compulsórios, deferenças às autoridades sanitárias internacionais entre tantas outras comunicações jurídicas que lidam com as calibrações necessária diante do prolongamento da pandemia.

Reforça-se, novamente, a importância e necessidade de observar a temporalização da validade normativa. A gestão democrática do combate ao coronavírus dependeu de um mecanismo de observação de segunda ordem: quem observa as decisões sobre a gestão da pandemia são pacientes, cientistas e médicos; eles sinalizam os caminhos para quem vai decidir. O processo da gestão da saúde serve como um mecanismo de reflexividade do sistema político e jurídico: o poder dos políticos é subordinado à soberania popular e das autoridades judicantes aos argumentos científicos e médicos. Na medida em que esse procedimento seja distorcido, o que está em jogo é a própria autonomia operacional do sistema político e o agravamento da pandemia.

CONCLUSÃO

Este texto reforçou a ideia de que a comunicação sobre a pandemia está atrelada a diferentes temporalidades dos sistemas sociais funcionais, o que exige

compreender, de um lado, a especificidade das respectivas comunicações e, ao mesmo tempo, compreender a potencialidade de abertura cognitiva que a pandemia representa como reconstrução de novidade informativa no interior da sociedade. A perspectiva sistêmica não contribui para antecipar ou prever o futuro da pandemia, não é objeto de um planejamento normativo, mas sim de compreender a complexidade da experiência de uma sociedade pós-pandêmica. Nesse sentido vale lembrar que a própria comunicação científica sobre COVID-19 é uma área ainda de disputa e de incertezas, o que remete aos diferentes critérios utilizados para sua definição ao longo da história – e.g., variações das teorias e métodos. Porém, ao referir-se ao conhecimento científico, o direito ou a política não são ciência e a gestão da saúde pública passa a ser alvo de práticas autoritárias e abusivas que visam romper com o regime democrático que supõe a institucionalização de uma dinâmica plural de gestão, sem prejudicar a autonomia da ciência.

A grande questão é saber como traduzir e operacionalizar um conhecimento científico sobre o COVID-19 no sentido de viabilizar uma decisão jurídica temporalmente válida ou responsivamente política, preocupada com a prestação de contas para as comunidades médicas. De um lado, por assim dizer, a ciência admite e opera com a incerteza. Do outro, o direito busca decidir e produzir certeza a partir do conhecimento disponível. A seleção e a tradução deste conhecimento científico são resultado do trabalho de uma autoridade (e não um cientista). Como é, então, possível falar numa razão imunológica? É preciso se atentar para diferentes temporalidades dos sistemas, caso contrário o próprio sistema imunológico da sociedade pode reagir de forma desordenada, eventualmente desdobrando em patologias autoimunes.

Construir este sistema imunológico social de enfrentamento da pandemia possibilita observar uma reorganização interna do direito e da política, vinculada a dimensão temporal de cada operação, além é claro de constatar uma nova agenda de pesquisa para os cientistas sociais que deverão observar e acompanhar as irritações e os respectivos desdobramentos internos de cada subsistema social funcional. No caso do direito, o interesse recai na compreensão dos marcos jurídicos de emergência, que muitas vezes refletem a comunicação organizacional e periférica do direito.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

FARIA, J. E. Libertarismo e liberalismo em tempos de pandemia. *Jota*, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/libertarismo-e-liberalismo-em-tempos-de-pandemia-01042020>. Acesso em: 12 jan. 2024.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Risk – A sociological theory*. London: Taylor & Francis Group, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Herder, 2012.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

MINHOTO, L.; GONÇALVES, G. Nova ideologia alemã? A teoria social envenenada de Niklas Luhmann. *Tempo Social*, v. 27, p. 21-43, 2015.

NEVES, F.M.. Provincializando o COVID-19: Resposta ao Vírus em Contexto Hipercomplexo. *Nau - A Revista Eletrônica da Residência Social*, v. 11, p. 157-165, 2020.

NEVES. M. *Entre Têmis e Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RODRIGUES, Léo P.; COSTA, Éverton G. da. Impacto da pandemia de Covid-19 ao sistema social e seus subsistemas: reflexões a partir da teoria social de Niklas Luhmann. *Sociologias*, v. 23, n. 56, p. 302-335, 2021.

SCHWARTZ, G.A.; COSTA, Renata Ameida ; FINCO, M. . Os perigos da desdiferenciação e a pandemia de covid-19: o caso da hidroxicloroquina no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 23, p. 1-16, 2023.

STICHWEH, R. Simplificación de lo social durante la pandemia del corona-virus. *Revista Em Tese*, v. 17, n. 20, p. 16-23, 2020.

TORRES, E. Estados protetores e agressores na sociedade mundial: os efeitos sociais da Covid19. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 1842-1868, 2021.

ŽIŽEK, Slavoj. *Pandemic! Covid-19 Shakes the World*. New York: OR Books, 2020.