

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF  
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO – PPGD  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**A COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA ENTRE DIREITO E  
SAÚDE COMO CONDIÇÃO DE REGULAÇÃO E EFICÁCIA  
DE DIREITO FUNDAMENTAL, NAS DECISÕES DA OMS,  
OPAS, SUS, ANVISA E STF DURANTE A EMERGÊNCIA DA  
COVID-19 NO BRASIL**

**BIANCA NEVES DE OLIVEIRA**

**Passo Fundo – RS, março de 2023**

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF  
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO – PPGD  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**A COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA ENTRE DIREITO E  
SAÚDE COMO CONDIÇÃO DE REGULAÇÃO E EFICÁCIA  
DE DIREITO FUNDAMENTAL, NAS DECISÕES DA OMS,  
OPAS, SUS, ANVISA E STF DURANTE A EMERGÊNCIA DA  
COVID-19 NO BRASIL**

**BIANCA NEVES DE OLIVEIRA**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientador: Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho**

**Passo Fundo, março de 2023.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, pelos ensinamentos, por todas as sugestões de leituras, a atenção e a confiança que me foi dada. É um privilégio ser sua orientanda, obrigada.

Agradeço, a UPF que me ajudou com a concessão de uma bolsa institucional.

Agradeço a minha família.

Agradeço ao meu companheiro que sempre me incentiva na busca por conhecimentos e aprendizagem.

Agradeço ao Gabriel e o João, que contribuíram nessa caminhada de debates e reflexões.

Aos colegas e amigas (os) e aos professores do mestrado, e a secretaria, pela manutenção de um ambiente acadêmico de alto nível.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, 23 de março de 2023



**BIANCA NEVES DE OLIVEIRA**

**Mestranda**

## PÁGINA DE APROVAÇÃO



A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“A COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA ENTRE DIREITO  
E SAÚDE COMO CONDIÇÃO DE REGULAÇÃO E  
EFICÁCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL, NAS DECISÕES  
DA OMS, OPAS, SUS, ANVISA E STF DURANTE A  
EMERGÊNCIA DA COVID-19 NO BRASIL”**

Elaborada por

**BIANCA NEVES DE OLIVEIRA**

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito”  
Área de Concentração – Novos Paradigmas do Direito

**APROVADA COM DISTINÇÃO E LOUVOR**

Pela Comissão Examinadora em: 23/03/2023

**Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho**  
Coordenador PPGDireito  
Presidente da Comissão Examinadora  
Orientador

**Dr. Clóvis Demarchi**  
Membro externo

**Dr. Paulo Roberto Ramos Alves**  
Membro interno

**UPF Campus I** - BR 285 - KM 292,7 - São José  
Passo Fundo - RS - CEP: 99052-900  
(54) 3316 8100 - [www.upf.br](http://www.upf.br)



- O48c Oliveira, Bianca Neves de  
A comunicação intersistêmica entre direito e saúde como condição de regulação e eficácia de direito fundamental, nas decisões da OMS, OPAS, SUS, ANVISA e STF durante a emergência da COVID-19 no Brasil [recurso eletrônico] / Bianca Neves de Oliveira. – 2023.  
1.1 MB : PDF.
- Orientador: Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2023.
1. Direito à saúde. 2. Direitos fundamentais. 3. COVID-19 (Doença). 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 5. Sistemas sociais. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes, orientador. II. Título.

CDU: 342.7

## SUMÁRIO

RESUMO.....	p.11
RESUMEN.....	p.12
INTRODUÇÃO.....	p.13
<b>1. COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA: DIREITO E SAÚDE.....</b>	<b>p.24</b>
1.1 As consequências de uma análise do direito e da saúde como sistemas na teoria de Luhmann e Teubner.....	p.24
1.1.1 Acoplamento ou Conflito Intersistêmico?.....	p.24
1.1.2 A Teoria dos Sistemas .....	p.25
1.1.3 Conflitos Intersistêmicos em Teubner.....	p.31
1.2 Constitucionalismo Intersistêmico.....	p.39
1.2.1 Comunicação e Saúde.....	p.39
1.2.2 Matrizes do Direito e constituições .....	p.43
<b>2. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL, E SUAS ORGANIZAÇÕES NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL .....</b>	<b>p.51</b>
2.1 Direitos Fundamentais.....	p.51
2.1.1 Direitos Fundamentais em Gregório Peces-Barba.....	p.53
2.1.2 Direitos Fundamentais em Luigi Ferrajoli.....	p.58
2.1.3 Teoria Política do Estado de Bem-Estar. Luhmann.....	p.63
2.2. Comunicação pelas Organizações Durante a Pandemia da COVID-19.....	p.73
2.2.1 Comunicação pela semântica: vacinação, OMS, OPAS, SUS, ANVISA.....	p.73
2.2.2 O Ministério da Saúde e História do SUS.....	p.76
2.2.3 ANVISA: Vigilância e Fiscalização.....	p.84
<b>3. SISTEMA JURÍDICO E PANDEMIA COVID-19.....</b>	<b>p.88</b>
3.1. A crise social e a emergência de saúde pública no Brasil- Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 e a CF.....	p.88
3.2 Atuação Tribunal/ Jurisprudência. STF e COVID. A atuação do STF no caso da Vacinação compulsória.....	p.98
3.3 Efetividade do acoplamento estrutural Direito e Saúde no controle da COVID-19 .....	p.106
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>p.108</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>p.114</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>p.128</b>

## RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar a semântica comunicacional intersistêmica gerada pelas relações do sistema da saúde com o sistema do direito, por meio de decisões de organizações, notadamente, do STF, facilitadas por standards da OMS, OPAS, SUS, ANVISA, com o intuito de se contribuir para a regulação do impacto da COVID-19 no Brasil. A escolha deste tema se impõe devido à dimensão pandêmica que atingiu a vida de toda a população, gerando inquietude e imensa crise social. A metodologia adotada é a Pragmática Sistêmica, vinculada à teoria dos sistemas sociais, principalmente, na vertente de Niklas Luhmann, revista por Gunther Teubner, tendo por base de análise a comunicação. Do mesmo modo, insere-se na teoria do discurso dos Direitos Fundamentais. A técnica de pesquisa utilizada é a da pesquisa bibliográfica, principalmente em livros, artigos, leis, análise de jurisprudência do STF, tratados e convenções internacionais. O argumento foi dividido em três capítulos. A pesquisa demonstra que existe um acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da saúde, que permitiu regular os desdobramentos da COVID-19. O impacto desta pandemia, embora imenso e dramático, foi controlado graças a essa dimensão sistêmica. O Direito fundamental à saúde foi o grande standard destas lutas.

**Palavras-chave:** Comunicação Intersistêmica; COVID-19; Decisões do STF; Direito e Saúde; Direito Fundamental.



## RESUMEN

El objetivo de esta tesis es analizar la semántica de comunicación intersistémica generada por las relaciones del sistema de salud con el sistema legal, a través de decisiones de organizaciones, en particular el STF, facilitadas por estándares de la OMS, OPS, SUS, ANVISA, con el fin de contribuir a la regulación del impacto del COVID-19 en Brasil. La elección de este tema es necesaria debido a la dimensión pandémica que ha afectado la vida de toda la población, generando malestar e inmensa crisis social. La metodología adoptada es la teoría de los sistemas sociales, principalmente en la línea de Niklas Luhmann, revisada por Gunther Teubner, basada en el análisis de la comunicación. Del mismo modo, forma parte de la teoría del discurso de los Derechos Fundamentales. La técnica de investigación utilizada es la de la investigación bibliográfica, principalmente en libros, artículos, leyes y jurisprudencia de la Corte Suprema, tratados y convenciones internacionales. El argumento se dividió en tres capítulos. La investigación demuestra que existe un acoplamiento estructural entre el sistema legal y el sistema de salud, lo que ha permitido regular el desarrollo de COVID-19. El impacto de esta pandemia, aunque inmenso y dramático, se ha controlado gracias a esta dimensión sistémica. El derecho fundamental a la salud fue el gran estándar de estas luchas.

**Palabras-clave:** Comunicación intersistémica; Derecho y Salud; Derecho fundamental; COVID-19; Decisiones del Tribunal Supremo.

## INTRODUÇÃO

O Objetivo Institucional desta Dissertação de Mestrado é a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade de Passo Fundo (UPF). Igualmente segue-se a linha de pesquisa 1. Jurisdição Constitucional e Democracia.

O objetivo Geral é análise da semântica comunicacional gerada pelas relações do sistema da saúde com sistema do direito, por meio de decisões de organizações, notadamente, do STF, facilitadas por standards da OMS, com o intuito de se contribuir para a regulação do impacto da COVID-19 no Brasil. A escolha deste tema se impõe devido à dimensão pandêmica que atingiu a vida de toda a população, gerando inquietude e imensa crise social.

A metodologia adotada é a Pragmática Sistêmica, conforme a teoria dos sistemas sociais, principalmente, na vertente de Niklas Luhmann, revista por Gunther Teubner, tendo por base de análise a comunicação. Do mesmo modo, insere-se na teoria do discurso dos Direitos Fundamentais. A técnica de pesquisa utilizada é a da pesquisa bibliográfica, principalmente em livros, artigos, leis e análise da jurisprudência do STF, tratados e convenções internacionais.

Os principais conceitos operacionais seguidos são: Sistemas; Comunicação Intersistêmica; Organização; COVID-19; Supremo Tribunal Federal; Sistema de Saúde, Vacinação, Direito Fundamental; Acoplamento Estrutural.

Assim sendo, a pesquisa aborda aspectos relevantes da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, na versão de Teubner, com vistas a análise de organizações chaves para a tomada de decisões sobre a saúde, ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde) e SUS (Sistema Único de Saúde), conjuntamente com o STF (Supremo Tribunal Federal), suas relações com os Direitos Fundamentais, como justificativa para a realização da pesquisa. Deste modo, a hipótese central propõe uma observação sociológico-sistêmica, diferentemente da perspectiva dogmática normativista, que permitiria aprofundar a interdisciplinaridade da comunicação.

Nesta linha de ideias, o principal objetivo é a produção de uma reflexão sobre as decisões na comunicação intersistêmica entre direito e saúde como

condição de garantia de direito fundamental, durante a emergência da COVID-19, no Brasil.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, este trabalho foi estruturado, em três capítulos, que focam nos objetivos específicos do projeto apresentado. In, o **CAPÍTULO I - COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA: DIREITO E SAÚDE**, corresponde ao objetivo: a) analisar a comunicação intersistêmica, desde a teoria de Niklas Luhmann e Gunther Teubner, e a Pragmática Sistêmica para Rocha<sup>1</sup>; já o **CAPÍTULO II - SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL, E SUAS ORGANIZAÇÕES NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL**, refere-se ao, b) estudar a Comunicação pelas Organizações: OMS (Organização Mundial de Saúde), SUS (Sistema Único de Saúde Brasileiro, a Lei nº 8.080/90), ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999), Ministério da Saúde (Lei nº 1920 de 25/7/1953, OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde) e OMS (Organização Mundial de Saúde), STF (Supremo Tribunal Federal); e, de sua parte o **CAPÍTULO III - SISTEMA JURÍDICO E PANDEMIA COVID-19**, examina o, c) perscrutar atuação do STF no Brasil sobre a Vigilância Sanitária durante a COVID-19.

Em grandes linhas, no **primeiro capítulo**, introduz-se os conceitos operacionais de Acoplamento estrutural e Comunicação intersistêmica. Na perspectiva de Luhmann, “os acoplamentos estruturais restringem o campo das possíveis estruturas com as quais um sistema pode realizar sua autopoiese”<sup>2</sup>. Os sistemas são operacionalmente fechados e diferenciados de seu ambiente. Para se comunicar precisam estabelecer contatos auto referenciais, respostas a partir de suas estruturas. Por isso o acoplamento reduz a complexidade estrutural construindo uma complexidade operativa. Já Gunther Teubner, por sua parte, em seus primeiros textos de juventude, coloca o conceito de **Conflitos Intersistêmicos** para uma descrição mais detalhada da evolução da comunicação entre os sistemas<sup>3</sup>.

Desde a perspectiva do enfrentamento do grande problema social provocado pela COVID-19, neste capítulo, observar-se-á as vantagens de empregar-

---

<sup>1</sup> Sobre Pragmática Sistêmica pode-se ver. ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes jurídicas**. In RECHTD v.5 n.2 (2013): julho/dezembro.

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007, p.72.

<sup>3</sup> Sobre conflitos intersistêmicos, ver ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo Intersistêmico: Sistemas Sociais e Constituição em Rede**. Blumenau: Dom Modesto, 2023.

se as definições de acoplamento ou conflito intersistêmico para a elucidação da evolução da pandemia no Brasil<sup>4</sup>.

Desta maneira, assumindo a influência da Teoria dos Sistemas Sociais nos recentes estudos em **Sociologia do Constitucionalismo**, pode ser feita uma abordagem do **conceito de Constituição** como acoplamento estrutural na perspectiva de Niklas Luhmann.<sup>5</sup>

Do mesmo modo, o conceito operacional de autopoiese, revisto desde a ideia de hiperciclo, é representado por Teubner, como a moderna Comunicação do Direito com a sociedade. Assim, a autopoiese, possui, para ele, um ato de comunicação = dois circuitos de comunicação (um geral e um específico). O ato de comunicação é o mesmo, o que os diferencia são os elementos.<sup>6</sup> Propõe, assim, a interferência mútua dos sistemas para tornar possível **não apenas a observação recíproca, mas uma efetiva conexão comunicativa** entre o sistema e o “mundo da vida”. Conforme Teubner, “uma ligação (interferência) intersistêmica é garantida pela circunstância da sua partilha num **único evento comunicativo**, sem que isso implique ou signifique, contudo, qualquer participação na autopoieses própria de cada um.

Outrossim, Teubner, em recente livro (2016),<sup>7</sup> salienta a importância da circularidade como fonte de uma comunicação intersistêmica na globalização, por meio de um novo conceito: **constitucionalismo social**. Para ele, desde uma nova questão constitucional, se poderia analisar a **eficácia horizontal dos direitos fundamentais** e observar a colisão e conexão em rede das constituições transnacionais. Essa ideia é adotada para a análise das organizações de saúde como a OMS, e o SUS.

Nesta linha de ideias, pode-se pensar em um **Constitucionalismo intersistêmico**, como facilitador da Comunicação entre os sistemas de saúde e sistema do direito. No caso, a pesquisa postula a existência de uma **comunicação**

---

<sup>4</sup> Sobre COVID-19, ver a excelente publicação: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (organizador); TEIXEIRA Alessandra Vanessa...[et.al]. **Paradigmas da Sociedade Contemporânea: Reflexos das Pandemias**. Dados eletrônicos. - Itajaí, SC. UNIVALI, 2020.

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.22.

<sup>6</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.p.78.

<sup>7</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais. Constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

**intersistêmica**<sup>8</sup>, para conexões entre organizações internacionais como a OMS (Organização Mundial de Saúde), OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde), e organizações estatais como o STF. Para tanto, inicialmente, será feita uma introdução aos elementos que estabelecem ligações duradouras entre os sistemas sociais locais de Direito e Política, passando pelos conceitos de comunicação, sociedade, segregação funcional, e por fim Constituição, como acoplamento estrutural. Na síntese da Sociologia do Constitucionalismo, realizada por Febbrajo<sup>9</sup>, percebe-se como o termo “Constituições” e não mais “Constituição” passou a ser utilizado para evidenciar o modo como o Sistema do Direito hoje está acoplado em perspectiva jurídico constitucional com outros sistemas sociais, para além da política.

Desta maneira, quando uma organização de determinado sistema toma uma decisão, como o Tribunal (Sistema do Direito) ou o Estado (Sistema da Política), essa decisão também é caracterizada como uma comunicação no âmbito desse sistema social, afinal, decide-se com base em um código binário, seja baseado na lógica do Direito/não Direito (Tribunal/Sistema do Direito) ou não dinâmica do poder, envolvendo a distinção governo/oposição (Estado/Sistema da Política).<sup>10</sup>

Nesta linha de raciocínio com a expansão da Pandemia, gerada pela COVID-19, a atuação do sistema global da saúde na produção de recomendações e diretrizes que influenciam diretamente a produção de legislação, o trabalho diário de governantes e indivíduos e as decisões de tribunais do mundo inteiro, foi destacada. Assim sendo, no âmbito de uma sociedade globalizada e policontextual<sup>11</sup>, segundo Rocha; Costa; e Oliveira, percebe-se o contato recíproco entre diferentes sistemas sociais. Neste caso, destacam-se os sistemas da Saúde, do Direito e da Política para a solução de um problema de natureza global.

---

<sup>8</sup> Sobre esse conceito, pode-se consultar. ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.25.

<sup>9</sup> FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.p.22.

<sup>10</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.25.

<sup>11</sup> COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, L. S. **A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização**. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias. (Org.). Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

O estado de disseminação da Pandemia em torno da COVID-19 evidencia a atuação do sistema global da saúde na produção de recomendações e diretrizes que influenciam diretamente a produção de legislação, a atuação diária de governantes e indivíduos e as decisões de tribunais do mundo inteiro. Em síntese, no âmbito de uma sociedade globalizada e policontextural.

O segundo capítulo, é intitulado **SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL, E SUAS ORGANIZAÇÕES NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL**. Para desenvolver esse raciocínio, em uma primeira parte, aborda-se as teorias de Gregório Peces-Barba<sup>12</sup>, Luigi Ferrajoli<sup>13</sup> e Niklas Luhmann<sup>14</sup>, caracterização dos Direitos Fundamentais como standards em nossa abordagem intersistêmica; para em uma segunda parte, expor, alguns exemplos no Brasil, sobre o funcionamento e história das organizações voltadas à saúde, durante a pandemia da COVID-19, OMS, SUS, ANVISA. Pretende-se abordar tais autores, demonstrando, como para eles, pode-se propor releituras que permitem o reexaminar dos direitos fundamentais e das políticas de saúde tendo em vista, sobretudo, os impulsionamentos dos incidentes problemas ecológicos globais. Assim, ao dispor primeiramente os interlocutores em seus respectivos campos de análise, procura-se, por conseguinte, mostrar como suas ideias que, colocadas em um debate que focalize correções por seus obstáculos, podem contribuir para a construção de uma perspectiva pragmático-sistêmica de enfrentamento da temática.

Luhmann, em seu livro *Direito da Sociedade*, iria enfatizar, mais tarde, a importância da constituição, como acoplamento entre o sistema do Direito e o sistema da política. Para ele “esse modelo de descrição de um sistema político- jurídico deixou-se democratizar graças a transição, dificilmente perceptível, marcada pela questão constitucional.”<sup>15</sup>. Já para Ferrajoli, a teoria do constitucionalismo, entendida como

---

<sup>12</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma constituição da terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020. Sobre isso se pode igualmente, ver, FERRAJOLI, Luigi. **La Costruzione della democrazia**. Teoria del garantismo costituzionale. Roma: Laterza, 2021.

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.555.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.556.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Mínima Trotta, 2011. p. 12-15.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional**. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Mínima Trotta, 2011. p. 27.

modelo de Direito, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, é muito relevante.

Tratam-se de duas teorias: de Luhmann e de Ferrajoli, que refletem sobre o significado, as possibilidades e os limites da política nas condições atuais e futuras. A política é um tipo de prática que merece maior atenção e cuidado, pois constatou-se que perante a vulnerabilidade social que assola nossa sociedade atual, o futuro da democracia passa pela reinvenção de uma forma de governabilidade além do Estado do Bem-estar social. Isto se relaciona com o poder de decisão das organizações.

Neste sentido, importa para a pesquisa a análise do Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se de uma organização extremamente relevante criada pela Constituição Federal de 1988, para que toda a população brasileira tenha acesso ao atendimento público de saúde. Anteriormente, a assistência médica estava a cargo do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), limitada aos empregados que contribuíssem com a previdência social.

Assim, o direito na sociedade (comunicação) digital, a inter-relação entredireito, saúde, tecnologia digital (por exemplo: o ConectSUS e Coronavírus-SUS), economia e governança (política), para a proteção de dados pessoais, podem ser observadas, a partir dos pressupostos técnicos e cognitivos que (re)estruturam as práticas sociais. A construção dos sentidos e a reorganização dos modos de regulação e governança da sociedade digital ocorre em uma necessária complementariedade entre as observações e conhecimentos jurídicos, técnicos, científicos e organizacionais.

Outra organização a ser pesquisada é a OMS formada atualmente por 194 Estados-membros e com sede em Genebra, surgiu da necessidade no pós-guerra de cooperação em saúde a nível internacional. Nesse período, milhões de europeus encontravam-se em condições de vulnerabilidade social devido ao conflito, em um cenário propício para o surgimento de epidemias. A OMS possui uma constituição interna, composta por princípios institucionais, além de uma estrutura própria, com centenas de escritórios distribuídos pelo mundo. A nível organizacional, possui uma

tríade institucional composta pela Assembleia Mundial de Saúde, pelo Conselho Executivo e pela Direção-Geral.<sup>16</sup>

Nessa perspectiva, os princípios que norteiam a atuação da OMS são considerados basilares para a prosperidade da população, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança”, segundo assevera o Preâmbulo da Constituição da OMS.

De sua parte, o SUS, como já se assinalou acima, conforme o artigo 198 CF, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada. Já a sua regulamentação: ocorre com duas Leis sendo elas a 1) Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da saúde) e 2) Lei 8.142/1990 (participação social no SUS), como a sociedade participam da gestão do Sus e repasse de verbas que estão destinadas da saúde.

Resumidamente, os três princípios que orientam a construção do SUS são: Universalidade (garantia do acesso à todo e qualquer serviço de saúde), exemplo pode-se citar os estrangeiros (Território nacional), de acordo com suas necessidades, podem ser atendidos pelo SUS; Equidade (acesso à saúde, de igual forma e em igualdade de condições, independentemente da complexidade de cada caso; Integralidade (atender a todas as suas necessidades), observando o paciente na sua totalidade e necessidades de saúde.

A pandemia de COVID-19 foi devastadora no Brasil. O primeiro caso confirmado de coronavírus, foi no final de fevereiro, em 2020, em São Paulo, enquanto a Europa já registrava muitos óbitos por COVID-19. O enfrentamento da pandemia ainda é um desafio, pois exige que se associe à atenção individual, o cuidado centrado na comunidade, requerendo uma abordagem cotidiana realizadas, com medidas para combater o contágio, mantendo as mãos limpas, lavar com água e sabão, ou álcool em gel 70%, quando não houver possibilidade de lavagem. Evitando aglomerações, lugares fechados, o uso de máscaras, manter ventilação aos ambientes, hidratação, e principalmente a vacinação e comunitária necessária ao enfrentamento de qualquer epidemia e tem papel decisivo.

Do ponto de vista de Organização formal da saúde foi criada a ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária é uma agência reguladora, sob a forma de

---

<sup>16</sup> MATTA, G.C. **A Organização Mundial da Saúde: do controle de epidemias à luta pela hegemonia.** Trabalho, Educação e Saúde, v. 3, n. 2, 2005.p. 371 – 396.



autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Fundação em 26 de janeiro de 1999. A ANVISA realiza a vigilância sanitária.

O novo coronavírus (nCoV) é uma nova cepa de coronavírus que havia sido previamente identificada em humanos. Conhecido como 2019-nCoV ou COVID-19, ele só foi detectado após a notificação de um surto em Wuhan, China, em dezembro de 2019.<sup>17</sup>

Todavia, a crise decorrente do novo coronavírus veio testar a capacidade de atuação ágil das agências reguladoras na adoção de medidas emergenciais. Em razão da urgência, houve a necessidade de dispensa de algumas medidas que, em situações ordinárias, seriam exigidas das agências reguladoras como parte do devido processo de produção normativa. A análise dos atos emanados pelas Agências Reguladoras Federais para o enfrentamento da crise de saúde pública gerada pela COVID-19 no Brasil permite averiguar a capacidade de atuação dessas instituições e a extensão em que foi possível (ou não) manter os mecanismos usualmente relacionados à legitimidade democrática dessas entidades, como consultas públicas e análises de impacto regulatório.

No que tange ao terceiro capítulo, denominado **Sistema jurídico e Pandemia COVID-19**, pretende-se estudar a atuação do Supremo Tribunal Federal a partir do sistema do direito e garantias: saúde como direito fundamental. Dessa forma, objetiva analisar as expectativas e realidades da tomada de decisão de tais julgados, principalmente, no caso da Vacinação Compulsória ADI 6586/DF.

No Brasil houve o reconhecimento da calamidade pública, pandemia, COVID-19, pelo Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março 2020, com o agravamento da COVID-19, foi elaborada a Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020<sup>18</sup>, que foi em parte alterada, a qual dispõe sobre as medidas, validas provisoriamente, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, durante a vigência da pandemia. Esta lei desde o seu art. 2ª, informa que está inserida nas disposições recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Assim

---

<sup>17</sup> Coronavírus - **OPAS/OMS** | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso dia 10 de abril 2023.

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 07 abril 2023.

sendo, existe uma **comunicação** entre o sistema da política e o sistema da saúde, por meio de uma Lei (sistema do direito).

Nesse sentido, no Brasil, as diretrizes da Organização Mundial da Saúde, sistema da saúde, resultaram na promulgação desta Lei nº 13.979/2020<sup>19</sup> e no Decreto nº 10.212/202043, neste último, é mencionada a própria assembleia da OMS como fundamentação da legislação.<sup>20</sup>

O Estado brasileiro é uma República Federativa (art. 1º da Constituição Federal)<sup>21</sup>, de regime presidencialista. Assim, há uma repartição nas competências legislativas, nos termos dos artigos 22 e seguintes da Constituição Federal.<sup>22</sup> Essa concepção provocou diversos questionamentos sobre possíveis incompatibilidades entre a legislação emanada da Federação, dos Estados e dos Municípios.

Nesta linha de ideias, o governo federal passou a editar vários atos que, segundo representantes de Estados e Municípios, tentavam barrar os atos normativos por eles editados diante da COVID-19. Destaca-se, a postura do Presidente da República de resistência ao distanciamento social no início da Pandemia.

Isto provocou questionamentos, de um lado, a Federação passou a defender seu papel indispensável na internalização das medidas globais para o combate à COVID-19, mesmo que contrariasse os protocolos internacionais de prevenção e combate à Doença. De outro lado, fundada no princípio federativo (repartição de competências), Estados e municípios sustentam sua autonomia para tomar decisões no tocante à matéria. Em razão disso, tais entes, baseados na já mencionada Lei 13.979/2020 e com fulcro constitucional nos artigos 23, II e 24, IX, da Constituição Federal (competência), a despeito da contrariedade do Governo Federal,

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 07 abril 2023.

<sup>20</sup> Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005.

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>22</sup> Entre referidos dispositivos destacam-se os seguintes: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 13 abril. 2023.

determinaram medidas recomendadas pela OMS, tais como suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas e outras mais.

O referido conflito de competência chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura da Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF 672) do Distrito Federal, tendo como requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

Neste item, a pesquisa propõe uma observação sistêmica diferenciada, desde a perspectiva teórica Pragmática sistêmica, daquela proposta normativista, dogmática, centrada somente na legislação, voltada a uma crítica da análise das decisões das organizações, notadamente, o STF, apontando os critérios de padronização adotados, suas especificidades, dificuldades de efetividade e necessidade de reelaboração conceitual para o enfrentamento das improbabilidades e indeterminações sistêmicas. O poder judiciário, por meio do STF tomou importantes decisões sobre a saúde durante o período da COVID-19 no Brasil, sendo as principais, além daquela já abordada sobre a competência dos Estados e Municípios, o caso da vacinação compulsória.

Para tanto, o caso da Vacinação Compulsória, nº 6586 e 6587, será examinado, de forma mais detalhada, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, no julgamento das Ações Diretas de inconstitucionalidade nº 6586 e 6587 e no Agravo em Recurso Especial nº 1267879), (PLENÁRIO,2021). Trata-se de um processo de tentativa de legitimação da exclusão social que pode ser verificado por meio de uma análise da decisão sobre a Vacinação compulsória.

Por fim, será testada a percepção de que diretrizes oriundas do Sistema da Saúde, emanadas de uma organização que está para além dos Estados nacionais, influenciam diretamente a produção de legislação dos países. Pois, alteram a atuação rotineira de seus agentes e servem como fundamentação para decisão de seus tribunais, sendo uma característica que evidencia a definição atual de Constituição, alçada à solução de problemas de natureza global. Esse elemento caracteriza, como se demonstrará, a **terceira fase** do Direito Constitucional, com destaque para a presença forte de um constitucionalismo social.<sup>23</sup> E, assim, permitindo a conexão

---

<sup>23</sup> Sobre essa temática, ver ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**, p.10-31. In

entre o sistema da saúde e o sistema do direito nos conflitos da pandemia de COVID-19.

## CAPÍTULO 1

### COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA: DIREITO E SAÚDE

#### 1.1 As consequências de uma análise do direito e da saúde como sistemas na teoria de Luhmann e Teubner

##### 1.1.1 Acoplamento ou Conflito Intersistêmico?

A observação da saúde como um sistema, e a forma de seus acoplamentos, e, ou, conflitos intersistêmicos, de sua a priori, improbabilidade comunicativa, com o sistema do Direito é um dos pontos de partida desta dissertação. O conceito de sistema para Niklas Luhmann, segundo Rocha,<sup>24</sup> permite a utilização de uma metodologia analítica sofisticada para a comunicação social. No que interessa aqui, inicialmente, pode se introduzir o conceito de acoplamento estrutural para o exame das conexões de sentido. Para Luhmann, “os acoplamentos estruturais restringem o campo das possíveis estruturas com as quais um sistema pode realizar sua autopoiese”<sup>25</sup>. Os sistemas são operacionalmente fechados e diferenciados de seu ambiente. Para se comunicar precisam estabelecer contatos auto referenciais, respostas a partir de suas estruturas. Por isso o acoplamento reduz a complexidade estrutural construindo uma complexidade operativa. Já Gunther Teubner, em seus primeiros textos de juventude, coloca o conceito de conflitos intersistêmicos para uma descrição mais detalhada da evolução da comunicação entre os sistemas.

Desde a perspectiva do enfrentamento do grande problema social provocado pela Covid-19, observar-se-á as vantagens de empregar-se as definições de acoplamento ou conflito intersistêmico para a elucidação da evolução da pandemia no Brasil<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes jurídicas**. In RECHTD v.5 n.2 (2013): julho/dezembro.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007, p.72.

<sup>26</sup> Sobre COVID-19, ver a excelente publicação: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (organizador); TEIXEIRA Alessandra Vanessa...[et.al]. **Paradigmas da Sociedade Contemporânea: Reflexos das Pandemias**. Dados eletrônicos. - Itajaí, SC. UNIVALI, 2020.

### 1.1.2 A Teoria dos Sistemas

A teoria dos sistemas observa as organizações como lugar de tomada de decisões que permitem acoplamentos e, ou, conflitos intersistêmicos. Aponta Niklas Luhmann, que a teoria das organizações e a teoria da sociedade refere-se a duas linhas de ideias importantes que são: “1) As organizações como sistemas autopoieticos (tomada de decisão) e 2) Centro/Periferia, sistemas globais de sentido (comunicação).”<sup>27</sup>

Todavia, a Teoria dos Sistemas e Direito em Niklas Luhmann, descreve a sociedade como um sistema operacionalmente fechado, para ele, esse sistema é autopoietico: produção do sistema por si mesmo. A autopoiese<sup>28</sup> do sistema social reproduz sempre a distinção que divide as referências entre autorreferencia/heteroreferencia.<sup>29</sup>

Neste viés, cabe referir que logo, a partir da concepção de Luhmann, em geral, as Teorias do Direito se remetem a estruturas jurídicas (regras, normas, textos). Caso se pretenda uma mudança a partir de estímulos contidos na teoria dos sistemas, deve-se inovar pensando em operações ao invés de estruturas. O ponto de partida, para a Teoria da Sociedade, consiste em refletir como as operações produzem a diferença entre sistema e ambiente, e que esta diferença requer necessariamente de recursividade para que as operações possam reconhecer os tipos de operações que lhes pertençam (e excluir as que não).<sup>30</sup>

Sendo assim, Luhmann buscou desenvolver as estruturas necessárias para que ocorram as conexões altamente seletivas das operações. O direito não adquire realidade por uma idealidade estável, mas por operações que produzem e reproduzem o sentido específico do direito. Para Luhmann:

parte-se do pressuposto de que estas observações devem sempre pertencer ao sistema do direito (e naturalmente podem ser observadas desde fora). É isto o que afirma a tese do fechamento operativo ou,

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.88.

<sup>28</sup> Sobre Autopoiese: ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Autopoiese e Acoplamento Estrutural. Propostas e Desafios do Constitucionalismo Social de Luhmann e Teubner**. In Anderson Vinschinkeski Teixeira; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 17 ed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021, v.1, p.653-678.

<sup>29</sup> Para Luhmann, é fundamental a oposição entre fechamento operativo e acoplamento estrutural. in Niklas Luhmann, **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. IX.

<sup>30</sup> Niklas Luhmann. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.p. XLIII.

conforme a terminologia da teoria do conhecimento, se poderia falar, também, em construtivismo operativo.<sup>31</sup>

Niklas Luhmann é o grande teórico da sociologia do final do século XX, podendo incluir o seleto grupo de pensadores, tais como Parsons e Norbert Elias.<sup>32</sup> Para Dario Rodrigues:

a teoria da sociedade criada por Luhmann, considera que a comunicação é a operação elementar sobre a qual se constrói a complexidade da sociedade. Desenvolve, por isso, uma teoria da comunicação que permite entender os processos em que ocorrem a interação, as organizações e a sociedade.<sup>33</sup>

Segundo Luhmann, para que o sistema construa sua própria complexidade, é necessário o fechamento operativo. Para ele:

somente o enlace seletivo “qualifica os elementos”, conferindo sentido para que se fale de elementos próprios do sistema, de limites do sistema, ou de diferenciação. O fechamento não pode ser entendido como isolamento. Por operativamente fechado define-se os sistemas que, para sua produção, se remetem à rede de suas próprias operações e neste sentido se reproduzem a si mesmos.<sup>34</sup>

Ademais, vale ressaltar que a inovação que introduz o conceito de autopoiese é a transferência de representação da constituição autorreferencial levando-a ao nível das operações mais elementares do sistema e, desta forma, para tudo o que o sistema opera como unidade. O conceito de autopoiese aporta nova luz a um antigo problema, a saber, a relação entre estrutura e operação (processo) como também aquela de norma e ação e de regra e decisão. No sistema só existem os elementos e as estruturas na medida em que se mantém constante a autopoiese. Portanto, “um conceito central do pensamento Luhmanniano é tomado do biólogo Humberto Maturana: trata-se da Autopoiese. Um sistema Autopoiético é uma rede de produção de componentes que produz seus próprios componentes”.<sup>35</sup> Nesse sentido, a autopoiese está pressuposta como uma “invariável” para toda classe de vida e toda

---

<sup>31</sup>LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.96/97

<sup>32</sup>Sobre Sistemas Sociais, pode se ver TALCOTT, Parsons. **A Estrutura da Ação Social**. Um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes, vol.I. Petrópolis: Vozes, 2010.

<sup>33</sup>RODRIGUES, Dario M. **Invitación à la sociologia de Niklas Luhmann**. Apresentação in LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.p.27.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.98/100

<sup>35</sup> RODRIGUES, Dario M. **Invitación à la sociologia de Niklas Luhmann**. Apresentação in LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Iberoamericana, 2002. p.31.

classe de comunicação. Isto é válido para cada um dos ordenamentos do direito referidos a um código, ao qual se subordinam todas as operações do sistema.<sup>36</sup>

Se o ponto de partida da reflexão constitui as operações autoproduzidas, tudo o que acontece, acontece no presente, simultaneamente. O mesmo é válido tanto para a observação externa como para a interna. Para Luhmann:

posto que as observações são operações. Somente quando o observador observa, pode registrar trocas nas estruturas. O observador é um sistema atado ao tempo e assim, no presente, constrói mediante distinções próprias que introduz como horizonte (janela, mundo como horizonte de possibilidades) de sua observação.<sup>37</sup>

De sua parte, Capra e Luisi, propõe uma visão sistêmica da vida: “significa olhar para um organismo vivo na totalidade de suas observações mútuas”<sup>38</sup>. Nesse sentido, “uma unidade autopoietica é a organização mais elementar do organismo. Ela pode ser definida como um sistema capaz de se sustentar em virtude de uma rede de razões que, continuamente, regeneram os componentes- e isso de dentro de uma fronteira de “fabricação própria”. Podemos dizer, em outras palavras, que o produto de um sistema autopoietico é sua própria auto-organização”.<sup>39</sup>

Para Luhmann, a “primeira e enorme capacidade de adaptação do sistema consiste em esquecer a não utilização das expectativas contidas nas estruturas. Enquanto a escritura é utilizada e se fixa em textos, o sistema se encontra preso a sua própria memória”.<sup>40</sup>

Para uma teoria dos sistemas sociais não se pode contar com consenso (ao estilo de Habermas), e isto é válido para descrever o sistema do direito como um sistema social autopoietico, operativamente fechado.<sup>41</sup> Habermas, elaborou uma teoria dos sistemas, na linha de Parsons em que o ambiente tem uma certa autonomia. Para Habermas existe o sistema e o mundo da vida. Do mesmo modo, coloca Kant como autor fundamental para uma discussão ética.<sup>42</sup> Nesse sentido, Rocha entende

---

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.100/101.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.101

<sup>38</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma Concepção Unificada e suas implicações Filosóficas, Políticas, Sociais e Econômicas**. São Paulo: Cultrix, 2014.p.170

<sup>39</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma Concepção Unificada e suas implicações Filosóficas, Políticas, Sociais e Econômicas**. São Paulo: Cultrix, 2014.p.170-175.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.102

<sup>41</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.103

<sup>42</sup> HABERMAS, Jurgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1989.



que “À diferença de Parsons, Habermas também coloca a questão da linguagem, do discurso, como central. Entretanto, não coloca a linguagem como texto, como faz a hermenêutica mais tradicional, mas como comunicação.”<sup>43</sup>

Outrossim, aquele que se orienta conscientemente ao direito, deve remeter-se a um sistema social de direito já constituído. Os sistemas psíquicos observam o direito (não o produzem), de outro modo o direito ficaria encerrado na profundidade daquilo que Hegel expressou como “a escura obscuridade dos pensamentos”. Por isso não é possível considerar aos sistemas psíquicos, às consciências e a todos os seres humanos como parte, ou como componentes internos do sistema do direito. A autopoiese do direito se pode realizar somente mediante operações sociais. Os sistemas autopoieticos estão atados a seu tipo de operação, tanto no que concerne à produção de suas operações subsequentes como no que se refere à construção de suas estruturas.<sup>44</sup> Uma descrição do sistema do direito para Luhmann:

não pode pressupor que as normas são de uma qualidade e substância distinta às comunicações. As comunicações jurídicas têm sempre como operações do sistema do direito uma dupla função: fatores de produção e conservadoras das estruturas. Estas comunicações estabelecem condições de enlace para operações subsequentes e com eles confirmam ou modificam, as delimitações previamente estabelecidas (estruturas).<sup>45</sup>

Deste modo, para Luhmann, os sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos que partem do estado imediatamente anterior que eles mesmos tenham criado. Pois:

o que fazem o fazem pela primeira e última vez. Toda repetição é questão de uma fixação artificial. Se pode como observador, distinguir entre determinação de estado e seleção da estrutura, mas estes dois processos não podem separar-se do ponto de vista operativo. A operação tem sua unidade como um elemento autopoietico porque serve a esses dois processos.<sup>46</sup>

Para Luhmann, se pode falar de autopoiese e fechamento operativo quando as operações se reproduzem a si mesmas e com elas o sistema. Estas operações constroem unidades emergentes que só podem surgir graças ao fechamento operacional do sistema. Como unidades realizam sua própria redução de

---

<sup>43</sup> ROCHA, Leonel Severo. MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2016, p.43.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.104

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.104

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.105

complexidade, tanto no que se refere ao ambiente do sistema como ao sistema mesmo.<sup>47</sup> Com isso se quer apreender a especificidade do modo de operação autorreferencial do sistema do direito, onde aparece uma “certa” hierarquia de determinações. Para Luhmann, “uma teoria de corte operativo não pode apreender a unidade do sistema jurídico como a unidade de um texto ou a consistência de um conjunto de textos, mas como um sistema social”<sup>48</sup>.

A operação mediante a qual o sistema se delimita frente a seu ambiente pode designar-se como comunicação. Para Pilau Sobrinho, “A comunicação é um processo primordial no desenvolvimento humano e social. É por meio dela que se estabelecem relações de troca, interesse, aceitação, repúdio, etc., perfazendo um meio viabilizador da convivência humana e da formação de sistemas sociais”.<sup>49</sup>

O conceito de sociedade fica articulado como o sistema que compreende todas as comunicações, em cujo o ambiente não há comunicação, mas apenas outros tipos de acontecimentos. O sistema jurídico é um sistema que pertence e realiza a sociedade. A dicotomia “Direito e Sociedade”, remete a dois objetos independentes: um frente ao outro. O sistema jurídico é um subsistema do sistema da sociedade (Parsons). Como realização da sociedade as suas operações têm características que são válidas para todas as características da comunicação.

O sistema jurídico utiliza a linguagem para comunicar, pressupõe possibilidades de conexão fora do sistema. Luhmann, pressupõe como solução simplesmente que a comunicação funciona; que é entendida (ou mal entendida) e que pode provocar aceitação ou rechaço.<sup>50</sup> Embora seja um subsistema, quando se refere especificamente ao direito, adota-se a concepção de sistema jurídico ou sistema do direito.

O sistema jurídico é também uma máquina histórica, posto que cada operação autopoiética modifica o sistema: coloca a máquina em outra posição e por isso cria condições de saída modificadas pelas operações imediatamente anteriores. Na terminologia de Heinz von Foerster se trata de uma máquina que põe em jogo seu estado em cada operação, e por esse motivo, constrói em cada momento operativo

---

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.109/110

<sup>48</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.2, p.109/110

<sup>49</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.27.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.3, p.110/112

uma nova máquina. A partir daí se poderia entender o sentido do postulado de que o sistema jurídico seria calculável, que poderia trabalhar como uma máquina trivial e que poderia ser ajustado artificialmente, por exemplo: fazendo abstração do tempo.<sup>51</sup>

Diante do exposto, para Pilau Sobrinho, a diferenciação e o fechamento operativo do sistema do direito, dirige-se a outros dois desenvolvimentos que se estimulam mutuamente: 1) a especificação da função do direito, e 2) a codificação binária do sistema. Somente a função e o código, conjuntamente, produzem o efeito de que as operações especificamente jurídicas se podem distinguir e reproduzir a partir delas mesmas, com erros marginais. Para Pilau Sobrinho:

por meio da associação da informação, do ato de comunicar e da expectativa de êxito é que ocorre a diferenciação na comunicação, pela codificação dos acontecimentos, que podem ocorrer numa perspectiva de código ou não-código, ou seja, o código trata da aceitação da informação e o não-código, do seu insucesso, interrupção, isto é, de seu ruído".<sup>52</sup>

Assim sendo, função se refere às operações do sistema e se reconhece pelo fato de que as operações se orientam pelas normas. A codificação binária se refere a uma observação das operações do sistema e se lhe reconhece pela circunstância de que consigna valores: conforme ao direito / não conforme ao direito. Para Luhmann:

esta distinção é uma artificialidade que se origina dentro do próprio sistema. Com a normatividade só se estabelece que determinadas expectativas, ainda que não se cumpram, seguem sendo válidas como expectativas. Unicamente a observação desta observação, a valoração em concordância com o esquema conforme ao direito / não conforme ao direito, é a que atribui a intenção obstinada e contrafática das expectativas ao direito. A diferenciação de um sistema jurídico, fechado operativamente, pressupõe que o sistema sempre opera no nível da observação de segunda ordem.<sup>53</sup>

Quando estas exigências se cumprem, para Luhmann, o sistema do direito se estabelece como um sistema autopoietico, constitui e reproduz unidades emergentes (incluindo-se a si mesmo) que não existiriam sem a unidade de operação. Desta maneira o sistema realiza uma redução de complexidade singularmente própria, uma operação seletiva frente a possibilidades imensas que, ainda que não sejam

---

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.3, p.113/114.

<sup>52</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.63.

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.3, p.116/117.

consideradas, por ignorância ou por deliberação, não interrompem a autopoiese do sistema.<sup>54</sup>

### 1.1.3 Conflitos Intersistêmicos em Teubner

Gunther Teubner, indo além da teoria dos acoplamentos e fechamento operacional de Luhmann, prefere analisar como os sistemas se comunicam, propondo a perspectiva dos conflitos intersistêmicos<sup>55</sup>.

Para Teubner, existe uma crise da causalidade jurídica que não se deve apenas a perdas dificuldades de transmissão da comunicação que poderiam ser eliminadas por melhorias da comunicação. Aqui ocorrem distorções comunicativas que resultam da lógica de diferentes mundos de sentido. Para enfrentar essas dificuldades, esse autor, propõe “regulações híbridas, que combinam diferentes auto-organizações”.<sup>56</sup>

Em resumo: a tese de Teubner é que a autonomia dos subsistemas sociais, corporizada nas relações autorreferenciais, os torna inacessíveis à intervenção jurídica direta. Porém, para ele, são possíveis intervenções indiretas (observação sistêmica mútua, articulação pela interferência e comunicação pela organização), as quais acarretam consequências subsidiárias e negativas. Segue a seguir as intervenções indiretas:<sup>57</sup>

#### **INTERVENÇÕES INDIRETAS:**

- OBSERVAÇÃO SISTÊMICA MÚTUA
- ARTICULAÇÃO PELA INTERFERÊNCIA
- COMUNICAÇÃO PELA ORGANIZAÇÃO

Segundo Teubner, na observação intersistêmica, na relação entre direito e economia: por hipótese, o legislador impõe congelamento dos preços na economia. Para ele:

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cap.3, p.117.

<sup>55</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. cap. V, O Direito de conflitos intersistêmicos, pp.201-244.

<sup>56</sup> TEUBNER, Gunther. **A Cúpula Invisível: Crise da Causalidade e Imputação Coletiva**. In **Direito, Sistema e Policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005, pp.213 e 227.

<sup>57</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

uma concepção tradicional pode considerar ser um caso evidente de intervenção jurídica direta no sistema econômico, mas, para a teoria autopoietica, ocorreria apenas um ato de observação, em que o direito veria a economia, por meio de um comando jurídico em matéria de controle de preços. Assim, a regulação externa torna-se simples auto-observação”.<sup>58</sup>

Para Teubner, o direito observa as operações do sistema econômico e imagina o seu funcionamento. O envelopamento do ambiente, deste modo, “construído”, constitui um traço característico do construtivismo epistemológico para Teubner. Do ponto de vista sistêmico, aplicável autopoieticamente, não apenas aos seres humanos, mas à sistemas sociais de comunicação. Assim:

o sistema introduz distinções nas suas operações internas e retira indicações dessas. Assim, desenhando as operações do sistema jurídico na base do modelo construtivista, ter-se-á, então a seguinte imagem. As comunicações jurídicas constroem a “realidade jurídica” no chamado tipo ou hipótese legal de uma norma jurídica.<sup>59</sup>

Para Teubner, os elementos típicos ou facti-species normativos incorporam distinções intrinsecamente jurídicas, permitindo assim ao sistema jurídico produzir as suas próprias categorizações. Desse modo, nos atos legislativos, o direito como que “inventa” o seu próprio meio envolvente.<sup>60</sup>

Desde o momento da sua promulgação até ao da sua implementação, por exemplo, para Teubner, uma lei de controle de preços consiste apenas num feixe de operações cognitivas e normativas dentro do sistema jurídico que jamais podem ser transferidas para o sistema econômico<sup>61</sup>. Para Teubner, uma consciência jurídica economicista (Direito Econômico), jamais nos conduzirá das concepções jurídicas do sistema econômico à realidade do próprio sistema econômico: “do ponto de vista

---

<sup>58</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, p.221.

<sup>59</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.p.222

<sup>60</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, p.201-244.

<sup>61</sup> Saliento que a Análise Econômica do Direito tem forte impacto no Brasil, e sempre importa colocar a diferença entre “As tradições do common law e do civil law diferem no que diz respeito à execução de cláusulas punitivas de contratos. Uma tradição do common law impede os tribunais de executar condições que estipulem uma indenização maior do que o dano efetivo causado pelo descumprimento. A estipulação de uma indenização que exceda as exigências para o ressarcimento pode cumprir três funções. Era primeiro lugar, o elemento punitivo pode ser considerado pagamento num contrato de seguros feito em favor da parte inocente pela parte inadimplente, uma segunda razão para executar cláusulas punitivas é que elas muitas vezes transmitem informações sobre a confiabilidade do promitente [...]”. Cf MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.p.262.

construtivista, as intervenções do direito na economia devem ser entendidas como observações recíprocas entre dois sistemas de comunicação hermeneuticamente fechados e autônomos. O direito “inventa” uma imagem da economia, formulando as respectivas normas com referência a tal imagem<sup>62</sup>. A economia “inventa” uma imagem do direito, processando os atos de pagamento também com referência a esta<sup>63</sup>. Na passagem da observação para a compreensão, sendo assim, a compreensão no sentido teórico-sistêmico de forma particular de observação caracterizada pelo fato de o sistema observador reconstruir igualmente a autorreferência do sistema observado.

A articulação estrutural, como lhe chama Maturana, entre o sistema autopoietico e o seu “médium” verifica-se entre domínios empíricos distintos mutuamente inacessíveis. Para Teubner, em Luhmann:

o direito e os subsistemas sociais regulados podem apenas coevoluir em isolamento recíproco, num processo de coevolução “cega” que está fora do alcance do controle do primeiro e que é aparentemente disciplinado pela dupla seletividade da autopoieses do sistema jurídico e do subsistema regulado. Os atos jurídicos devem “satisfazer” a autopoieses de ambos os sistemas: disso depende o respectivo sucesso regulatório.<sup>64</sup>

Nessa sequência, têm-se que para Teubner o modelo apresentado mostra-se irrealista, porém a sua utilidade se mantém. Isto implica que o sistema jurídico seja condicionado pela desordem exterior (o ruído dos operadores econômicos forçando aquele sistema a operar pequenas alterações na sua ordem interna a fim de restaurar uma certa paz). Também podendo tornar-se mais sensível a essa mesma desordem. Para Teubner: “o problema não é assim tanto o de alterar as concepções de direito sobre o sistema econômico, mas mais o de expor tais concepções aos mecanismos evolutivos de variação”.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Nessa linha de ideias, para Timm no Brasil, pode-se deparar com o mesmo debate concernente à função social do Direito Contratual, realizado de forma mais dramática que na Europa, e mais próxima dos Estados Unidos, por duas razões. Primeiro, pelo advento da Constituição de 1988, com a criação de direitos positivos (direitos sociais e econômicos), e pela entrada em vigor do novo Código Civil, ensejando intensos debates e disputas de paradigmas de Direito Contratual. TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica**. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6, p.17.

<sup>63</sup> TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.160

<sup>64</sup> TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.p.161-162.

<sup>65</sup> TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. p.163-164.

Conforme Teubner, na Interferência Intersistêmica, na perspectiva da co-evolução dos sistemas autopoieticos, a lei aparece como “hetero-regulação”. Então não pareceria haver saída destes circuitos fechados de (auto-observação?). Teubner acredita que é possível romper com esta circularidade por outro modo que não internamente. A chave para isso está na interferência de sistemas autopoieticos homogêneos, nascidos ou resultantes do processo interno de diferenciação de um sistema autopoietico mais abrangente. Trata-se de uma característica peculiar da natureza dos sistemas autopoieticos de segundo grau.

Essa interferência, na visão de Teubner, possibilita o contato direto recíproco entre os sistemas sociais, para além da mera observação. Mas desde já, Teubner considera essa alternativa limitada, pois as vantagens do contato real com o meio envolvente são ganhas à custa das desvantagens decorrentes de problemas de informação e motivação.<sup>66</sup>

Segundo Teubner, o conceito de interferência permite distinguir entre quatro tipos de abertura sistêmica seletiva ao meio envolvente: 1º) abertura cognitiva de sistema operativamente fechados (que não é totalmente absoluta); 2º) processos reais de intercâmbio entre sistema e meio envolvente, que podem ser selecionados pelo sistema de vários modos; 3º) entre os dois polos acima, temos a interpenetração e a 4º) interferência. Observa-se diferentes tipos de interferência: 1º) interferência de eventos; 2º) de estruturas; 3º) interferência de papéis.<sup>67</sup>

Para Teubner, o mecanismo da interferência funciona como uma espécie de ponte entre os subsistemas sociais, graças ao qual estes não apenas ultrapassam os horizontes da mera auto-observação, como se articulam reciprocamente num mesmo e comum evento comunicativo:

isso ocorre por três motivos: 1º) todos utilizam idêntica matéria prima, sentido; 2º) todos se desenvolvem na base de um mesmo elemento crucial, comunicação; 3º) todas as formas de comunicação especializada em qualquer dos subsistemas sociais constituem simultaneamente formas de comunicação social geral.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.173.

<sup>67</sup>TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.175.

<sup>68</sup> TEUBNER, Gunther. In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 64.

Assim, a interferência não significa que a informação seja carregada entre os sistemas através de uma relação direta input-output. A informação é sempre gerada novamente em cada subsistema social.

Conforme Teubner, isso configura um **Hiperciclo jurídico**, unidades de comunicação articuladas entre si, com estruturas e processos do sistema jurídico permanecendo nas comunicações sociais.

Segundo Rocha, para Teubner<sup>69</sup>, já em seus primeiros textos, o Direito determina-se a ele mesmo por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade. Isso implica a aceitação da ideia de circularidade: a realidade social do Direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico, ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular.<sup>70</sup> Tudo isso leva Teubner<sup>71</sup> a propor uma ideia de autopoiese em evolução permanente, em que o Direito teria vários estágios, gerando um hiperciclo.<sup>72</sup>

O conceito de autopoiese desde a ideia de hiperciclo é representado por Teubner, refere-se deste modo, a Comunicação do Direito com a sociedade possui, um ato de comunicação = dois circuitos de comunicação (um geral e um específico).

O ato de comunicação é o mesmo, o que os diferencia são os elementos.<sup>73</sup> Conclui assim, sobre a interferência mútua dos sistemas torna assim possível não apenas a observação recíproca, mas uma efetiva conexão comunicativa entre o sistema e o “mundo da vida”, a partir do seguinte gráfico:

---

<sup>69</sup> TEUBNER, Gunther. In **O Direito como sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.2.

<sup>70</sup> TEUBNER, Gunther. In **O Direito como sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.19.

<sup>71</sup> TEUBNER, Gunther. In **O Direito como sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.77.

<sup>72</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito no século XXI: Da semiótica á Autopoiese**. Sequência, n.62, p.193-222, julho, 2011. Doi:10.5007/2177-7055.2011v32n62p193, p. 212.

<sup>73</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.p.78.



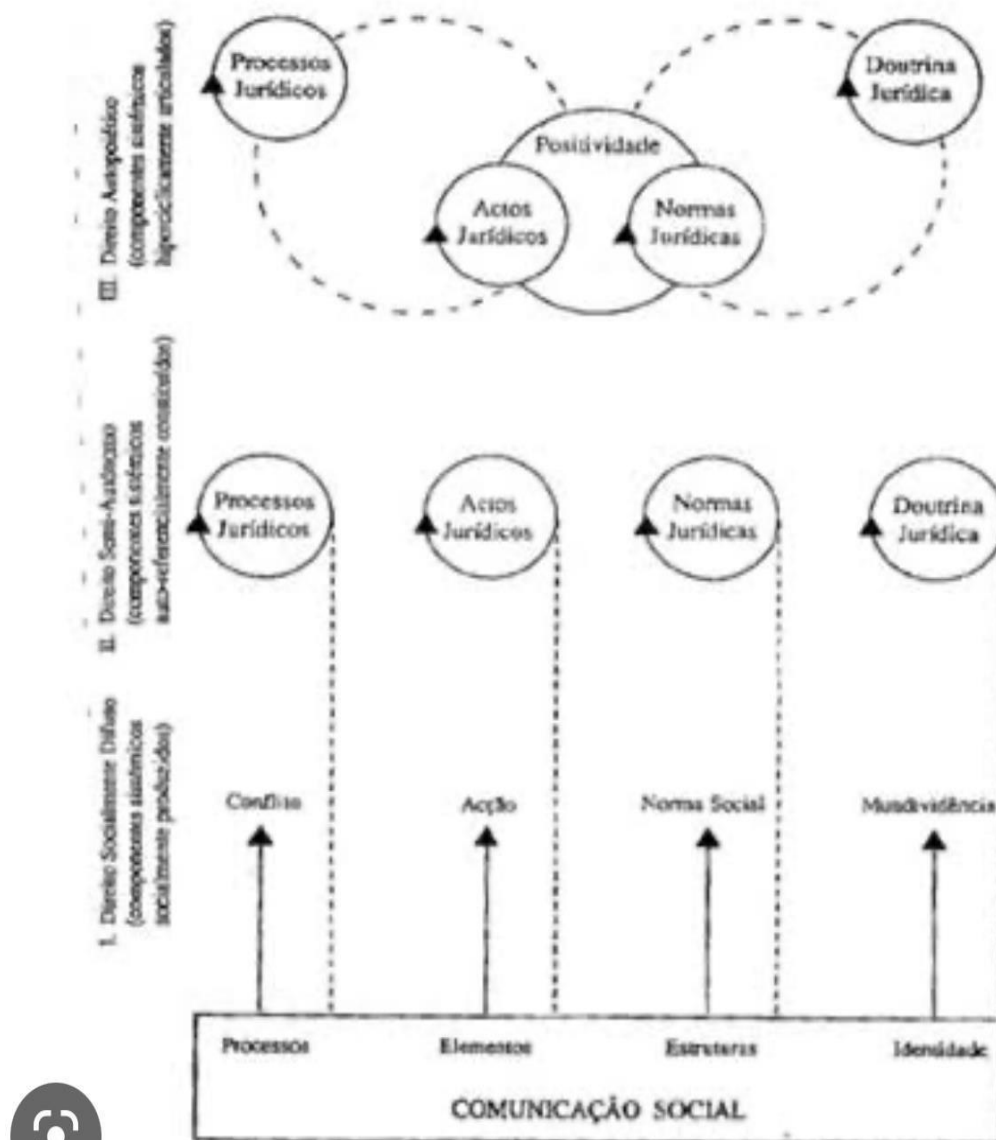


Fig. 1 — Graus da Autonomia Jurídica.

Figura 1: Graus da Autonomia Jurídica (Fonte: Teubner). p.78.

Conforme Teubner, “uma ligação (interferência) intersistêmica é garantida pela circunstância da sua partilha num único evento comunicativo, sem que isso implique ou signifique, contudo, qualquer participação na autopoieses própria de cada um.”<sup>74</sup>

<sup>74</sup> TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.178.

Diferenças entre mútua interferência e interpenetração:

Mutua interferência	Interpenetração
Sistemas sociais interferentes não tem ao seu dispor, para construção de suas ordens internas, um cenário de complexidade emergente da diversidade radical das operações sistêmicas. O contato direto é possível em razão da mesma natureza dos elementos do sistema. (cap. 3)	Não é possível nenhuma relação direta em virtude da natureza dos elementos do sistema.
Podem conezionar-se ao nível das respectivas operações básicas	
Apresentam-se com uma complexidade já ordenada	Alimentam-se de uma
A interferência realiza o processo de da informação através das fronteiras dos sistemas mais do que num sentido puramente metafórico. Não no sentido de mero transporte da informação, mas de articulação de diversas informações por meio de um único evento comunicativo.	inapreensível complexidade (onde há a ideia de desordem)

Figura 2: (Fonte: Rocha, Leonel Severo).

Para Teubner, no entanto, no IX, a Comunicação pela Organização, refere-se os principais subsistemas (política, direito, economia, ciência) como não dotados de capacidade de ação coletiva. A fim de assegurar capacidade comunicativa, esses subsistemas têm necessidade de organizações operacionais capazes de agir. A ação dessas organizações não é representativa nem vinculativa para a totalidade do respectivo subsistema. Para Teubner:

tais subsistemas compensam tal falha através de mecanismos de organização formal que lhes atribuem certos poderes sobre os seus membros e por meio de uma retórica política. Essas organizações formais, enquanto atores coletivos, podem comunicar através das fronteiras dos subsistemas funcionais, mas apenas sob condições de ser construído um sistema de comunicação intersistêmica, o qual por seu turno, se torna progressivamente independente.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> TEUBNER, Gunther. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p.176.

As organizações aparecem como um dos aspectos da comunicação social que permitem os desenvolvimentos de análises operacionais de processos de tomada de Decisão. Portanto, esse conceito será adotado para a continuidade da pesquisa.

As organizações formais utilizam comunicações como elementos do sistema, sob a forma de decisões organizacionais, podendo ser ligadas comunicativamente com o direito se estas coincidirem com comunicações jurídicas. O mesmo vale para as comunicações econômicas. Nesta dimensão, aparecem fortes efeitos de filtragem e de perda de informação e motivação, devido à diversidade dos contextos sistêmicos.

<sup>76</sup> O papel do direito para a literatura neocorporativa é de “regulação processual”. A organização formal desempenha um importante papel no conceito de direito reflexivo, no qual a clausura autopoietica, muito mais do que refletir meras consequências de efeitos involuntários ou processos causais impenetráveis, possuindo uma peculiar característica de problemas de regulação política.

Para Luhman, a organização é uma das formas modernas de redução da contingência perante o crescente aumento dos riscos e incertezas da complexidade. Porém, Luhmann entende que existe “mudança estrutural: a poesia das reformas e a realidade da evolução”. Nas organizações as estruturas tomam a forma de premissas de Decisão. Para Luhmann: “isto se pode expressar no fato de que as premissas de Decisão são remetidas as Decisões de dito sistemas de que são dadas como pressupostas como “cultura organizacional”. Isto encaminha para pesquisas sobre inovações ou reforma.<sup>77</sup>

Outrossim, Teubner, em recente livro (2016),<sup>78</sup> salienta a importância circularidade que é a fonte de novos de se relacionar a comunicação intersistêmica na globalização, por meio de um novo conceito: constitucionalismo social. Para ele, desde uma nova questão constitucional, se poderia analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e observar a colisão e conexão em rede das constituições

---

<sup>76</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, p.177.

<sup>77</sup> Porém, Luhmann entende que existe “um cambio estructural: la poesia de las reformas y la realidad de la evolución” LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**. México: Herder, 2010.p. 382.

<sup>78</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais. Constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

transnacionais. Essa ideia será adotada para a análise das organizações de saúde que abordar-se-á.

## **1.2 Constitucionalismo intersistêmico**

### **1.2.1 Comunicação e Saúde**

O Estado Social teve como origem o advento da Constituição Mexicana de 1917, anticlerical e liberal, e a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, as quais delimitaram o período de transição do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, garantindo os direitos fundamentais e a ordem econômica e social. Segundo Pilau Sobrinho, contudo, mais precisamente no período pós- Segunda Guerra Mundial, em face da grande comoção que se instalara na sociedade civil, o Estado foi motivado a reconstruir a sociedade, e o liberalismo, em conjunto com o capitalismo, tentou estabelecer um Estado de Bem-Estar Social, também chamado Welfare State, por meio de políticas sociais. Por essas, asseguraria direitos sociais, com especial destaque à proteção aos direitos à saúde e à educação para a população.<sup>79</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 contribuiu para introdução dos direitos sociais nas constituições modernas, bem como para que os países criassem meios de promoção e proteção dos direitos sociais. Para Pilau Sobrinho:

somente após a promulgação desta declaração se pôde ter, historicamente, a certeza de que a humanidade partilha de alguns valores em comum, acolhidos pelo universo subjetivo dos homens, e que a humanidade precisa preservar, principalmente após a Primeira e Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade assistiu às maiores violações de direitos e atrocidades da história da humanidade. Assim, ao fim dos conflitos a comunidade mundial queria, acima de tudo, a paz e a preservação da dignidade da pessoa humana.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.209.

<sup>80</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.211.

Nesse sentido, para Pilau Sobrinho, em síntese, pode-se dizer que o objetivo da constituição no auge do estado liberal é justificar e garantir a divisão de poderes, ao mesmo tempo, em que estabelece legalmente o direito de liberdade.<sup>81</sup>

Por isso, para Pilau Sobrinho, é importante assinalar que:

a doutrina constitucional é una no reconhecimento de três gerações de direito, as quais foram reveladas historicamente ao seu tempo e que se vinculam ao lema de Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Ao presente estudo cabe clarear a segunda geração de direitos fundamentais, os quais são desdobramentos do direito à igualdade, para, posteriormente, analisar o direito à saúde nesta perspectiva.<sup>82</sup>

Nesse sentido, para Pilau Sobrinho, os direitos de segunda geração são de natureza econômica, social e cultural e surgiram como resultado dos efeitos da industrialização e dos graves problemas econômicos e sociais que a acompanham. Mas o reconhecimento formal do direito à igualdade e à liberdade por si só se mostrou insuficiente para garantir ao povo:

para tanto, exigiu-se do Estado uma posição efetiva para minimizar os problemas sociais, daí seu caráter de dimensão positiva. Caberá ao Estado outorgar aos cidadãos prestações de cunho assistencial, propiciando saúde, educação, trabalho e outros. É, portanto, a passagem das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Além do caráter de direitos de cunho positivo, que é sua principal característica, trata das liberdades sociais, que envolvem a vida em sociedade, tais como liberdade sindical, direito de greve, direitos dos trabalhadores.<sup>83</sup>

Para Pilau Sobrinho, portanto, “os direitos de segunda geração exigiriam do Estado uma proteção efetiva dos indivíduos como coletividade, buscando meios de propiciar a todos, igualmente, condições dignas de sobrevivência.”<sup>84</sup> Todavia, mais do que o Estado propiciar aos seus cidadãos a garantia e eficácia desses direitos, isso depende da própria forma de Estado adotada, um Estado Democrático de Direito.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.211.

<sup>82</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.212.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55-56.

<sup>84</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.

<sup>85</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.213.

Como ensina Streck:

mais ainda, torna-se relevante acrescentar que o Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais: no sentido que lhe é dado pela tradição (sem democracia). Há, assim, uma co-pertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais previstos nas Constituições.<sup>86</sup>

Diante de tal afirmação, pode-se verificar que o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais depende basicamente do cumprimento da política adotada pela forma de Estado, no caso, a forma democrática, não somente a participação no processo decisório, como também sendo o instrumento para a realização de valores essenciais à convivência humana em sociedade. Miranda destaca:

não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização constitucional esteja orientada para a sua garantia e sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro.<sup>87</sup>

Outrossim, para Pilau Sobrinho, no tocante as questões que se referem à saúde, a visibilidade nas três primeiras décadas do século XX, no Brasil, eclipsou, processos ocorridos antes da criação do Ministério da saúde em 1953. É importante reconhecer que, com a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública, o que veio a ocorrer a partir de 1920, começou a vigorar um modelo mais centralizado, que teria longa sobrevivência após a criação do Ministério de Educação e Saúde, em 1931.<sup>88</sup> Outro evento de extrema importância foi a reforma implementada pelo ministro Gustavo Capanema, em 1941, cuja estrutura verticalizada e centralizadora encontraria expressão com a criação dos Serviços Nacionais de Saúde.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 104.

<sup>87</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. vol. IV. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p.77.

<sup>88</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.214.

<sup>89</sup> LIMA, Nísia Trindade. **O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: Uma História em Três Dimensões**. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da Saúde Pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002, p. 45.

Como relata Pilau Sobrinho:

com as novas atribuições do Estado advindas do Estado de Bem-Estar Social, foi oficialmente instituída a Previdência Social e o Estado passou a responsabilizar-se, como acima referido, pela questão da forma de implementação e prevenção sanitária, com o intuito de concretizar a saúde em sentido amplo.<sup>90</sup>

Nesse mesmo passo, as atribuições da Organização Mundial da Saúde promoveram uma visão universalizada da saúde, promovendo então a institucionalização sanitária no âmbito interno dos Estados.<sup>91</sup> Assim:

o Estado do Bem-Estar Social da segunda metade do século XX, reforça a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência entre condições de saúde e de trabalho, e se responsabiliza pela implementação da prevenção sanitária. Instituem-se, então, os sistemas de previdência social, que não se limitam a cuidar dos doentes, mas organizam a prevenção sanitária. Inicialmente eles propunham uma diferenciação entre a assistência social: destinada às classes mais desfavorecidas e baseada no princípio da solidariedade e, portanto, financiada por fundos públicos estatais e a previdência social um mecanismo assecuratório restrito aos trabalhadores. Entretanto, exatamente porque a prevenção sanitária era um dos objetivos de desenvolvimento do Estado, logo se esclarece o conceito de seguridade social, que engloba subsistemas de assistência, previdência e saúde pública.<sup>92</sup>

Já se pode observar que não basta ao Estado garantir esses direitos, Segundo Pilau Sobrinho, fazendo-se se necessárias políticas públicas que os tornem efetivos, seja se trate do direito à saúde, por se considerar um pré-requisito primordial à realização da dignidade da pessoa humana, quer do próprio fundamento do Estado constitucional<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.215.

<sup>91</sup> VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Sanitário**. In: BRASIL. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 263-264.

<sup>92</sup> DALLARI, Sueli Gandolfo. **Direito Sanitário**. In: BRASIL. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 43.

<sup>93</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.215.

## 1.2.2 Matrizes do Direito e constituições

Na epistemologia jurídica, segundo Rocha,<sup>94</sup> há três matrizes (diferentes modos) de observar o Direito: a analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica. A primeira matriz, a analítica, expressa a influência do pensamento de Kelsen no Direito, e os pressupostos teóricos que o normativismo apresenta. A terceira, a pragmático-sistêmica, sintetiza a influência da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann na observação jurídica<sup>95</sup>. Na perspectiva de Luhmann, na qual Thornhill<sup>96</sup> para construir o funcionalismo-histórico, as Constituições são acoplamentos estruturais entre os sistemas da Política e do Direito. Segundo Rocha e Costa:

nesse sentido, cada decisão política deve estar fundamentada no código do Sistema do Direito (Direito/não Direito) como requisito de sua legitimidade. Ao mesmo passo, o Sistema do Direito necessita do meio simbolicamente gerado pelo Sistema da Política (poder) para dar cumprimento à suas decisões. A formação dos estados pressupõe essa distinção: a formação dos estados como instituições autônomas, diferenciadas e dotadas de poder somente ocorre por meio da interpenetração do Direito nas instituições políticas.<sup>97</sup>

No mesmo sentido, Neves<sup>98</sup> sustentou a necessária conversação constitucional em diferentes níveis; caracterizando o que denominaria de Transconstitucionalismo<sup>99</sup>. Pois, tendo em vista os influxos da globalização, considerando que há problemas comuns que ultrapassam as fronteiras dos estados nacionais, cada vez mais é necessário que tribunais de diferentes níveis (nacional, supranacional ou transnacional) utilizem referências externas aos seus tradicionais pressupostos

---

<sup>94</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes jurídicas**. In RECHTD v.5 n.2 (2013): julho/dezembro.p.1-9.

<sup>95</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: O Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistêmica**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.

<sup>96</sup> THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>97</sup> ROCHA, Leonel Severo e COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: O Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistêmica**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.p.48.

<sup>98</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>99</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



normativas para decidirem casos complexos que se apresentam.<sup>100</sup> A título de exemplo, para Rocha e Costa:

um tribunal situado no Brasil, ao se deparar com um caso que transcende as fronteiras do estado brasileiro, como lavagem de dinheiro oriundo do Brasil no exterior, apurada mediante troca de informações entre países, necessariamente o tribunal é incentivado a cada vez mais utilizar referências que ultrapassem o direito positivo nacional para decidir a questão.<sup>101</sup>

Assim sendo para Neves, neste estudo normativo, citam-se como exemplos o direito internacional sobre o tema e as decisões judiciais em diferentes níveis, conhecidas como a razão da decisão judicial brasileira<sup>102</sup>. Há de se destacar que o problema citado como exemplo pode envolver diferentes países, bem como atores (empresas transnacionais) situadas em diferentes territórios, fato que tem gerado constantes discussões na Teoria Geral do Delito<sup>103</sup>.

Analisando as reflexões sobre Febbrajo<sup>104</sup>, Thornhill<sup>105</sup> e Neves<sup>106</sup>, é relevante a contribuição de Vesting<sup>107</sup> acerca das conclusões possíveis a partir dos pontos em comum apresentados nas perspectivas acima citadas: essa remissão de questões metodológicas a questões contedistas torna-se ainda mais importante quando as colisões entre “níveis jurídicos” não conseguem mais pressupor uma estrutura piramidal.<sup>108</sup>

---

<sup>100</sup> Conforme ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: O Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistemática**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.p.51.

<sup>101</sup> COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: O Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistemática**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.p.51.

<sup>102</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p.118

<sup>103</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. El próprio sistema de la teoría del delito. **Revista para análisis del derecho (InDret)**, nº 1, 2008. Disponível em: < [www.indret.com/pdf/505.pdf.com](http://www.indret.com/pdf/505.pdf.com)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

<sup>104</sup> FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo: Constituição e Teoria dos Sistemas**. São Paulo: Juruá, 2016.

<sup>105</sup> THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>106</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>107</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 251.

<sup>108</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: O Constitucionalismo entre o Normativismo e a Teoria Sistemática**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.p. 51.

Em patamar bem sofisticado, sempre voltado às profundas alterações no Direito Constitucional é realizada por Teubner. Esse autor, desde a publicação de “Global Bukowina”<sup>109</sup>, em que retoma a discussão entre Kelsen<sup>110</sup> e Ehrlich<sup>111</sup>, destaca que há um deslocamento sucessivo dos pontos de formação do Direito, antes atrelados aos estados nacionais (parlamentos, tribunais).<sup>112</sup>

Nesse sentido, para Rocha e Costa, por meio de fontes autônomas de atores privados desvinculados aos tradicionais elementos do Estado, Teubner afirma que não é possível afirmar com veemência a existência de tradicionais Constituições, mas sim de diversos fragmentos constitucionais<sup>113</sup> ou seja, de diferentes centros de produção normativa, dotado de poder (código do Sistema da Política) e que tomam decisões a nível mundial. Tal circunstância, na perspectiva de Teubner, afeta diretamente as concepções tradicionais do Constitucionalismo<sup>114</sup>.

Desta maneira, assumindo a influência da Teoria dos Sistemas Sociais nos recentes estudos em Sociologia do Constitucionalismo, pode ser feita uma abordagem do conceito de Constituição como acoplamento estrutural na perspectiva de Niklas Luhmann.<sup>115</sup>

Assim, inicialmente, será feita uma introdução aos que elementos estabelecem conexões duradouras entre os sistemas sociais locais de Direito e Política, passando pelos conceitos de comunicação, sociedade, segregação funcional e por fim Constituição, como acoplamento estrutural. Feita essa elucidação, passaremos então aos estudos do direito constitucional que influenciaram teoricamente a sociologia sistêmica de Luhmann. Neste ponto, buscar-se-á demonstrar como diversos estudos

---

<sup>109</sup> TEUBNER, Gunther. “**Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World-Society”, in. TEUBNER, Gunther (ed). *Global Law Without a State*. London: Dartmouth, 2008.

<sup>110</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>111</sup> EHRLICH, E. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. New York: Russel e Russel. 1962.

<sup>112</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>113</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: o Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistêmica**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018. p.15.

<sup>114</sup> COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: O Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistêmica**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018. p.16.

<sup>115</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.22.

nesse ramo partem da Teoria dos Sistemas Sociais como pressuposto teórico da observação.<sup>116</sup>

Iniciando pela síntese de Sociologia do Constitucionalismo realizada por Febbrajo<sup>117</sup>, percebe-se como o termo “Constituições” e não mais “Constituição” passou a ser utilizado para evidenciar o modo como o Sistema do Direito hoje está acoplado em perspectiva jurídico constitucional com outros sistemas sociais, para além da política.

Deste modo, sustenta-se que a compreensão da concepção de Constituição como acoplamento estrutural na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann<sup>118</sup> é um pressuposto teórico para compreender os recentes estudos em Sociologia do Constitucionalismo, com destaque para os trabalhos de Febbrajo<sup>119</sup>, Thornhill<sup>120</sup> e Teubner.<sup>121</sup>

A comunicação torna-se provável por ela mesma, segundo Luhmann, não pode ocorrer de forma isolada<sup>122</sup>. Cada vez que se comunica, portanto, assim ocorre com base em determinado sistema social. Nesse momento, há duas estruturas que estão se acoplando para que essa comunicação seja produzida: o sistema psíquico (consciência) e o sistema social (sistemas diferenciados). Em tal ato, portanto, ocorre o que Luhmann denomina de acoplamento estrutural.<sup>123</sup> Há uma ponte de ligação

---

116 ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o Constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.22.

117 FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.p.22.

118 LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.25.

119 FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

120 THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011 e THORNHILL, Chris. **A sociology of Transnational Constitutions: Social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambrigde, 2016.

121 TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

122122 LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder, 2007. p.145

123 ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.26.

entre a consciência do sujeito que está no entorno da sociedade e um dos sistemas sociais diferenciados pela comunicação.<sup>124</sup>

Da mesma forma com que essas comunicações podem ocorrer no cotidiano, no exemplo da pergunta ou afirmação acerca de direitos acima mencionada, tais comunicações podem ser tematizadas como decisões.

Assim, quando uma organização de determinado sistema toma uma decisão, como o Tribunal (Sistema do Direito) ou o Estado (Sistema da Política), essa decisão também é caracterizada como uma comunicação no âmbito desse sistema social, afinal, decide-se com base em um código binário, seja baseado na lógica do Direito/não Direito (Tribunal/Sistema do Direito) ou não dinâmica do poder, envolvendo a distinção governo/oposição (Estado/Sistema da Política).<sup>125</sup>

Conforme Rocha e Costa, “em uma semântica histórica, é possível observar a formação do Sistema da Política por meio da centralização das decisões coletivamente vinculantes na caracterização do Estado enquanto organização, proferindo comunicações baseadas na lógica binária governo/oposição e dotada de poder. Por outro lado, é possível descrever como o Sistema do Direito se desenvolve na sociedade moderna a partir da centralização de suas decisões nos tribunais, enquanto organizações que decidem com base no código binário Direito/ não Direito.<sup>126</sup>

Nessa linha de ideias, pode-se descrever que além dessas características, pode-se descrever que a partir de um determinado momento da história, portanto, todas as decisões políticas, enraizadas no Estado como centro do sistema político, começaram necessariamente a necessitar de uma base legal. Na linha histórica da sociedade moderna, é possível afirmar que há um acoplamento necessário com o Direito em todas as operações do Sistema da Política. Assim, os

---

<sup>124</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.p.28.

<sup>125</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.25.

<sup>126</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o Constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.p.29.

atores do Estado precisam fundamentar sua tomada de decisão com base em elementos jurídicos, quando ocorre um acoplamento estrutural entre Política e Direito<sup>127</sup>. Para Rocha e Costa, esse acoplamento estrutural, para Luhmann, representa a Constituição na Teoria dos Sistemas Sociais. A constituição é o acoplamento estrutural entre Política e Direito.<sup>128</sup>

Conforme Rocha e Costa, com base nessa caracterização de Luhmann, muitos estudos surgiram, formando o que se chama atualmente de Sociologia do Constitucionalismo. Partindo dessa perspectiva, mas com relevantes alterações,<sup>129</sup> estão inseridos os trabalhos de Febbrajo<sup>130</sup>, Teubner<sup>131</sup> e Thornhill<sup>132</sup>.

Nesta linha de raciocínio com a expansão da Pandemia, gerada pela COVID-19, evidenciou-se a atuação do sistema global da saúde na produção de recomendações e diretrizes que influenciam diretamente a produção de legislação, a atuação diária de governantes e indivíduos e as decisões de tribunais do mundo inteiro. Em síntese, no âmbito de uma sociedade globalizada e policontextual<sup>133</sup>, segundo Rocha; Costa e Oliveira, “percebe-se o contato recíproco entre diferentes sistemas sociais. Neste

---

<sup>127</sup> Destaca-se que também existe o que Luhmann denomina de acoplamentos momentâneos, representados por contatos realizados entre sistema e ambiente que duram enquanto permanecer o evento comunicativo. Assim, posso cumprir uma obrigação legal (Sistema do Direito) realizando um ato de pagamento (Sistema da Economia), ao mesmo tempo em que posso sugerir com consenso/dissenso político decretando uma lei. Esses contatos momentâneos entre sistema e ambiente diferenciam-se das estruturas permanentes de conexão, a exemplo do contrato (Direito e Economia) e da Constituição (Direito e Política), estabelecidas pela própria estrutura interna do Sistema do Direito. LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 590.

<sup>128</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.29

<sup>129</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o Constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p.29

<sup>130</sup> FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>131</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>132</sup> THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>133</sup> COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, L. S. **A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização**. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghlout; Paulo Thiago Fernandes Dias. (Org.). *Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura*. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

caso específico, destacam-se os sistemas da Saúde, do Direito e da Política para a solução de um problema de natureza global.”<sup>134</sup>

Nessa linha de raciocínio, chega-se a um momento histórico em que as **três fases do Direito Constitucional** passam a ter contato contínuo e indispensável nas tomadas de decisão sanitárias, políticas e jurídicas. Para Rocha, destaca-se como a grande “corrente teórica para explicar a terceira fase do Direito Constitucional, voltada, em termos de epistemologia jurídica, à já conhecida matriz pragmático-sistêmica”.<sup>135</sup> “Utilizando-se dessa referência, demonstrou-se como um dos exemplos desse fenômeno de globalização do Direito Constitucional a própria articulação transnacional no combate à lavagem de dinheiro, envolvendo diferentes países e atores de diversos sistemas sociais na solução desse problema de natureza global.”<sup>136</sup> “Em âmbito mundial destacou-se a atuação do Grupo de Ação Financeira Nacional. No Brasil, os desdobramentos da Operação Lava Jato evidenciaram a consequência.”<sup>137</sup>

Segundo Rocha e Costa, “atualmente, o estado de disseminação da Pandemia em torno da COVID-19 evidencia a atuação do sistema global da saúde na produção de recomendações e diretrizes que influenciam diretamente a produção de legislação, a atuação diária de governantes e indivíduos e as decisões de tribunais do mundo inteiro”. Em síntese, no âmbito de uma sociedade globalizada e policontextual.”<sup>138</sup> Assim, a clássica definição de separação de poderes, a formação de unidades intergovernamentais no cenário de internalização do direito Pós-Segunda Guerra

---

<sup>134</sup> Sobre esse tema ver, ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: Uma Análise Sobre A Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. In: **Paradigmas da Sociedade Contemporânea: Reflexos das Pandemias**. /organizador PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa...[et.al]. -Dados eletrônicos. -Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.11.

<sup>135</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

<sup>136</sup> ROCHA, L. S.; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. Direito Constitucional Transnacional: observações sobre os atratores sistêmicos entre Direito, Economia e Política na articulação transnacional para a apuração da Lavagem de Dinheiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 14, p. 1-22, 2020.

<sup>137</sup> COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Governança global no combate à lavagem de dinheiro: observações sobre a evolução das Constituições Transnacionais no Tribunal Regional Federal da 4ª região ao longo da Operação Lava Jato. In: **IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, 2018, São Paulo. Anais do IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. São Paulo: Abrasd, 2018. v. único. p. 139-149.

<sup>138</sup> COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, L. S. **A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização**. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias. (Org.). **Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura**. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

Mundial e a globalização e policontextualidade da legislação são aspectos complementares do debate atual. O debate sobre a definição do Poder Legislativo no setor da saúde no Brasil, a análise da aplicação da Carta da Organização Mundial da Saúde e a implementação das diretrizes da OMS são debates indissociáveis que caracterizam essas conjunturas.<sup>139</sup>

Com o intuito de evidenciar esse fenômeno que marca a “Atualidade da Constituição”<sup>140</sup>, para Rocha; Costa e Oliveira, “far-se-á inicialmente uma descrição do momento de formação da Organização Mundial da Saúde no âmbito de reconstrução da Europa no Pós-Segunda Guerra Mundial, demonstrando a elaboração, o surgimento e o conteúdo da denominada Constituição da OMS. Nesta parte, além desse contexto histórico, buscar-se-á fazer uma demonstração analítica dos principais dispositivos “constitucionais” presentes na Organização, destacando o seu funcionamento na elaboração das chamadas diretrizes globais.”<sup>141</sup>

Em suma, a pandemia de COVID-19 aponta para uma situação inédita, onde os acoplamentos estruturais<sup>142</sup> entre o Sistema do Direito e o Sistema da Política, precisam igualmente de comunicações intersistêmicas entre esses Sistemas, e o Sistema da Saúde.

---

<sup>139</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: Uma Análise Sobre A Transnacionalidade Das Diretrizes Da Organização Mundial Da Saúde (OMS)**. In: **Paradigmas da Sociedade Contemporânea: Reflexos Das Pandemias**. /organizador PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa ...[et.al]. -Dados eletrônicos. -Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.12.

<sup>140</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa (org.). **Atualidade da Constituição: o Constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting**. Porto Alegre: FI, 2020.

<sup>141</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social No Tratamento Da COVID-19: Uma Análise Sobre a Transnacionalidade Das Diretrizes Da Organização Mundial Da Saúde (OMS)**. In: **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea: Reflexos Das Pandemias**. /organizador PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa ...[et.al]. -Dados eletrônicos. -Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.12.

<sup>142</sup> Sobre isso, pode-se ver igualmente: RAMOS ALVES, Paulo Roberto. **A superação da Racionalidade Soberano-estatal Pela Atuação dos Atores Corporativos Transnacionais**. In Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021.

## CAPÍTULO 2

### SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL, E SUAS ORGANIZAÇÕES NA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

#### 2.1 Direitos Fundamentais

O objetivo deste item é analisar os Direitos Humanos, na atualidade, desde a CF de 1988, e sua aplicação nas decisões jurídicas brasileiras sobre a COVID-19. A saúde é um direito fundamental conforme Constituição Federal da República. Neste sentido, dispõem os artigos: 170 e 193, e, ainda, em seus artigos 196, 197 e 199, respectivamente, que:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação"; são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado"; a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

O significado hermenêutico visa assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde, impondo, para tanto, ao Estado, o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que concedam a todos o acesso à assistência médica. De todo modo, a saúde é um direito social, garantido, conforme o art.6º, da CF:

são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Ademais, permite-se que a assistência à saúde também seja prestada através da livre iniciativa, ressalvando que tais serviços assumam o "status" de relevância para o poder público, a fim de que este possa fiscalizá-los e controlá-los. Assim, o particular, prestando os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado.

Os Direitos Humanos tiveram um reconhecimento histórico marcante durante a denominada Revolução Francesa de 1789, esse acontecimento modificou a sociedade ocidental e proporcionou o reconhecimento da Dignidade das pessoas nas



Constituições como Direito Fundamental.<sup>143</sup> Isto é, Direitos Humanos são prioritários para a configuração das sociedades Democráticas.

Após a segunda Guerra Mundial (1939-1945) foram proclamados vários documentos que reforçam a eficiência e importância mundial dos Direitos Humanos. Um dos direitos mais importantes é o Direito à Saúde. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, afirma em seu art. 25 diz que:

toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários. E tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

No Brasil, a teoria dos Direitos Fundamentais, segundo Fábio Konder Comparato explica-se desde a seguinte perspectiva:

temos, pois, que enquanto em Aristóteles, o princípio ou fundamento significa essencialmente a fonte ou origem de algo, na filosofia ética de Kant passa a significar razão justificativa, pois, se analisarmos, ainda que superficialmente, o direito positivo brasileiro, verificaremos que o termo fundamento é empregado sempre com o sentido nuclear de razão justificativa ou de fonte legitimadora, a Constituição Federal de 1988, por exemplo, abre-se com a declaração de que a República Federativa do Brasil, tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político (art. 1º). Indicam-se nessa norma, indubitavelmente, as fontes legitimadoras de nossa organização política, isto é, a razão de ser de toda a organização estatal. Essas razões justificativas da República brasileira são explicitadas, no art.3º, sob a forma de objetivos fundamentais: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Durante a Revolução Francesa surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

<sup>144</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Texto disponível em <http://www.iea.usp.br/artigos>, p.5.

Nessa linha de ideias, conforme assinalado por Comparato, pretende-se, verificar especificamente, no caso da Saúde, uma atuação vinculante dos Direitos Humanos, desde a teoria dos Direitos Fundamentais de Peces-Barba e Ferrajoli, e Luhmann.

### 2.1.1 Direitos Fundamentais em Gregório Peces-Barba

Na teoria de Gregório Peces-Barba, a semântica, o conceito e os fundamentos dos Direitos dependem de sua sincronia, diacronia e universalidade. O poder político soberano e democrático depende da positivação dos Direitos e da limitação do Poder que gera um sistema coerente<sup>145</sup>. No capítulo IV, procura explicar em todas as dimensões, desde a sua origem histórica, fundamento, função e poder político no Direito dos direitos fundamentais. Para tanto, ele utiliza a metodologia da compreensiva para superar a dialética entre jusnaturalismo e positivismo, realizando um trabalho de complementação e coerência entre as contribuições liberais, democráticas e socialistas. Tal proposta enfrenta o porquê dos Direitos Humanos, e o para que do ponto de vista histórico.<sup>146</sup>

Para Leite, a questão da efetividade dos Direitos Fundamentais, depende de três perspectivas imprescindíveis, apontadas por Gregório Peces Barba: uma primeira, relacionada com a legitimidade, e validade, dos Direitos; a segunda com a legalidade, vigência ou possibilidade de positivação; e a terceira com a realidade social dos Direitos, isto é, com o ambiente social necessário para sua real efetividade.<sup>147</sup>

Em autores clássicos, como Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), o Direito possui um caráter normativista, que exigiria uma análise desde um aspecto estático (conceitos), e outro dinâmico (produção normativa). Porém, Peces-Barba, inspirado na teoria da linguagem de Ferdinand de Saussure, articula uma oposição entre a sincronia (presente), e a diacronia (história). Para ele, a compreensão dos direitos

---

<sup>145</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **O Capítulo IV. Fundação e Conceito: Uma Visão Integral e Seus Critérios.** In **Curso de Derechos Fundamentales.** Teoria General. Madrid: Agencia Oficial, 1995.

<sup>146</sup> Optou-se por analisar com destaque o capítulo IV do livro citado acima.

<sup>147</sup> GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a Partir da Visão Integral do Conceito Segundo Gregorio Peces-Barba.** in VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar. Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.196.

fundamentais implica entender a sua ambivalência, conceito e fundamentos, desde a história. Os Direitos Fundamentais surgem na modernidade, graças Estado de direito.

Peces-Barba, estabelece as linhas de Evolução dos Direitos Fundamentais, afirmando que existem três modelos iniciais de Direitos Fundamentais: inglês, americano e francês, que caracterizam importantes linhas de evolução: 1) o processo de positivação; 2) o processo de generalização. O processo de generalização corresponde a tensão que existe entre a declaração de direitos humanos e a sua efetividade. Inclusive o autor contesta a crítica marxista da morte dos direitos humanos. Deste modo, ele explica (a) as origens da generalização; (b) o impulso da generalização e principalmente (c) os resultados do processo de generalização.<sup>148</sup>

Nesse contexto, o inventário do processo de generalização (expansão, universalização), tem três grandes dimensões: 1º) no que se refere a pôr em marcha os Direitos que garantem ou fazem o possível para uma participação igualitária; 2º) Em consequência permitem uma participação da classe trabalhadora na configuração de uma nova geração de Direitos fundamentais para assegurar a solidariedade e a igualdade; e por fim, 3º) a “desfundamentalização” do Direito de propriedade. Os dois primeiros aspectos produzem novos direitos, e o terceiro uma atividade negativa de exclusão do elenco dos direitos. Para o autor, existe uma correlação entre o ético, o político e o jurídico, isto permite uma nova dimensão da reflexão ética que produz pretensões: morais justificadas, e a passagem do Estado Liberal ao Estado Social.

Os novos direitos surgidos, a partir daí, são o direito de associação (sindicatos) e o sufrágio universal, que permitirá, aos poucos a inclusão no parlamento de setores sociais economicamente desfavorecidos. Essa dinâmica levará a inclusão de socialistas nos governos, um constitucionalismo mais ativo e uma função promocional do Direito (de acordo com o Norberto Bobbio). O Direito do trabalho talvez seja a expressão mais direta da generalização. Assim, se utilizará a igualdade como diferenciação, um método para alcançar a igualdade como equiparação.

O Estado assistencial possui uma função promocional, segundo Norberto Bobbio, que amplia a concepção limitada de ordenamento jurídico: “nas Constituições liberais clássicas a função principal de Estado parece ser a de Tutelar (ou garantir); já

---

<sup>148</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **O capítulo IV. Fundação e Conceito: Uma Visão Integral e Seus Critérios.** In **Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General.** Madrid: Agencia Oficial, 1995, p.168-183.

nas Constituições pós-liberais, junto com a função de tutela ou de garantia, aparece cada vez mais frequentemente a de promoção.”<sup>149</sup>.

Peces-Barba entende, que a propriedade terminará sendo excluída do núcleo central de direitos, tanto a nível Nacional, quanto internacional, como exemplo se pode citar a Constituição Espanhola de 1978. Para esse autor, pode-se dizer que no final do século XX, como resultado da confrontação entre os sistemas políticos liberais e socialistas, ocorrem uma generalização dos Direitos fundamentais. Na atualidade, para Peces-Barba existem ameaças sobre os Direitos fundamentais, originadas: 1) o novo corporativismo: partidos políticos e grupos de meios de comunicação, monopolizam a seus serviços os direitos fundamentais; 2) das novas tecnologias: a informática e novos meios de comunicação são outro âmbito de luta para generalização; 3) do imperialismo da economia sobre o mercado, que ocupa o espaço da liberdade das pessoas, impedindo a generalização dos Direitos humanos.

Outrossim, é impossível, para Peces-Barba, a identificação, e efetividade, dos direitos humanos sem uma dimensão internacional. Para tanto, é preciso que se observe o direito internacional, e os tratados de cooperação e união dos países em defesa, gradativa e histórica dos direitos fundamentais. Um documento de destaque é a Declaração Universal da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

O processo de internacionalização é originado também desde diversas dimensões complementares: a primeira. supõe a utilização de formas técnico-jurídicas do direito internacional clássico pelos Estados, sem ruptura da soberania estatal; a segunda, parte da consciência da insuficiência da proteção estatal; a outra dimensão colocada pelo professor Pastor Ridruejo (citado pelo autor),<sup>150</sup> que a moralização implica que o direito internacional seja um processo de humanização e socialização, impulsionando no direito internacional o desenvolvimento integral de indivíduos e povos. Finalmente para o autor um valor que empurra decisivamente esse processo

---

<sup>149</sup> BOBBIO, Norberto. **La Función Promocional del Derecho**. In **Contribucion a La Teoria Del Derecho**. Madrid: Editorial Debate. 1990.p.379.

<sup>150</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **O capítulo IV. Fundação e Conceito: Uma Visão Integral e Seus Critérios**. In **Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General**. Madrid: Agencia Oficial, 1995, p.178.

é a luta pela paz e a recusa sem paliativos de todas as guerras. Ele cita, entre outros, na Espanha, Elías Días e Alfonso Ruiz Miguel<sup>151</sup> (Peces-Barba, é contra a guerra).<sup>152</sup>

O processo de especificação, além da generalização, segundo Norberto Bobbio permite que se entenda a evolução histórica dos direitos fundamentais. Para Bobbio, a individuação consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada para uma maior determinação dos sujeitos titulares dos direitos humanos. Em relação com os titulares: os titulares dos direitos humanos são segundo a cultura jurídica moderna, genericamente os “homens” ou “cidadãos” em uma distinção vinculada ao estado de natureza, terminologia de direitos naturais.

Mais tarde haverá um avanço do historicismo sobre o racionalismo e se levará em consideração a vinculação dos direitos as pessoas concretas de seus titulares. São circunstâncias ou situações cuja a relevância deriva: a) de uma condição social de pessoas que se encontram em situação de inferioridade, desigualdade, para uma garantia ou promoção para superar a discriminação (ex. os direitos da mulher); b) de uma condição física de pessoas que precisam e recebem uma proteção especial a partir da solidariedade ou fraternidade. Estes afetam a direitos vinculados a saúde, segurança social e o acesso a condições de trabalho, como também a direitos clássicos como a liberdade de circulação. c) da situação que ocupam as pessoas em determinadas relações sociais, no caso papel de superioridade em relação a outra. É o caso dos direitos do consumidor, por exemplo grandes empresas, ou serviços estatais públicos. Nesse sentido, para Calgaro e Pereira:

desse modo se subjetiva o consumo, onde se concretiza o hiperconsumo e se de subjetiva o sujeito/cidadão, transformando-o em consumidor, que se torna dependente do mercado. Quando se analisa o hiperconsumo, pode-se perceber que o mesmo é uma construção das relações sociais no decorrer de nossa história, onde as relações de compra e venda foram se aperfeiçoando e criando novas simbologias na sociedade. Com a modernidade essas relações foram construindo representações simbólicas de uma cultura de consumo, onde se criou a dependência das pessoas a esse modo de vida que se perpetua com o modelo capitalista.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Organizador do livro: BOBBIO, Norberto. **La Función Promocional del Derecho**. In **Contribucion a La Teoria Del Derecho**. Madrid: Editorial Debate. 1990.

<sup>152</sup> Neste sentido, ele seria contra a guerra iniciada pela Rússia contra a Ucrânia, em 2022.

<sup>153</sup> CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **A Sociedade Consumocentrista e Seus Reflexos Socioambientais: A Cooperação Social e a Democracia Participativa Para a Preservação Ambiental**. in Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável | e-ISSN: 2526-0057 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 72 - 88 | Jul/dez. 2016.p.5.

Nas três situações estamos perante status sociais que por razões culturais, físicas ou psicológicas levam a debilidades que o direito procura amenizar ou corrigir, pois supõem uma diferença com os modelos genéricos de destinatários dos Direitos Fundamentais.

Para Leite, o autor afirma que se a pretensão moral justificada é positivada, incluída como norma positiva, existe um Direito Fundamental. Se essa norma não é seguida de uma possibilidade de ser garantida judicialmente, trata-se somente de uma declaração ou uma mera carta de intenções. Para ser um Direito Fundamental tem de ser seguido de sua respectiva garantia.<sup>154</sup>

Em relação ao conteúdo do Direito, para Peces-Barba, alguns autores defendem que ocorrem gerações de direitos humanos, para se referir ao ritmo temporal sucessivo das mesmas. Porém, isso para ele, é uma terminologia discutível, porque se poderia entender que as gerações podem extinguir-se e ser substituídas pelas seguintes. Neste caso, ele propõe uma perspectiva, liberal, democrática e socialista, denominada de direitos de quarta geração. De todo modo, o certo é que, no ponto de vista pragmático, a efetividade dos Direitos Humanos depende de uma lógica de Direito aos Direitos, nem sempre evolutiva.

As condições para o florescimento dos direitos fundamentais se dão no chamado trânsito à modernidade, conforme a tese das linhas de evolução desenvolvidas por Peces-Barba. Assim, depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesa se pela ideologia liberal, por meio da história dos dois séculos seguintes, os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação, e conseqüentemente suas necessidades de proteção.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da Visão integral do Conceito Segundo Gregorio Peces-Barba**. In VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar. Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.206.

<sup>155</sup> GARCIA, Marcos Leite, MARQUES JÚNIOR, William Paiva. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da Transnacionais e o UNASUL para os Direitos Fundamentais: os Direitos Ambientais como Demandas Transnacionais e o Tratamento Prioritário da Sustentabilidade**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n.3 - set-dez 2014, p.971.

### 2.1.2 Direitos Fundamentais em Luigi Ferrajoli

Ferrajoli atualiza de maneira incisiva a teoria dos Direitos Fundamentais perante a questão urgente que estamos vivenciando, que é a COVID-19. Ferrajoli inicia um texto célebre com uma pergunta. Por que uma Constituição da Terra?<sup>156</sup> Neste sentido, para Ferrajoli:

ceticismos e realismo são períodos curtos e espaços restritos das políticas nacionais. Existem problemas globais que não fazem parte da agenda política dos governos nacionais, em que pese que a sobrevivência da humanidade dependa das suas soluções, a salvação do planeta do aquecimento global, os perigos dos conflitos nucleares, o crescimento das desigualdades e a morte de milhões de pessoas todos os anos devido à falta de alimentação básica e de medicamentos essenciais, o drama de centenas de milhares de migrantes, cada um fugindo de um desses problemas irresolvidos.<sup>157</sup>

A proposta é então de uma Constituição da Terra. Com questões sobre como é possível, em tempos como o atual, de crises das democracias nacionais e de processos desconstrutivos, mesmo nos países mais avançados, admitir, por hipótese, uma democracia cosmopolita e uma constituição global? Como é possível que um pacto desses possa ser compartilhado pela totalidade dos Estados soberanos?<sup>158</sup> Por isto, é preciso que se amplie o paradigma constitucional a nível internacional.<sup>159</sup>

A construção da democracia como teoria do garantismo constitucional não é apenas uma construção jurídica, mas um esforço global em defesa da igualdade, direitos fundamentais e paz. Em suma, um constitucionalismo dos bens fundamentais. Assim sendo, quanto maiores forem as diferenças de identidade pessoal a serem protegidas e as desigualdades materiais a serem reduzidas, muito mais legítima, necessária e urgente ela se faz. Uma Constituição, em suma, é legítima e democrática, porque garante a todos.

---

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.11.

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020. p.17.

<sup>158</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.17.

<sup>159</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020. p.18.

Para Ferrajoli, esta inadequação das políticas nacionais pode ser explicada também pela sua subordinação à economia gerada pela corrupção, pelos conflitos de interesses e pelas pressões dos lobbys, derivadas sobretudo, de duas aporias graves que afetam a democracia política, ambas ligadas à relação das políticas nacionais, por um lado com o tempo, por outro com o espaço.<sup>160</sup>

O garantismo constitucional, é então, um modelo teórico aplicável, graças a seu caráter formal a qualquer sistema jurídico. Pode operar como em um conjunto de limites e vínculos em qualquer poder e para garantia de qualquer expectativa estipulada como fundamental. <sup>161</sup>

Instituições de governo e instituições de segurança, esta é a única resposta racional e realista ao mesmo dilema que Tomas Hobbes enfrentou há quatro séculos: a insegurança geral definida, determinada pela liberdade selvagem do mais apto, ou o tratado de coexistência pacífica, baseado na proibição da guerra e na garantia de vida.<sup>162</sup>

A inclusão dos princípios da paz, igualdade e direitos fundamentais em todas estas cartas exigirá a inclusão de suas garantias no domínio público global. Tais garantias da paz seriam implementadas através do Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas. Sendo, portanto, um monopólio supranacional de forças, dissolvendo o exército nacional e banindo as armas, para garantir os direitos sociais à saúde, educação e meios por meio de financiamento total de garantidores globais, como a FAO e a Organização Mundial da Saúde (OMS). Ressalta-se aqui a relevância da saúde e enfrentamento da pandemia.

Por sua parte, autores como Calgaro e Koppe Pereira, do ponto de vista do respeito a natureza, entendem que:

na atualidade, os riscos de danos ambientais alcançam novas formas com o implemento da sociedade moderna, levando à vulnerabilidade socioambiental. Mas, tem-se verificado que no espaço local, ocorre uma série de problemáticas ambientais que devem ser sede de discussões dessas questões, pois, apesar de um universo globalizado e amplo, os efeitos dialéticos incidem em locais específicos, em uma

---

<sup>160</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.18.

<sup>161</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Construção da Democracia: Teoria do Garantismo Constitucional.** Florianópolis: emails editora, 2023.p.212.

<sup>162</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.19.



população em sede de vulnerabilidade, que arca com esses efeitos. Portanto, pode-se propor uma política pública em prol do meio ambiente e da pobreza para evitar a vulnerabilidade socioambiental no espaço local e, assim, conseqüentemente, atingir o espaço regional e global.<sup>163</sup>

Para Ferrajoli, a hipótese de uma Constituição da Terra:

pretende levar a sério as tantas Cartas de Direito existentes, leis vigentes, porém inefetivas, introduzindo uma primeira inovação em relação às constituições estatais e, sobretudo, às muitas Cartas internacionais de direitos humanos, deverá prever e incluir no texto constitucional, não somente as tradicionais funções legislativas, executivas e judiciárias, mas também as funções e instituições de garantia primária dos direitos e dos bens fundamentais.<sup>164</sup>

No caso do Brasil, sobre o tema pode-se assinalar, as observações de Jean Pedro Horszczaruk, Talissa Truccolo Reato, e Cleide Calgaro:

neste sentido, percebe-se que o Brasil é, em geral, um país com um engajamento que pode ser considerado bom na participação dos encontros e na assinatura de Tratados, porém, este compromisso deve ser visto na prática. Não basta concordar com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, é preciso fomentar as condições de possibilidade para a sua realização no cenário socioambiental. Deste modo, com educação pode ser possível mudar a relação entre seres humanos e meio ambiente, ampliando a democracia e a cidadania ambiental.<sup>165</sup>

As instituições de garantia são, por outro lado, aquelas investidas de funções ligadas à aplicação da lei e, em particular, do princípio da paz e dos direitos fundamentais, visando garantir aquilo a que se chama a “esfera do indecidível): as funções judiciárias ou de garantia secundária, mas antes mesmo, as funções designadas de garantia primária dos direitos sociais, tais como as instituições escolares, as sanitárias, as assistenciais, as previdenciárias e similares.”<sup>166</sup> .

<sup>163</sup> CALGARO, Cleide. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **Políticas Públicas e Cooperação Social Em John Rawls** in Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.14. n.28. p.277-302. Janeiro/abril de 2017, p. 297.

<sup>164</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.20.

<sup>165</sup> HORSZCZARUK, Jean Pedro, REATO; Talissa Truccolo; CALGARO, Cleide. **A Garantia do Direito Fundamental ao Meio Ambiente por Meio do Desenvolvimento Sustentável**, p.318, in CALGARO, Cleide; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Constitucionalismo e Meio Ambiente, tomo 5: Sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Cleide Calgaro; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Paulo Márcio Cruz (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

<sup>166</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.21.

A Constituição da Terra, caracteriza-se por um alargamento do paradigma constitucional para além do Estado, em três direções: 1) em primeiro lugar, na direção de um constitucionalismo supranacional ou de direito internacional, em acréscimo ao constitucionalismo de Estado; 2) em segundo lugar, na direção de um constitucionalismo de direito privado, através da introdução de um sistema adequado de regras e de garantias em face dos poderes selvagens; 3) já, em terceiro lugar, voltado a um constitucionalismo dos bens fundamentais, em acréscimo ao dos direitos fundamentais, por meio, da previsão de garantias destinadas ao acesso de todos ao gozo de bens vitais como os bens comuns, medicamentos essenciais e alimentação básica.<sup>167</sup>

Em suma para Ferrajoli, “só uma Constituição da Terra pode superar aqueles fatores de divisão do gênero humano e de contradição com os princípios da paz e da igualdade, que são as diferentes soberanias e cidadanias e, assim, concretizar o universalismo dos direitos fundamentais.”<sup>168</sup>.

Para Ferrajoli, a primeira emergência, é a emergência ambiental, que exige um constitucionalismo amplo em todas as três direções: o constitucionalismo de nível global, constitucionalismo de direito privado e constitucionalismo dos bens comuns. Daí a necessidade de dar vida a uma nova fase do constitucionalismo que reconheça e garanta também, paralelamente aos direitos fundamentais, aquilo que podemos chamar bens fundamentais, pois vitais (a água, o ar, as geleiras, o patrimônio florestal).<sup>169</sup>

A segunda emergência, que também exige a expansão do constitucionalismo a nível global, é constituída pelas guerras e pelas ameaças à paz geradas pela produção e posse de armas (nuclear) cada vez mais letais.

A terceira emergência que a Constituição da Terra deverá enfrentar é constituída pelo crescimento da desigualdade, da pobreza, da fome e das doenças não tratadas, no mundo. Existem assim mortes devido à fome e doenças não tratadas.

---

<sup>167</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.23.

<sup>168</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.24.

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.26.

Os dados estatísticos mostram que em 2018, 821 milhões de pessoas sofreram de fome e sede e mais bilhões não tiveram acesso aos medicamentos essenciais ou vitais que a Organização Mundial de Saúde, desde 1977, estabeleceu que fossem acessíveis a todos.<sup>170</sup>

Na realidade, o direito fundamental à saúde deve garantir a igualdade em seu acesso. Os Estados devem em caso de pandemia, limitar os prejuízos causados pelas regras do mercado, que se impõem às empresas, devido ao risco de contágio.

O Estado deve proporcionar os equipamentos sanitários necessários (máscaras, respiradores, luvas, testes diagnósticos, etc.), além das atuais vantagens econômicas e dinâmica de desenvolvimento do mercado.

Os Estados podem elaborar políticas públicas destinando fundos adequados para o desenvolvimento e promoção da pesquisa médica sobre tratamentos e vacinas, bem como para a produção em massa de medicamentos que os tornem acessíveis a todos, como bens fundamentais, gratuitamente. Como um fantasma que irrompeu inesperadamente, a Covid-19 encontrou os governos despreparados para o seu enfrentamento, mostrando a sua total imprudência.<sup>171</sup>

Por outro lado, o coronavírus revelou uma carência assombrosa de medidas básicas para lidar com a sua disseminação, desde a insuficiência de leitos e serviços de terapia intensiva, falta de respiradores, testes rápidos e máscaras, médicos e equipe médica, enfermeiros e técnicos de enfermagem, enfim a ausência de organização comprometida, qualificada e adequada. Naturalmente, essa imprudência é dramática em países como os Estados Unidos, que carecem de saúde pública. Nesses países, quem não tem um seguro adequado não pode ser tratado, e dezenas de milhões de pessoas pobres são deixadas à sua sorte. A falta de preparação e a imprudência são inevitáveis nos países pobres.<sup>172</sup>

Em resumo, Ferrajoli salienta a importância da efetividade dos Direitos Fundamentais da Terra, tendo em vista, as imensas dificuldades existentes nos países

---

<sup>170</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.30.

<sup>171</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.35.

<sup>172</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020, p.37.

e organizações internacionais, para engendrar mecanismos democráticos, no que interessa a esta pesquisa, para evitar a morte por COVID-19. No Brasil, a pandemia chegou ao número absurdo de quase 700.000 óbitos (março de 2022), devido a gravidade do contágio surgiram debates sobre a melhor maneira de como enfrentá-lo, sem grandes prejuízos econômicos, no caso, sobre se a competência para tomar medidas restritivas de isolamento, e vacinação compulsória (entre outros temas) seria do Poder Executivo da União, ou dos Estados membros e Municípios. A esse respeito a decisão do STF, na **ADPF 672**, que foi exemplar (no conjunto da atuação STF-COVID) para a configuração da política brasileira de Saúde em 2020-2022, será analisada no próximo capítulo.

### **2.1.3 Teoria Política do Estado de Bem-Estar. Luhmann**

Pretende-se nesse item resumir a concepção de Niklas Luhmann sobre a política em seu livro intitulado **A Teoria Política no Estado de Bem-estar**.<sup>173</sup> Para Luhmann, o Estado de Bem-estar não é um novo tipo de instrumento de governo, nem uma nova concepção política- tecnológica, trata-se, para ele, da introdução sobre a reflexão sobre o sentido, as possibilidades, e os limites da política nas condições presentes e futuras. Assim sendo, a reflexão deveria tornar possível a representação política de visões interdependentes sobre o mundo moderno, porque os âmbitos funcionais não podem modificar a realidade e, portanto, se deveria procurar uma orientação em direção aos problemas estruturais, a capacidade de aprendizagem, a capacidade de aceitação dos impulsos e a capacidade de autocrítica. A concepção política vetero-europeia atribui a política o papel de guia da sociedade, para isso Luhmann utilizar dois conceitos para a observação da sociedade: o conceito de sistema e o conceito de autorreferência.

Para Luhmann, assim o Estado de bem-estar social que se desenvolveu nas regiões mais industrializadas do mundo não pode ser totalmente entendido com um Estado social; ou seja, como um Estado respondendo às consequências da industrialização com medidas de segurança previdenciárias. O Estado para ele persiste como um importante objetivo estrutural. Mas, no presente momento (em

---

<sup>173</sup> LUHMAN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.30.

1987), o bem-estar significa e exige mais do que mera assistência social, e mais do que pura compensação por desvantagens<sup>174</sup>.

A reflexão elaborada por Luhmann, que se segue permanecem neste nível de teoria política. Não é, portanto, apenas uma teoria do Estado de bem-estar social baseada em critérios científicos; tal teoria pode sim servir para permitir essas pretensões reflexivas que devem ocorrer dentro do mesmo sistema político. Nesse sentido:

as ideias políticas que determinam nossas orientações cotidianas, e estão associadas a concepções como constituição, política, democracia, valores fundamentais, Estado de Direito, Estado Social, têm uma base. Isso não significa que haja uma ciência teoricamente orientada; para lidar com eles.<sup>175</sup>

Toda teoria política, uma vez que “a política é um fenômeno social é guiada, implicitamente ou explicitamente, pelas premissas de uma teoria social. Diante do antigo pressuposto europeu de uma justificativa política da sociedade, ao longo do século IX, a tese da separação entre Estado e sociedade foi imposta”<sup>176</sup>. Isso foi conseguido com um alto custo: restringindo o conceito de sociedade ao sistema de necessidades; em outras palavras, para a economia. Os efeitos dessa predisposição teórica ainda são sentidos de múltiplas maneiras:

faz menção sobre a política, e especialmente o constitucionalista, vê a sociedade com frequência como algo "oposto" ao Estado. Mas o Estado não é nada fora da sociedade, constitui um de seus sistemas funcionais. Portanto, é apropriado usar uma fórmula linguística diferente. A sociedade é o sistema social abrangente que ordena todas as comunicações possíveis entre os homens. O sistema político é um de seus subsistemas, do qual outros subsistemas foram diferenciados, em particular sistemas sociais de religião, ciência, para considerar esta tradição e seu efeito contínuo.<sup>177</sup>

O Estado de Bem-estar social, para Luhmann:

é geralmente caracterizado como um Estado que proporciona amplos benefícios sociais a determinadas camadas da população, e que para

---

<sup>174</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.31.

<sup>175</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.35.

<sup>176</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.41.

<sup>177</sup> Ernst-Wolfgang Bóckenforde (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976. **Economia, educação, vida familiar, assistência médica, apud Luhmann. Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007. p.41.

isso tem que enfrentar novos custos a uma taxa cada vez mais elevada. É fácil prever então que essa empresa pode falhar ao ter que ar cumprir tais custos. Mas, esse diagnóstico e a teoria correspondente da poupança (ou também, a necessária de crescimento econômico constante), limita-se apenas à captura dos problemas, e não à profunda estrutura social do fenômeno. Portanto, acima de tudo, tem razão, Marshall, que afirma que o Estado de bem-estar social, depende para sua observação da ajuda do conceito sociológico de inclusão.<sup>178</sup>

Em uma reflexão mais aprofundada, essa consideração leva à diferença entre educação e política. Embora a educação possa lidar com o desenvolvimento de interesses e tenha seus próprios princípios e mecanismos de inclusão (em primeiro lugar pela educação geral obrigatória), a política só pode lidar com interesses já formados. A inclusão, para Luhmann:

é um princípio "aberto", pois afirma que todos merecem atenção política, mas não diz como. Na medida em que a disposição de seus próprios interesses é responsabilidade de cada um, sua natureza atenta, a seleção política e a fetichização dos interesses, pelo contrário, tornam-se uma tarefa que só pode ser regulada pelo próprio sistema político. Isso requer comunicação.<sup>179</sup>

Para autores sistêmicos, como Pilau Sobrinho, “a comunicação exerce papel de extrema relevância no sistema da sociedade é por meio dela que a própria existência do social é viabilizada, conforme a compreensão luhmanniana.”<sup>180</sup> Nesse sentido, a comunicação é:

um evento extremamente improvável, despertando um interesse social no sentido da superação dessas improbabilidades, pois se está no terceiro milênio e os avanços tecnológicos criam novas condições de possibilidades, ou seja, novos meios de exercê-la. Nesse sentido, para Luhmann a improbabilidade da comunicação pode ser vista sobre três aspectos distintos.<sup>181</sup>

Para Luhmann, a comunicação é improvável devido: “em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, tendo em conta o isolamento e a individualização de sua consciência. O sentido só se pode entender

---

<sup>178</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007. p.52.

<sup>179</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007. p.53.

<sup>180</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016. p.27.

<sup>181</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016. p.173.

em função do contexto, que é basicamente o que sua memória lhe faculta.”<sup>182</sup> Assim entende, que o que pode ser politicamente relevante, então, deriva de sua conexão com aquilo que já possui relevância política. Para ele:

o conceito do político já desde o século XIX, é compreendido quase exclusivamente como referido ao Estado. Isso torna possível o surgimento dos partidos políticos organizados, delimitados em razão de seu corpo de membros, com vistas ao acesso a cargos públicos para a realização de fins políticos. Ao mesmo tempo, o Direito oferece uma gama de possibilidades de conformação no âmbito da política. Além do orçamento financiado por impostos e taxas o Direito se converte no instrumento essencial para realização de fins políticos.<sup>183</sup>

Nesta linha de ideias, aquilo que é válido politicamente, autorreproduzido, é realizado incorporando e absorvendo interesses do ambiente do sistema político. A política condiciona suas próprias possibilidades e por isso, aparentemente, torna-se sensível ao que seu ambiente oferece e exige. Assim, para Luhmann:

isso não deve significar que a existência de contradições necessariamente seja nessa questão a última palavra. Quando se migra de objetivos de paz e justiça para análise de sistemas, pode-se chegar a um espectro bem mais amplo de possibilidades combinatórias. A separação de sistemas podem ser vista como condição para o aumento da interdependência, e a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como condição para a possibilidade dessa conexão.<sup>184</sup>

A democracia, e o Estado social, para Luhmann depende da posituação do sistema jurídico do recíproco condicionamento e estimulação. Não é suficientemente compreensível, seja como um sistema fechado ou como um sistema aberto, sendo os dois ao mesmo tempo. Segundo o autor as dificuldades com que a criação teórica e a consequente pesquisa científica se encontram neste ponto residem em seu próprio objeto, devendo ser abordados através do conceito de (sistema autorreferencial).

Na medida em que todos os sistemas sociais pré-modernos foram capazes de diferenciar certas instituições como próprias da política, eles o fizeram ajustando-se à estrutura de estratificação da sociedade. Todas as ordens sociais, para Aristóteles, são divididas em partes dominantes e dominadas. Para Thomas Vesting, “quando Aristóteles distingue teoria e prática, isso não significa que a teoria tenha sido para ele

---

<sup>182</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016. p.173. E nesse sentido, pode-se ver LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**. Lisboa: Vega, 2001. p.39.

<sup>183</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.557.

<sup>184</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p.588.

algo não prático ou mesmo alheio ao mundo e sem nenhuma relação com realidade social. Na ética a Nicômaco, Aristóteles distinguiu a forma de vida teórica da forma de vida política e da vida puramente prazerosa”<sup>185</sup>.

Nesse sentido, “o Estado da era moderna primitiva também foi fundado na diferenciação entre sujeito e autoridade, a diferença entre o topo e o fundo do sistema de estratificação se repetiram, assim, nas instituições políticas.”<sup>186</sup>.

O sistema de estratificação, segundo Luhmann, foi traduzido em uma hierarquia de ordens da organização, e a ordem foi concebida (pelo menos na literatura europeia) condicionada pela unidade do poder de comandar. Já no sistema social, a transição de uma diferenciação estratificada para funcional levou a mudanças decisivas; observou-se no sistema político à passagem de uma diferenciação bidimensional para uma tridimensional. Esta análise pode então observar como uma caixa preta o sistema que se auto-observa; projetando, por outro lado, rotinas de pesquisa para aproximar seu objeto e obter clareza suficiente graças à experiência por ela alcançada:

por um lado, o sistema político tem um ambiente interno para a sociedade, abrangendo, por exemplo, a vida familiar, a economia de produção e consumo orientada ao mercado, a pesquisa científica, a religião e muitas outras áreas. Por outro lado, a política é, em parte direta, parcialmente indiretamente, confrontada com o ambiente externo à sociedade: com a natureza e com pessoas específicas.<sup>187</sup>

Em ambos os tipos de referência ao meio ambiente, pode-se observar e isso se aplica não só à política, mas também a outros sistemas que funcionam, especialmente para economia e ciência como a tipologia das referências ambientais tem sido drasticamente transformada nos últimos tempos.

No entanto, uma descrição mais precisa de como a autorreferência é interrompida em certos sistemas por "terceirização" e, conseqüentemente, de como o ambiente dentro do sistema é expresso é possível. Se, seguindo essa preposição teórica, pergunta-se sobre a reposição ambiental das orientações políticas atuais, então pode-se ver como a diferenciação sistêmica tridimensional trouxe consigo uma relação com esse ambiente de natureza totalmente diferente daquela que caracterizava a sociedade hierárquica. A mudança deve ser buscada no fato de que, em vez da simples diferença entre "para cima" e "para baixo", agora é necessário

---

<sup>185</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do Direito. Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva. 2015. p.40.

<sup>186</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.61.

<sup>187</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.73.



distinguir entre três diferentes relações intersistêmicas, que não são mais reduzidas a uma única fórmula, não são reduzidas a uma ética global. As relações entre público e política (ou política e pública), entre política e administração (ou administração e política) e entre administração e público (ou público e administração) são ordenadas de forma autorreferencial em cada caso, justamente porque a relação complementar é igualmente possível e sempre pode ser incorporada ao cálculo. Nenhum político pode escapar em sua orientação ao público. Quando ele se dirige ao público, ele mesmo também está na foto; ele se observa no espelho. Essa condição é inevitável, justamente porque há possibilidades de exercer poder em ambas as direções, que podem ser calculadas reciprocamente (dupla circularidade). Força uma externalização de sua própria natureza em cada relação intersistêmica, e essas externalizações articulam as formas pelas quais o sistema político se ajusta ao seu ambiente. Pode-se duvidar se, e em que medida, nessas três divisões de autorreferência política geral existem diferentes orientações para cada um, e se há um único princípio de externalização dominante em cada caso.

A opinião pública é um conceito muito importante para a comunicação sistêmica. Para Pilau Sobrinho:

à sociedade opera mediante a contínua e incessante produção de comunicações. Essas comunicações, a sua vez, potencializadas através dos meios de massas, acabam por construir realidades sempre diversas, pelo constante movimento sistêmico-autopoiético do sistema social da sociedade e de seus subsistemas funcionais. A opinião pública, por seu turno, apresenta-se como elemento fundamental num ambiente plural e democrático.<sup>188</sup>

No que diz respeito à relação entre público e política, a referência ao meio ambiente ocorre por meio do que é qualificado como opinião pública, que é apresentado pela mídia de comunicação de massas. Independentemente do conteúdo factual da notícia, ela tem seu impacto; se apenas porque ninguém tem tempo (ou pelo menos apenas em casos excepcionais) para fazer perguntas por si mesmos. Isso vale para ambos os lados: para as pessoas que vivem e agem como público, bem como para os políticos. Em cada caso, então, tanto o público quanto o político deve aceitar algo como um dado que não pode ser alterado: um campo de ressonância para as atividades e eventos, que, embora possam influenciar suas próprias ações, nunca podem ser totalmente controlados por eles. O que ilude o

---

<sup>188</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilla: Puntorojo, 2016. p.131.

controle não são tanto os eventos individuais, como o contexto a que a opinião pública se refere e no qual adquire seu próprio significado. Na relação entre público e administração, o equivalente funcional parece estar na orientação às pessoas, que ocupam cargos ou que podem ser levadas em consideração ao ocupá-las. O fator pessoal é frequentemente subestimado pela sociologia (quando caracteriza a sociedade moderna como sociedade de massa): pelo menos para o campo das relações entre política e administração, sendo de importância significativa: Aqui as pessoas são o fator limitante de toda a política factual.

O conhecimento das pessoas, juntamente com a constituição física, é um dos importantes atributos para o político; configurando o que Max Weber denominou dominação carismática. Isto que está em questão aqui, em vez disso, é que as orientações para as pessoas, nessa relação intersistêmica servem para a autorreferência, para esses fins, as pessoas têm exatamente as mesmas características da opinião pública. De uma perspectiva longo prazo, elas são também; em suas características, o produto da posse de cargos e/ou comportamento político. As pessoas dadas as propriedades atribuídas a elas, são dados políticos e tomada de decisão nas posições que ocupam. A opinião pública, não é apenas mero reflexo da constelação político-administrativa do momento, mas de seus referenciais independentes para o cálculo.

A práxis da política é a comunicação, e precisamente, segundo a interpretação aqui representada, gira em torno de decisões vinculantes. Para Luhmann:

isso se aplica à administração, ao público e à política no sentido estrito. Um tratamento unitário de práxis nessas três áreas não é possível, porque eles observam uns aos outros reciprocamente e resultam em relações de "caixa preta". Do ponto de vista da política, um conjunto de problemas é, portanto, aberto, levantando a questão de o que outros sistemas funcionais "dependem da contribuição do poder político na forma de vinculação decide resolver seus próprios problemas ambientais e, em particular, quebrar o ciclo autodestrutivo em sua relação com o meio ambiente. A resposta "liberal", de que a economia depende da garantia do direito oferecido pelo Estado.<sup>189</sup>

O futuro da democracia para Kelsen, se relaciona com a autocracia, sendo o problema central da teoria política, a classificação de governos. Segundo Kelsen, a democracia "a partir de um ponto de vista jurídico, é a distinção entre diferentes

---

<sup>189</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.144.

arquétipos de constituições.”<sup>190</sup> Já para Luhmann, como já se assinalou anteriormente, observa a importância da codificação, e de se acrescentar a palavra oposição aquela de governo, para a caracterização da racionalidade da política no Estado social. Assim, estamos distantes do Leviatã, pois como afirma Vesting “de fato em Hobbes o conceito de Sistema em si ainda não ocupava o centro da filosofia prática como mais tarde em Kant ou Hegel”<sup>191</sup>. Percebe-se que o Estado do Bem-estar está de forma ambivalente avançando além do contrato para a noção de Sistema, e do Código governo/oposição.

O conceito que Luhmann, pretende elaborar indica que uma determinação do papel da política como, por exemplo, a produção de decisões coletivamente vinculantes, é certamente indispensável, mas não suficiente<sup>192</sup>.

Os sistemas funcionais também são definidos por códigos binários. Para Luhmann se poderia adotar o esquema governo/oposição, como o código da política, provocando conseqüentemente algumas questões perturbadoras, ou algumas observações críticas sobre a política contemporânea.<sup>193</sup> Em suma, Luhmann destaca dois aspectos principais:

1. a autonomia da política rigidamente orientada para o código governo/oposição, dificulta o surgimento de possibilidades suficientes para vincular-se questões sociais controversas da tecnologia genética aos custos do bem-estar, das relações exteriores e armamentos;
2. governo/oposição: quem governa e se opõe a ele, pode-se esperar ou até mesmo presumir que a comunicação política será conduzida fora das considerações morais, especialmente se tiver que renunciar a uma socialização e educação adequadas a cada Estado social, portanto, uma cultura de comportamentos comuns por parte dos políticos? Como é possível, então, que a democracia possa produzir mais igualdade e mais liberdade, autorrealização e paz, melhor equilíbrio ecológico e uma distribuição mais justa?<sup>194</sup>

Entretanto, Luhmann, em seu livro *Direito da Sociedade*, iria enfatizar, mais tarde, a importância da constituição, como acoplamento entre o sistema do Direito e o sistema da política. Para ele “esse modelo de descrição de um sistema político-

---

<sup>190</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.p.405.

<sup>191</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do Estado**. A transformação do Estado na Modernidade. São Paulo: Saraiva, 2022.p.148.

<sup>192</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.168.

<sup>193</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.169.

<sup>194</sup> LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007, p.170.

jurídico deixou-se democratizar graças a transição, dificilmente perceptível, marcada pela questão constitucional.”<sup>195</sup>.

Nesse sentido, as formas de inclusão de cidadão dos contextos jurídicos ampliam ao mesmo tempo, por meio da constitucionalização, a democracia no Estado social e colocam a sua relevância para a autopeiose da comunicação.

Segundo Ferrajoli, para a teoria do constitucionalismo, entendida como modelo de Direito, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, é muito relevante. Por sua parte, Ferrajoli inicia apresentando o conceito etimológico da palavra democracia, como “o poder do povo tomar as decisões públicas, diretamente ou através de seus representantes”. Sendo este, portanto, um conceito formal ou procedimental de democracia (dimensão política).<sup>26</sup> Assim sendo, o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli realizou uma releitura da doutrina clássica positivista, ao revalorizar a Constituição, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

Para Ferrajoli, a democracia hoje está em crise, mesmo em países, nos quais ela aparecia irreversível. Nesse sentido, a democracia se transformou em um desafio global.<sup>196</sup> Como se demonstrou Luhmann, desde a época da queda do muro de Berlim, já observava os limites de um Estado de Bem-estar, centrado no Código Governo/Oposição.

Em síntese, nesta primeira parte, efetuou-se uma comparação entre a metodologia Sistêmica de Niklas Luhmann e a Teoria Garantista de Ferrajoli, procurando encontrar um ponto comum, standards, em suas análises sobre o Estado e a Democracia. Percebe-se uma preocupação com os limites do Estado perante a sociedade e uma confiança no futuro do constitucionalismo, mesmo enfrentando crises disruptivas.

A expansão do Estado previdenciário, Estado de Bem-estar, para Luhmann, no campo dos benefícios políticos está novamente avançando de formas eletiva aqui

---

<sup>195</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 556.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: La Crisis de La Democracia Constitucional**. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Mínima Trotta, 2011. p. 12-15.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: La Crisis de La Democracia Constitucional**. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Mínima Trotta, 2011. p. 27.

<sup>196</sup> Sobre isso se pode ver, FERRAJOLI, Luigi. **La Costruzione Della Democrazia**. Teoria del garantismo costituzionale. Roma: Laterza, 2021.

tanto em termos de seleção de áreas problemáticas quanto em termos da fórmula seguida na decomposição de problemas. Nessas condições, deve-se ter em mente que o que pode ser alcançado com os meios da política é, em parte, superdimensionado e, em parte, desperdiçado. A lógica da formação da opinião política, em particular sua fixação em posições conservadoras ou progressistas, ou seja, a favor da mudança ou da manutenção do estatuto social, não cabe mais a essa situação histórica. As questões devem ser levantadas de forma diferente. Dado que estamos imersos em rápidas mudanças sociais, é necessário questionar se devemos nos adaptar ou "ou em transformações; ou até que ponto sim e até que ponto não; ou se devemos fazê-lo mais cedo ou mais tarde.

A teoria do Estado de bem-estar aqui delineada, desde Luhmann, utiliza dois conceitos, já assinalados no item anterior: o conceito de sistema e o conceito de autorreferência. Trata-se, assim, de posições que rompem com a tradição, e, portanto, necessários, em um momento, em que a novidade da situação social e política exige novos instrumentos conceituais, perante as dificuldades científicas, políticas, que não devem, no entanto, ser subestimadas. Com a ajuda destes conceitos operacionais, questiona-se os problemas e peculiaridades da realidade política do Estado de Bem-estar social, e chega-se à questão da comunicação política. Toda política é comunicação. Toda comunicação sempre fala sobre si mesma. Deste modo, para Ramos Alves; Araújo; Zibetti:

a ideia de constitucionalismo, então, adquire uma interessante conotação sistêmica quando observado a partir de uma perspectiva evolucionista, na qual se rompe com a possibilidade de uma constituição vinculada aos critérios modernos de supremacia, centralidade e verticalidade para, então, considerar uma realidade fundada na existência de sistemas sociais que operam comunicativamente bem como constantemente diferenciam-se diante de seus ambientes. Nesse contexto, o direito necessariamente passa a ser observado como um sistema autopoietico capaz de delimitar suas operações com base em suas próprias operações.<sup>197</sup>

Diante do exposto, por trás, do princípio do Estado de Bem-estar social, está a ideia de que todo o controle dos meios públicos de organização, ou orçamentos

---

<sup>197</sup> RAMOS ALVES, Paulo Roberto; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Como Reconhecer Um Direito Global? Da Policontextualidade À Gestão Dos Conflitos Entre Ordens Normativas.** in Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, VOL. 27- N. 3 - Set-Dez 2022.p.4.

públicos deve ser levado a sério. No momento em que interfere na opinião pública, o sistema armazena demandas atendidas sob a pressão de reivindicações duradouras.

A forma como a oposição política se torna possível, em um sistema depende do código governo/oposição, que decide a liberdade de escolha política. Implica na possibilidade de se atribuir ao público um papel ativo próprio em eventos políticos. Portanto, a liberdade configura a possibilidade de atribuir ao público um papel ativo próprio em eventos políticos. A teoria política no Estado de bem-estar social não é um novo instrumento de governo. Esta não é uma nova edição da concepção da política científico-tecnocrática. Ela é uma possibilidade do sistema político.

Tratam-se de duas teorias: de Luhmann e de Ferrajoli, que refletem sobre o significado, as possibilidades e os limites da política nas condições atuais e futuras. A política é um tipo de prática que merece maior atenção e cuidado, pois constatou-se que perante a vulnerabilidade social que assola nossa sociedade atual, o futuro da democracia passa pela reinvenção de uma forma de governabilidade além do Estado do Bem-estar social. Isto se relaciona com o poder de decisão das organizações.

## **2.2. Comunicação Pelas Organizações Durante a Pandemia da COVID-19**

### **2.2.1 Comunicação pela semântica: vacinação, OMS, OPAS, SUS, ANVISA**

Do ponto de vista semântico importa definir os principais conceitos do sistema da saúde. Inicialmente, Direito sanitário. Para Sueli Dallari a primeira a trabalhar com maior ênfase esse tema: “para que se defina o direito sanitário importa, portanto, que se identifique o conjunto de normas que referem a preocupação principal com a ausência de doenças e com o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo numa comunidade.”<sup>198</sup>

Já o estudo da vacinação implica a análise da semântica histórica do conceito de pandemia. Nesse sentido, é relevante relatar de forma resumida as cinco maiores pandemias da história, antes mesmo do coronavírus: 1) Peste bubônica; 2) Varíola; 3) Cólera, 4) Gripe Espanhola 5) Gripe Suína (H1N1), sendo o primeiro a gerar uma pandemia no século XXI. Esse vírus surgido no México, em 2009, espalhou-se rapidamente pelo mundo. No Brasil, no final de junho, 627 pessoas estavam infectadas

---

<sup>198</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma Nova Disciplina: O Direito Sanitário**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, 22(4):327-34,1988. p.1.

no país, de acordo com o Ministério da Saúde, sendo que seus sintomas são os mesmos de uma gripe comum: febre, tosse, dor de garganta, calafrio e dores no corpo.

Deste modo, o conceito de Pandemia, segundo a OMS é a disseminação mundial de uma nova doença, sendo a COVID-19 declarada como Pandemia no dia 11 de maio de 2020, porque é um surto que afeta uma região, se espalhando por diferentes continentes, com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.

O enfrentamento da pandemia de COVID-19, foi desenvolvido a nível global pela Organização Mundial da Saúde (OMS), pois trata-se da principal organização mundial voltada à saúde, sendo uma agência especializada em saúde pública, subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU). A Organização Mundial da Saúde (OMS), foi fundada em 7 de abril de 1948, data em que se comemora o Dia Mundial da Saúde.

A OMS em relação a covid tomou importantes medidas, tais como, distanciamento social, uso de máscaras, lavagem das mãos, e, notadamente, recomendações para o uso das vacinas COVID-19, produzidas pelos seguintes fabricantes: Pfizer/BioNTech, AstraZeneca/Oxford, Janssen, Moderna, Sinopharm, Sinovac, Bharat, Novavax, Casino e Valneva.<sup>199</sup>

OPAS é por sua parte o nome do sistema de saúde Pan-Americano. No site da OPAS, seu histórico que narra que a Primeira Conferência Internacional Americana realizada em Washington, D.C., que durou de 2 de outubro de 1889 a 19 de abril de 1890, deu um impulso extraordinário ao pan-americanismo (e foi o tema principal de 11 crônicas cheias de advertências políticas do escritor e patriota cubano José Martí, que foram publicadas no jornal La Nación de Buenos Aires). Por fim, a Décima Comissão decidiu e a Conferência recomendou às repúblicas americanas que adotassem a Convenção Sanitária Internacional do Rio de Janeiro (1887) ou o texto da Convenção Sanitária do Congresso de Lima (1888).

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), trabalha com os países das Américas para melhorar a saúde e a qualidade de vida de suas populações. Fundada em 1902, é a organização internacional de saúde pública mais antiga do mundo. Atua como escritório regional da Organização Mundial da Saúde (OMS) para as Américas e é a agência especializada em saúde do sistema interamericano, ou seja, o organismo

---

<sup>199</sup> Vacinas Contra a COVID-19 - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso: 13 de abril de 2023.

internacional oferece cooperação técnica em saúde a seus países membros; combate doenças transmissíveis e doenças crônicas não transmissíveis, bem como suas causas; e fortalece os sistemas de saúde e de resposta ante emergências e desastres.

200

A OPAS tem apoiado as ações do Brasil na resposta à COVID-19, desde janeiro de 2020. Antes do primeiro caso notificado da doença na América Latina, a OPAS organizou em fevereiro, junto com a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) eo Ministério da Saúde do Brasil, um treinamento para nove países sobre diagnóstico laboratorial do novo coronavírus. Participaram da capacitação especialistas da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai.<sup>201</sup>

Ressalta Pilau Sobrinho, que, no tocante à participação do Brasil na OMS, há menção tanto nos trabalhos retrospectivas sobre a organização como naqueles que se referem à história da OPAS. Contudo, destaca-se a participação de Geraldo Paula Souza, que apresentou uma proposta na década de 1940 para a criação de uma nova entidade para a saúde mundial.<sup>202</sup> Também ele recriava a Sociedade Brasileira de Higiene e, com a instauração do VII Congresso Brasileiro de Higiene, em 1947, retomaram-se as atividades da antiga sociedade, formada em 1923, com fundamento na defesa de uma atuação em âmbito nacional.<sup>203</sup> Para Pilau Sobrinho:

impende referir que em 1945, na conferência de São Francisco, nos EUA, que tinha o intuito de aprovar o projeto de constituição orgânica das Nações Unidas, Geraldo Paula Souza teria chamado atenção para a falta de referência a questões de saúde e higiene, o que veio a motivá-lo a apresentar uma proposta em conjunto com a delegação da China para a criação de uma organização de âmbito internacional de saúde.<sup>204</sup>

Além disso, a OPAS ampliou sua capacidade de diagnóstico no Brasil, com a compra de 10 milhões de testes do tipo RT-PCR, que detectam se a pessoa está infectada com o coronavírus causador da COVID-19. Outra iniciativa da OPAS é

---

200 BRASIL - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso: 13 de abril de 2023.

201 OPAS. **Organização Pan-Americana da Saúde**. Disponível em: acesso em: 14 abril 2023.

202 PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha.p.214.

203 LIMA, **O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde**. In: FINKELMAN (Org.). **Caminhos da Saúde Pública no Brasil**. Op. cit., p. 69.

204 PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha. 2016.p.215.



a promoção da saúde mental no contexto da pandemia, com informações direcionadas a profissionais de saúde, cuidadores, população em geral, pessoas idosas e população venezuelana migrante.

O conceito de vacinação, segundo a OPAS é um processo pelo qual as pessoas tornam-se imunes a uma doença infecciosa, geralmente por meio da administração de uma vacina. As vacinas reforçam o sistema imunológico do corpo e resguardam contra doenças e infecções <sup>205</sup>.

A vacina da COVID-19 tem um procedimento que exige que se siga um esquema básico de vacinação, que significa o número de doses de determinada vacina recomendado para imunizar uma pessoa, conforme o calendário de vacinação. Já a dose seguinte, dose subsequente da vacina, indica dose recebida ou a ser recebida imediatamente após a última dose administrada. Dessa forma, a dose de reforço esclarece-se que a é a dose complementar administrada após o término do esquema básico e necessária para manter o indivíduo protegido.<sup>206</sup> Na atualidade (2023) já existe uma vacina bivalente (COVID-19/influenza) e pessoas que tomaram cinco doses.

### **2.2.2 O Ministério da Saúde e História do SUS**

Outra organização extremamente relevante é o Sistema Único de Saúde (SUS), foi criado pela Constituição Federal de 1988 para que toda a população brasileira tenha acesso ao atendimento público de saúde. Anteriormente, a assistência médica estava a cargo do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), limitada aos empregados que contribuíssem com a previdência social.

O Sistema Único de saúde é um sistema abrangente, público e gratuito, que regulamentou, no art. 43: a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se os cálculos dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas (Lei 8.080/1990). Assim, realiza diversas ações integradas para atender as necessidades dos usuários, é amplo, por exemplo, envolve desde as campanhas mais simples (vacinação), internações, até atendimentos mais complexos na saúde, desde o tratamento do problema da saúde,

---

<sup>205</sup> Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Disponível em: acesso em: 15 abril 2023.

<sup>206</sup> [www.enfreeteenfermagem.com.br](http://www.enfreeteenfermagem.com.br). Acesso dia 17 de abril de 2023.

promoção da qualidade de vida, o foco é a prevenção de doenças, é formado por ações, prestação de serviços, procedimentos e as unidades de saúde, participação complementar da iniciativa privada, atuando de forma integrada para beneficiar a população na área da saúde, estão na responsabilidade da União, Estados e Municípios.

A hierarquização e gestão do SUS está organizada de acordo com os seguintes aspectos: 1) baixa complexibilidade (posto de entrada); 2) média complexidade (exemplo a cardiologia, neurologia, procedimentos); 3) alta complexidade (envolve por exemplo ressonância magnética, tomografia, procedimentos ambulatoriais, hospitais, clínicas especializadas, hemodiálises, quimioterapia). Ou seja, a unidade de referência inclui a média complexidade e alta complexibilidade, atendimento especializado. O sistema do direito atua nos processos de inclusão/exclusão dos indivíduos das prestações sociais oriundas de diferentes âmbitos da sociedade mundial” 207.

Por outro lado, importante foi a transformação digital no âmbito do Governo Federal, por meio da oferta de serviços digitais no portal, o Ministério da Saúde lançou o aplicativo: Conecte SUS Cidadão, onde é possível obter a facilidade de acesso às suas informações, tanto pelo cidadão, como também pelas instituições. Tudo isto, primordialmente, conforme o princípio da legalidade, e o direito fundamental à saúde, garantido pela Constituição Federal de 1988, foi especificada a fundamentação legal que baseia a transformação do governo digital brasileiro por meio da tecnologia da informação, e Coronavírus-SUS.

Assim, o direito na sociedade (comunicação) digital, a inter-relação entredireito, saúde, tecnologia digital (por exemplo: o ConectSUS e Coronavírus-SUS), economia e governança (política), para a proteção de dados pessoais, podem ser observadas, a partir dos pressupostos técnicos e cognitivos que (re)estruturam as práticas sociais. A construção dos sentidos e a reorganização dos modos de regulação e governança da sociedade digital ocorre em uma necessária complementariedade entre as observações e conhecimentos jurídicos, técnicos, científicos e organizacionais.

---

207 ROCHA, Leonel Severo. COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Vacinação Compulsória e Diferenciação Funcional: O Sistema do Direito nos Processos de Inclusão/Exclusão Social ao Longo da Pandemia do COVID-19.** Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.4, n.71 p.237 – 267 [Received/Recebido: março 19, 2022; Accepted/Aceito: junho 15, 2022]. p.1.

A pandemia da COVID-19 compõe enorme motivo de morbimortalidade<sup>208</sup>, pois o conhecimento científico cresce e se altera em ritmo acelerado. Assim sendo, a busca da transformação digital do governo federal com a aplicação das iniciativas de governança digital se iniciou a partir do ano 2000, evoluindo até os dias atuais, com objetivo de beneficiar e atender as necessidades dos usuários:

a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) representou o desenvolvimento na saúde pública mundial. Criada oficialmente em 1948, a OMS é uma instituição intergovernamental e parte integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como objetivo promover ações de saúde em âmbito internacional. De forma mais concreta, a OMS é responsável pela formulação de normas sanitárias internacionais, pela produção de guias e materiais técnicos em prevenção e controle de doenças, manuais de boas práticas, pela criação e implementação de programas de controle e erradicação de doenças, promoção de assistência técnica a países, formulação de relatórios de situação e análises de risco, e, ainda, o fomento de pesquisas em saúde.<sup>209</sup>

A OMS formada atualmente por 194 Estados-membros e com sede em Genebra, surgiu da necessidade no pós-guerra de cooperação em saúde a nível internacional. Nesse período, milhões de europeus encontravam-se em condições de vulnerabilidade social devido ao conflito, em um cenário propício para o surgimento de epidemias. A OMS possui uma **constituição interna** composta por princípios institucionais, além de uma estrutura própria, com centenas de escritórios distribuídos pelo mundo. A nível organizacional, possui uma tríade institucional composta pela Assembleia Mundial de Saúde, pelo Conselho Executivo e pela Direção-Geral.<sup>210</sup>

Nessa perspectiva, os princípios que norteiam a atuação da OMS são considerados basilares para a prosperidade da população, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança”, segundo assevera o Preâmbulo da Constituição da OMS, onde estão consolidados, assim dispendo:

I. a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade;

---

<sup>208</sup> Portanto, é um conceito complexo, que provém da ciência médica e combina dois subconceitos como: a mortalidade e a morbidade (presença de um determinado tipo de doença em uma população, conforme **Organização Mundial da Saúde (OMS)**. Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>. Acesso: 14 de abril de 2023.

<sup>209</sup> **Organização Mundial da Saúde (OMS)**. Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>. Acesso: 14 de abril de 2023.

<sup>210</sup> MATTA, G.C. **A Organização Mundial da Saúde: do controle de epidemias à luta pela hegemonia**. Trabalho, Educação e Saúde, v. 3, n. 2, 2005.p. 371 – 396.

- II. gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social;
- III. a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados;
- IV. os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos;
- V. o desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum;
- VI. o desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento;
- VII. a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde;
- VIII. uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos;
- IX. os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas;
- X. aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do Artigo 57 da Carta das Nações Unidas.<sup>211</sup>

De sua parte, o SUS, como já se assinalou acima, conforme o artigo 198 CF, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada. Já a sua regulamentação: ocorre com duas Leis sendo elas a 1) Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da saúde) e 2) Lei 8.142/1990 (participação social no SUS), como a sociedade participam da gestão do Sus e repasse de verbas que estão destinadas da saúde.

Resumidamente, os três princípios que orientam a construção do SUS são: Universalidade (garantia do acesso a todo e qualquer serviço de saúde), exemplo pode-se citar os estrangeiros (Território nacional), de acordo com suas necessidades, podem ser atendidos pelo SUS; Equidade (acesso à saúde, de igual forma e em igualdade de condições, independentemente da complexidade de cada caso; Integralidade (atender a todas as suas necessidades), observando o paciente na sua totalidade e necessidades de saúde.

---

<sup>211</sup> Organização Mundial da Saúde (OMS). Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>. Acesso: 15 de abril de 2023.

A Constituição Federal, e as Leis 8080 e 8142, Decreto 7.508 de 28 de junho 2011, referem-se: a) Saúde como direito do cidadão e dever do Estado; b) Princípios finalísticos do SUS: Universalidade, Integralidade e Equidade; c) Princípios estratégicos: Universalidade, Descentralização e Participação social.<sup>212</sup>

A Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços.

De acordo com a Constituição Federal 1988, no art. 196: A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>213</sup>

Portanto, a política de saúde se encontra na interface sistêmica entre Estado, sociedade e mercado, sistemas do Direito, política e economia. A sociedade financia com seus impostos e contribuições, tem atitudes e preserva valores em relação ao corpo e ao bem-estar, comporta-se de formas que afetam a saúde, coletiva e/ou individualmente (poluição, sedentarismo, consumo de drogas). O Estado, define normas e obrigações (regulação dos seguros, vacinação), recolhe os recursos e os aloca em programas e ações, cria estímulos para produção de bens e serviços, cria serviços de atenção, define leis que sancionam o acesso, desenvolve tecnologias e forma recursos humanos. O mercado produz insumos, oferece serviços de seguro e participa da oferta de serviços e da formação de recursos humanos.<sup>214</sup>

Ressalta-se, ainda, que a Integralidade: as ações preventivas e curativas; o atendimento integral deve priorizar as ações preventivas, sem prejuízo das curativas (Constituição 1988); atendimento no SUS: desde a vacina ao transplante; um Único sistema para ações preventivas e curativas; compreende ainda interferentes da saúde (meio ambiente, produtos, processos, o conjunto articulado de ações em todos os níveis de complexidade do sistema, ações de promoção à saúde e prevenção de

---

<sup>212</sup>BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm), e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS.

<sup>213</sup> BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm), e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS.

<sup>214</sup> GIOVANELLA, Lúgia (org.) **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e amp. / organizado por Lúgia Giovanella, Sarah Escorel, Lenaura de Vasconcelos Costa Lobato et al. –Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. 1100 p. il., tab., graf. ISBN: 978-85-7541-417-0. p.39.

agravos e doenças não sejam dissociados da assistência ambulatorial e hospitalar, etc.).

A CF em seu art. 199, informa que a assistência à saúde é livre, também para iniciativa privada, forma complementar contrato de direito público ou convênio. Já certamente no art. 200, é possível observar as competências de controle e fiscalização de produtos e procedimentos; executar ações de Vigilância Sanitária e epidemiológica, bem como a saúde do trabalhador; ordenar formação de Recursos humanos; e participar da política e execução de ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Em razão das ações preventivas e curativas; o atendimento integral deve priorizar as ações preventivas, sem prejuízo das curativas (Constituição Federal de 1988); atendimento no SUS: desde a vacina ao transplante; um Único sistema para ações preventivas e curativas; compreende ainda interferentes da saúde (meio ambiente, produtos, processos etc.); com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo das ações assistenciais, conjunto articulado de ações em todos os níveis de complexidade do sistema, ações de promoção à saúde e prevenção de agravos e doenças não sejam dissociados da assistência ambulatorial e hospitalar.

Um exemplo prático de aplicação da equidade ocorre em atendimentos de urgência em hospitais. Além disso, a prioridade no atendimento é definida por critérios combinados, que englobam desde a hora da chegada na unidade de saúde até a gravidade de cada caso. Sendo assim, uma vítima de acidente grave passará na frente de quem necessita de um atendimento menos urgente, mesmo que esta pessoa tenha chegado mais cedo ao hospital, para ocorrer o atendimento, incluindo quem apresenta os sintomas da COVID-19.

Com o propósito de alcançar a Descentralização, o SUS existe em três níveis, também chamados de esferas: nacional, estadual e municipal, cada uma com comando único e atribuições próprias. Os municípios são responsáveis pela execução das ações e serviços de saúde. Planeja as ações de acordo com a realidade local.

Em virtude do art.8º, refere-se as Organização, direção e gestão: Regionalizado e hierarquizado complexidade crescente; Direção única; União-Ministro da Saúde; Estado- Secretário de Estado; Município- Secretário Municipal; Consórcio com direção única; Organização em Distritos Sanitários.

Com o intuito de melhorar a saúde constata-se no art. 16º, propostas da União, que propõe-se formular e participar da formulação e implementação; definir e coordenar sistemas e normas; estabelecer normas e critérios; participar da Execução Vigilância epidemiológica; executar ações de Vigilância sanitária (portos aeroportos e fronteiras); política nacional de produção de insumos com outros órgãos governamentais; executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais; execução, exceção, área e ações estratégicas. Já o art. 17º refere-se sobre os Estados:

- I- promover a descentralização, para os Municípios;
- II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde- SUS;
- III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;
- IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:
  - a) de vigilância epidemiológica; b) de vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; e d) de saúde do trabalhador; participar, junto com órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente e do controle e avaliação das condições do ambiente; em caráter suplementar formular, executar e acompanhar a política de insumos e equipamentos;
- IX- identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;
- X- coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;
- XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e a avaliação das ações e serviços de saúde;
- XII - formular normas estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano; colaborar com a execução de ações de vigilância sanitária de portos aeroportos e fronteiras. Avaliar e divulgar indicadores de morbidade e mortalidade. Com o intuito de executar serviços em áreas estratégicas de referência de maior complexidade, em situações de carência, omissão.

A pandemia de COVID-19 foi devastadora no Brasil. O primeiro caso confirmado de coronavírus, foi no final de fevereiro, em 2020, em São Paulo, enquanto a Europa já registrava muitos óbitos por COVID-19.

O enfrentamento da pandemia ainda é um desafio, pois exige que se associe à atenção individual, o cuidado centrado na comunidade, requerendo uma abordagem cotidiana realizadas, com medidas para combater o contágio, mantendo as mãos limpas, lavar com água e sabão, ou álcool em gel 70%, quando não houver possibilidade de lavagem. Evitando aglomerações, lugares fechados, o uso de

máscaras, manter ventilação aos ambientes, hidratação, e principalmente a vacinação e comunitária necessária ao enfrentamento de qualquer epidemia e tem papel decisivo na rede assistencial de cuidados, no controle da epidemia e na continuidade do cuidado.<sup>215</sup> Para isso, é necessário compreender que a abrangência e amplitude de concepções atribuídas no momento em forma de prevenção do coronavírus, observa-se que a vacinação é fundamental.

Para que não se amplie, ainda mais, ocorra a disseminação do vírus, são necessárias, nesses casos, de medidas preventivas para diminuir o contágio, sendo a principal forma do vírus respiratórios é o contato com uma pessoa infectada, que transmite o vírus por meio de tosse, espirros e gotículas de saliva ou coriza, por isso a uma grande importância da prática da higiene frequente, como realizar lavagem das mãos com sabonete e álcool em gel, cobrir a boca e o nariz quando tossir ou espirrar, utilizar lenço descartável para higiene nasal, além de desinfetar objetos e superfícies tocados diariamente. Além disso, evitar o contato próximo com pessoas, não compartilhar objetos pessoais e ficar em casa como forma de isolamento social são as maneiras mais adaptadas para se proteger do contágio com o novo vírus, observa-se que a principal forma de disseminação do coronavírus é de pessoa para pessoa, o indivíduo pode ser contaminado através do ar ou pelo contato pessoal com gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro ou até mesmo com o toque. Além disso, é importante se atentar ao contato com objetos ou superfícies contaminadas seguido do contato com a boca, nariz ou olhos. Para a OMS:

dessa forma, quanto mais o vírus da COVID-19 circular, através da movimentação das pessoas, ocorre oportunidades de sofrerem mutações. Portanto, podem fazer é reduzir o risco de exposição ao vírus e se vacinar contra a COVID-19 (com todas as doses necessárias, segundo o esquema de vacinação), continuar a usar máscaras, manter a higiene das mãos, deixar os ambientes bem ventilados sempre que possível, evitar aglomerações e reduzir ao máximo o contato próximo com muitas pessoas, principalmente em espaços fechados.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> GIOVANELLA, Ligia Valentina Martufi, Diana Carolina, Ruiz Mendoza, Maria Helena Magalhães de Mendonça Aylene Bousquat, Rosana Aquino Maria Guadalupe Medina. **A Contribuição da Atenção Primária à Saúde na Rede SUS de Enfrentamento à COVID-19.** SciELO - Brasil - A contribuição da Atenção Primária à Saúde na rede SUS de enfrentamento à COVID-19.

<sup>216</sup> **Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização Pan-americana da saúde (OPAS).** Folha informativa - COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). [acessado 13 de março 2023]. [cerca de 10 p.]. [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Apoio da OPAS ao Brasil durante a pandemia de COVID-19 - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso dia 09 de março de 2023.



### 2.2.3 ANVISA: Vigilância e Fiscalização

No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é responsável por criar normas e regulamentos e dar suporte para todas as atividades da área no País. A ANVISA também é quem executa as atividades de controle sanitário e fiscalização em portos, aeroportos e fronteiras.<sup>217</sup> Assim, quando ocorre suspeita de eventos adversos ao antiviral, a notificação deve ser feita à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por meio do Sistema de Notificações em Vigilância Sanitária (Notivisa- é um sistema informatizado, desenvolvido pela ANVISA, para receber notificações de incidentes e queixas técnicas(QT) relacionadas ao uso de produtos e de serviços sob vigilância)<sup>218</sup>.

Do ponto de vista de Organização formal da saúde foi criada a ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária é uma agência reguladora, sob a forma de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Fundação em 26 de janeiro de 1999. A ANVISA realiza a Vigilância Sanitária:

entende-se, por vigilância sanitária, um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.<sup>219</sup>

A Vigilância Sanitária (ANVISA), pode atuar em: locais de produção, transporte e comercialização de alimentos; locais de produção, distribuição, comercialização de medicamentos, produtos de interesse para a saúde; locais de serviços de saúde; Meio ambiente; ambientes e processos do trabalho/saúde do trabalhador; pós- comercialização; projetos de arquitetura; locais públicos.

---

<sup>217</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)**. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 17, de 16 de abril de 2010, dispõe sobre Boas Práticas de fabricação de Medicamentos. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de abr. 2010b.

<sup>218</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. Guia de Vigilância em Saúde: volume único [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. – 3ª. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2019. 740 p.: il. p.15. Modo de acesso: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia\\_vigilancia\\_saude\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_vigilancia_saude_3ed.pdf) ISBN 978-85-334-2706-8.

<sup>219</sup> Vigilância Sanitária (ANVISA)- Secretaria da Saúde ([saude.gov.br](http://saude.gov.br)). Acesso dia 8 de abril 2023.

Os estudos clínicos de vacinas são conduzidos pelos laboratórios farmacêuticos e instituições de pesquisa. Como agência reguladora, o papel da Anvisa é definir a regulamentação do setor e avaliar os processos e dados recebidos, do ponto de vista de sua comprovação de qualidade, eficácia e segurança.

Nesse contexto, a Lei no 9.782/1999, instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e atribuiu-lhe poderes normativos em diversas atividades, entre as quais medicamentos, insumos farmacêuticos, dispositivos médico, hospital e saneamento, para mencionar exemplos diretamente relacionados à pandemia causada pelo novo coronavírus. A atuação da agência, no entanto, é ainda mais vasta, e inclui outros setores como alimentos, cosméticos, agrotóxicos e derivados do tabaco.<sup>220</sup>

O coronavírus (CoV) é uma ampla família de vírus que podem causar uma variedade de condições, do resfriado comum a doenças mais graves, como a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS-CoV) e a síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV). O novo coronavírus (nCoV) é uma nova cepa de coronavírus que havia sido previamente identificada em humanos. Conhecido como 2019-nCoV ou COVID-19, ele só foi detectado após a notificação de um surto em Wuhan, China, em dezembro de 2019.<sup>221</sup>

Todavia, a crise decorrente do novo coronavírus veio testar a capacidade de atuação ágil das agências reguladoras na adoção de medidas emergenciais. Em razão da urgência, houve a necessidade de dispensa de algumas medidas que, em situações ordinárias, seriam exigidas das agências reguladoras como parte do devido processo de produção normativa. A análise dos atos emanados pelas agências reguladoras federais para o enfrentamento da crise de saúde pública gerada pela Covid-19 no Brasil permite averiguar a capacidade de atuação dessas instituições e a extensão em que foi possível (ou não) manter os mecanismos usualmente relacionados à legitimidade democrática dessas entidades, como consultas públicas e análises de impacto regulatório.

---

<sup>220</sup> SALINAS, Natasha Schmitt Cácia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PARENTE, Ana Tereza Marques. **A Produção Normativa Das Agências Reguladoras: limites para eventual controle da atuação regulatória da ANVISA em resposta à COVID-19.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 55-83, abr./jun. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p5](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p5)

<sup>221</sup> Coronavírus - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso dia 10 de abril 2023.

Além do exposto, importa destacar como no agravamento da pandemia, as agências reguladoras passaram a atender a um grande volume de demandas da sociedade, dos agentes econômicos regulados e dos demais órgãos e entidades do próprio governo federal. Dentre as agências reguladoras federais, a Anvisa destacou-se como a que exarou o maior número de medidas normativas no contexto de resposta à pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, oferecendo respostas céleres no contexto da crise e orientações relevantes para a tomada de decisões dos governos federal, estaduais e municipais, bem como de seus respectivos órgãos reguladores. Em termos de escopo do objeto, a atuação da Anvisa configura-se bastante ampla.<sup>222</sup>

A Vigilância Epidemiológica, nessa perspectiva, observa o impacto de uma doença, sendo fundamental para a sua prevenção e controle. A vigilância é definida como uma sistemática coleta, armazenamento, análise e interpretação de dados, e disseminação de informação para aqueles que necessitam saber ordenar as ações que se deve tomar, para que não ocorra maior alastramento. O seu objetivo é controle, frequência, da distribuição e dos determinantes dos problemas de saúde em populações humanas, bem como, a aplicação desses estudos nos eventos relacionados com saúde.

A vigilância sanitária é de suma importância para a saúde, pois fornece informações para a ação, sendo usada para: monitorar tendências; o progresso em direção ao controle dos objetivos; estimar o tamanho do problema de saúde e sua magnitude; detectar surtos, epidemias de doenças; avaliar intervenções e programas de controle e preventivos; identificar as pesquisas, investigações, estudos necessários.

É a observação, investigação e análise de rotina da ocorrência e distribuição de doenças e dos fatores pertinentes ao seu controle, de maneira que possibilite desencadear as ações necessárias. Isto é, constitui componente fundamental das ações básicas de saúde. Para que as ações de prevenção e controle sejam oportunas e efetivas, é fundamental que: a vigilância epidemiológica seja um componente imprescindível dos programas de controle de doenças; as atividades de vigilância epidemiológica sejam executadas em todos os níveis do sistema (local, regional,

---

<sup>222</sup> Agência Nacional De Vigilância Sanitária (ANVISA). Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC no 16, de 10 de abril de 2014. Dispõe sobre os Critérios para Petição de Autorização de Funcionamento (AFE) e Autorização Especial (AE) de Empresas. [Brasília, DF]: ANVISA, 2014. Disponível em: [http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC\\_16\\_2014\\_COMP.pdf/542cc137-b331-4596-9c87-7426c0ae77b7](http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_16_2014_COMP.pdf/542cc137-b331-4596-9c87-7426c0ae77b7). Acesso em: 15 mar. 2023.

central). Os principais dados utilizados e as informações necessárias para a Vigilância Epidemiológica, são:

- a. dados demográficos: a população total e população compreendida pelo programa por: grupo de idade; zona geográfica. A instituição responsável pelo censo (IBGE); Serviço de estatística das SESs, cartórios de registro civil; Estimativas da população por grupo etário, segundo dados do censo ou através amostragem;
- b. dados de morbidade: devem conter: a unidade notificadora; dados de identificação (nome, idade, sexo, residência, profissão, etc.); datas do início da doença, da notificação e da investigação; antecedentes e data de vacinação; lista de comunicantes (contatos). Serviços de atenção à saúde (privados, públicos) em todos os níveis de atenção: primário, secundário e terciário; centros de reabilitação; pessoal de saúde; laboratórios e farmácias; líderes comunitários, voluntários e público em geral; escolas e outras instituições (creches, quartéis etc.); investigações epidemiológicas e inquéritos especiais;
- c. dados do Programa de Controle de Doenças: programa de imunização; número de doses de vacinas; cobertura vacinal; percentual de unidades com notificação regular; retroalimentação; apoio laboratorial. As fontes de dados, mais comuns na vigilância epidemiológica (V.E), passiva são: 1) histórias clínicas de hospitais, ambulatórios, policlínicas e consultórios; 2) informes de consultas externas e serviços de urgência; 3) informes de consultas em hospitais privados; 4) registro de notificação de doenças transmissíveis de notificação obrigatória; 5) certificados de óbitos; 6) anuários de estatísticas vitais; 7) anuários demográficos; 8) protocolos de necropsia e de medicina legal.<sup>223</sup>

Estas atividades envolvem funções semelhantes e frequentemente usam a mesma estrutura, processos e pessoal. A vigilância epidemiológica (V.E), é baseada na coleta da informação que é necessária para atingir o controle das doenças. Os dados requeridos devem diferir de doença para doença, e algumas devem ter necessidade específicas de informação requerendo sistemas especializados. Assim, são utilizados diferentes tipos de dados. Para tanto é preciso consciência da importância de se realizar a vacinação como forma de prevenção de epidemias. Notadamente, a Teoria do Direito deve se apresentar como um hipertexto, capaz de construir novas formas de app e links ocorrendo conexões entre os diversos saberes e práticas sociais para a realização desta função.

---

<sup>223</sup> Guia de vigilância epidemiológica. **Secretaria de Vigilância em Saúde**. Brasília, 2023. Disponível em: Guia de Vigilância Epidemiológica Covid-19: Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional pela Doença pelo Coronavírus. Ministério da Saúde ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Acesso dia 10 de abril 2023.

## CAPÍTULO 3

### Sistema jurídico e Pandemia COVID-19

#### 3.1. A Crise Social e a Emergência de Saúde Pública no Brasil- Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020

O advento do coronavírus (COVID-19), foi pela primeira vez constatado em Wuhan, na China, em 31 de dezembro de 2019. Desde então, a Organização Mundial da Saúde, tem atuado quotidianamente na expedição de diretrizes a seus países-membros, demais Estados e ao próprio cidadão, com o intuito de auxiliar tecnicamente na detecção e no tratamento da doença, como um tema global do sistema da saúde. No Brasil houve o reconhecimento da calamidade pública, pandemia, COVID-19, pelo Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março 2020, com o agravamento da COVID-19, foi elaborada a Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020<sup>224</sup>, que foi em parte alterada, a qual dispõe sobre as medidas, validas provisoriamente, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, durante a vigência da pandemia.

Esta lei desde o seu art. 2ª, informa que está inserida nas disposições recomendadas pela **Organização Mundial da Saúde (OMS)**. Assim sendo, existe uma comunicação entre o sistema da política e o sistema da saúde, por meio de uma Lei (sistema do direito). Neste art.2, destaca-se como medidas prioritárias, o **isolamento; quarentena;** e o art.1, do **Regulamento Sanitário internacional**. Já art. 3º, detalha as medidas que devem ser adotadas pelas Autoridades competentes, sendo, por isso, o artigo mais debatido judicialmente. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela **Lei nº 14.035, de 2020**):

- I- Isolamento;
- II- Quarentena;
- III- determinação de realização compulsória de: a) exames médicos;

---

<sup>224</sup> BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 07 abril 2023.

- b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (Vide ADPF nº 754); e) tratamentos médicos específicos;
- III- A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020);
- IV- Estudo ou investigação epidemiológica;
- V- Exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver.

Na sequência dos fatos, houve a **Lei 14.019**, de 2020, que alterou a **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**, para dispor a respeito da obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação, em vias e em transportes públicos, da adoção de medidas de assepsia de locais, e sobre a disponibilização de produtos saneantes aos usuários durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia COVID-19.

Do mesmo modo, a **Lei 14.035 de 11/08/2020**, alterou a **Lei nº 13.979**, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Essas alterações visam facilitar a administração na gestão dos recursos públicos, protegendo-os de irregularidade perante os Tribunais de Contas, procurando estabelecer regras de transparência e orientação quanto à celebração de contratos, cujos objetos diretamente ou indiretamente sirvam nessa esfera emergencial para o combate ou a contenção do coronavírus.

Nesse sentido, no Brasil, as diretrizes da Organização Mundial da Saúde, sistema da saúde, resultaram na promulgação desta Lei nº 13.979/2020<sup>225</sup> e no Decreto nº 10.212/2020<sup>226</sup>, neste último, é mencionada a própria assembleia da OMS como fundamentação da legislação<sup>226</sup>.

Nesse sentido a **OMS continua firmemente comprometida com os princípios estabelecidos no preâmbulo de Constituição de 1946:**

1. saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade;

<sup>225</sup> BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 07 abril 2023.

<sup>226</sup> Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005.

2. o gozo do mais alto padrão de saúde possível é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política ou status econômico ou social;
3. a saúde de todos os povos é uma condição fundamental para alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla cooperação dos indivíduos e dos Estados;
4. os resultados alcançados por cada Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos para todos;
5. a desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle de doenças, especialmente as transmissíveis, é um perigo comum;
6. o desenvolvimento saudável da criança é de fundamental importância; A capacidade de viver em harmonia em um mundo em constante mudança é indispensável para esse desenvolvimento;
7. a extensão a todos os povos dos benefícios do conhecimento médico, psicológico e afins é essencial para a obtenção do mais alto padrão de saúde;
8. uma opinião pública bem informada e uma cooperação ativa por parte do público são da maior importância para a melhoria da saúde das pessoas;
9. os governos têm uma responsabilidade pela saúde dos seus povos, que só pode ser cumprida através da provisão de medidas sanitárias e sociais adequadas.<sup>227</sup>

Além da legislação já mencionada, o governo federal tem adotado outros atos normativos com o intuito de regulamentar as ações a serem adotadas para prevenção e combate do coronavírus, além da redução dos prejuízos econômicos oriundos da Pandemia<sup>228</sup>.

Ainda, destaca-se a edição da Lei Complementar nº 173<sup>229</sup> de 27 de maio de 2020, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19), alterando a Lei Complementar nº 101<sup>230</sup>, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), além de outras providências. Neste ato normativo, destacam-se definições sobre o orçamento dos entes federativos ao longo da Pandemia, a nulidade de determinados atos da Administração que contrariem

---

<sup>227</sup> De acordo com a **Constituição Da OMS** publicada em 1946. Acesso: 20 de abril de 2023.

<sup>228</sup> Sobre essa temática, ver ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), p.10-31. In Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia.** Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020.

<sup>229</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.** Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp173.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm). Acesso em 9 abril. 2023.

<sup>230</sup> BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp101.htm). Acesso em 12 abril. 2023.

referida lei complementar e a determinação de suspensão de diversas atividades, entre as quais se encontram a concessão de novas vantagens e benefícios a servidores e a realização de concursos públicos.

O Estado brasileiro é uma República Federativa (art. 1º da Constituição Federal)<sup>231</sup>, de regime presidencialista. Assim, há uma repartição nas competências legislativas, nos termos dos artigos 22 e seguintes da Constituição Federal.<sup>232</sup> Essa concepção provocou diversos questionamentos sobre possíveis incompatibilidades entre a legislação emanada da Federação, dos Estados e dos Municípios.

Nesta linha de ideias, o governo federal passou a editar vários atos que, segundo representantes de Estados e Municípios, tentavam barrar os atos normativos por eles editados diante da COVID-19. Destaca-se, a postura do Presidente de resistência ao distanciamento social no início da Pandemia.

Por um lado, a Federação passou a defender seu papel indispensável na internalização das medidas globais para o combate à COVID-19, mesmo que contrariasse os protocolos internacionais de prevenção e combate à Doença. Por outro, fundada no princípio federativo (repartição de competências), Estados e municípios sustentam sua autonomia para tomar decisões no tocante à matéria. Em razão disso, tais entes, baseados na já mencionada Lei 13.979/2020 e com fulcro constitucional nos artigos 23, II e 24, IX, da Constituição Federal (competência), a despeito da contrariedade do Governo Federal, determinaram medidas recomendadas pela OMS, tais como suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas e outras mais.

O referido conflito de competência chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura da Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF 672) do Distrito Federal, tendo como requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Para sustentar a competência de Estados e

---

<sup>231</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>232</sup> Entre referidos dispositivos destacam-se os seguintes: art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 13 abril. 2023.



município na regulamentação de medidas específicas no combate à COVID-19, o requerente afirmou que a atuação do Governo Federal, além de contrária às diretrizes globais de combate à Pandemia, seria insuficiente para diminuir os prejuízos na área econômica, com vista à garantia da manutenção da produção, de empregos e renda de variados setores da economia, com destaque para trabalhadores informais e população de baixa renda<sup>233</sup>.

Assim sendo, conforme a pretensão do requerente, preceitos constitucionais estariam sendo violados pela atuação do Governo Federal: **Direito à Saúde** (art. 6º, caput, e art. 196 da CF), **Direito à Vida** (art. 5º, caput, da CF), **Princípio Federativo** (art. 1º, caput, da CF), uma vez que a competência constitucional dos Estados (artigos 23, II, e 24, XII, da Constituição Federal) estaria sendo descreditada e esvaziada pelos atos do Presidente na República, e a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição Federal).<sup>234</sup> Tais preceitos são standards que permitem a comunicação entre o sistema da saúde e o sistema do direito.

Portanto, a argumentação do requerente e nas manifestações do requerido, a menção contínua ao cumprimento/descumprimento das diretrizes da OMS, sistema da saúde, pelo Governo Federal, Estados e Municípios. Na manifestação da Advocacia-Geral da União consta a seguinte afirmação: todas as ações concretas do Governo demonstram estar de acordo com as políticas adotadas no mundo, com as recomendações da OMS.<sup>235</sup>

Percebe-se, apesar da discussão constitucional no âmbito interno (princípios constitucionais e regras de competência da Constituição Federal), que as diretrizes

---

<sup>233</sup> Supremo Tribunal Federal. Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF**. Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>234</sup> Supremo Tribunal Federal. Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF**. Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>235</sup> Supremo Tribunal Federal. Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF**. Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril.2023.

da Organização Mundial da Saúde (OMS) serviram como parâmetro para o julgamento do caso <sup>236</sup>.

Na oportunidade, o requerente formulou pedido de medida cautelar com o intuito de determinar que o Governo Federal se abstinhasse de cometer atos que afrontassem as políticas de isolamento social determinadas por Estados e Municípios, seguindo os protocolos da OMS, bem como para a determinação de medidas econômicas que beneficiassem os setores da economia mais atingidos pela Pandemia.

Afirmando que os ditames da separação de poderes e do princípio federativo, cláusulas pétreas da Constituição Federal, deveriam servir como base para a interpretação da Lei 13.979/20 e do Decreto Legislativo 6/20, bem como dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020 (Regulamentam a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020), além da garantia impositiva dos princípios informadores e regras de competência (artigos 22 e seguintes da Constituição Federal) no tocante à proteção da saúde pública (artigos 196 e 197, da Constituição Federal), em decisão liminar, deu-se razão ao requerente no sentido de concessão de medida cautelar para que seja determinado o respeito às determinação dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração.<sup>237</sup>

Do mesmo modo, em sede de controle abstrato de constitucionalidade (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, 6.341 - Distrito Federal)<sup>238</sup>, por solicitação de um partido político, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), Supremo Tribunal Federal deferiu em parte medida cautelar para tornar explícita no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente” prevista na Constituição, reconhecendo a possibilidade de Estados e Municípios legislares no âmbito da saúde, especialmente tomando medidas necessários para o combate à

---

<sup>236</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da SAÚDE (OMS)**, p.10-31. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020.

<sup>237</sup> Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672 / DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril.2023.

<sup>238</sup> Supremo Tribunal Federal. **ADPF 6.341** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril.2023.

COVID-19. Como consequência destas decisões, Estados e Municípios passaram a determinar regras específicas para o combate e a prevenção à COVID-19.

Além da produção contínua de legislação entre Federação, Estados e Municípios, outros órgãos têm trabalhado com recomendações para o período de enfrentamento à Pandemia. Nesse sentido, destaca-se a atuação do Ministério Público do Trabalho na edição de notas técnicas sobre pontos específicos das controvérsias desse período. Esse é o caso da Nota Técnica MPT | GT COVID-19, que trata especificamente da proteção à saúde dos professores durante a pandemia.<sup>239</sup> No tocante à atuação dos gestores públicos, mormente na interpretação e produção da legislação durante o período, destaca-se, em âmbito estadual, o trabalho realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul<sup>240</sup> na elaboração de orientações à Administração Pública no período de Pandemia. Atualmente, há 02 (dois) boletins informativos elaborados para o esclarecimento de dúvidas sobre a Administração Pública diante desta situação.<sup>241</sup>

Desta maneira, nota-se que há diversos mecanismos normativos que poderiam ser referidos e que foram originados pela atuação do Estado brasileiro, sejam, pelo governo federal, pelos Estados, Municípios ou até demais órgãos em termos de orientações e recomendações. Mas, o objetivo foi demonstrar a **internalização imediata das diretrizes da Organização Mundial da Saúde** nessas legislações e documentos jurídico-políticos. E como tal, em síntese, a comunicação intersistêmica por meio do acoplamento entre o sistema da saúde e o sistema do direito. Conforme Gunther Teubner:

é pressuposto para uma Constituição em sentido estrito, portanto, que se produza um acoplamento estrutural de mecanismos reflexivos do direito-ou seja, de normatizações jurídicas secundárias, nas quais

---

<sup>239</sup> Nota Técnica MPT | GT COVID-19 – **Proteção à Saúde dos Professores Durante a Pandemia**. Disponível em: <http://abettrabalho.org.br/nota-tecnica-mpt-gt-covid-19-protecao-a-saude-dos-professores-durante-a-pandemia/>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>240</sup> Exemplos do artigo ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.23.

<sup>241</sup> Tribunal De Contas Do Estado Do Rio Grande Do Sul. **Orientações aos gestores públicos sobre o Coronavírus**. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/ead/orientacoes\\_corona](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/ead/orientacoes_corona). Acesso em 13 abril. 2023.

normas são aplicadas a normas- com mecanismos reflexivos do setor social em questão<sup>242</sup>.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), determina, entre outros, por exemplo: os conselhos sobre as definições, utilização de máscara em relação ao COVID-19; o tratamento a domicílio dos pacientes suspeitos de COVID-19, com o intuito de evitar a propagação do vírus em outros ambientes; a preocupação com a locomoção de pessoas contaminadas em viagem, seja em aeroportos, fronteiras marítimas ou postos de fronteira; o estabelecimento de um período de quarentena às pessoas infectadas e àquelas que com elas tiveram contato, afinal, há também diretrizes sobre a chamada contaminação familiar; as práticas para melhorar a higiene das mãos; utilização dos equipamentos de proteção individual (EPI) como modo de prevenção à transmissão do vírus; procedimentos a serem adotados pela indústria de alimentos; elementos a serem levados em consideração nos ambientes escolares e nos locais de trabalho ao longo da pandemia; preparação das cidades e espaços urbanos para tratamento e prevenção em época de pandemia, fornecendo os critérios para os devidos ajustes na legislação, quando possível; criação de uma plataforma clínica mundial para controlar os dados sobre a propagação e o tratamento da COVID-19.

Tais diretrizes são perceptíveis nos já citados atos normativos de âmbito federal, estadual e municipal no Brasil e influenciam a atuação dos profissionais da saúde e gestores públicos no Estado brasileiro. Observando-se não somente a legislação produzida pelo Governo Federal, Estados e Municípios no Brasil, mas também nas Decisões dos Tribunais Superiores (STF) ao longo da Pandemia percebe-se o entrelaçamento atual entre diferentes concepções de Constituição.<sup>243</sup> Nesse sentido, para Rocha; Costa; Oliveira:

por um lado, a já destacada ideia de Constituição presente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na França, evidencia a presença da **primeira fase** do Direito Constitucional, voltada à separação dos poderes, presente em boa parte do debate sobre competência para legislar sobre Saúde no território nacional, ou seja, debate típico de um constitucionalismo voltado à Teoria Geral do Estado. Ao mesmo tempo, os debates sobre

---

<sup>242</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**. Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.p.194.

<sup>243</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: Uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.25.

a positivação e efetividade dos princípios no âmbito da jurisdição constitucional demonstram a presença da **segunda fase**. Em paralelo, a menção contínua às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, questão mais evidente em termos de transnacionalização do Direito, comprovam a iminência de uma **terceira fase** do Direito Constitucional, caracterizado pelo constitucionalismo social.<sup>244</sup>

O acoplamento operacional é perceptível, nas decisões do STF, como ocorre, em diversos trechos da decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil no contexto da Pandemia, como se pode observar:

a fiel observância à **Separação de Poderes** e ao Federalismo cláusulas pétreas de nossa **Constituição Federal** e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder, é essencial na interpretação da **Lei 13.979/20** (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de **saúde pública de importância internacional** decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019), do Decreto Legislativo 6/20 (Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020) e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020 (Regulam a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais), sob pena de ameaça a diversos preceitos fundamentais do nosso **texto constitucional**.

Já a Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê **princípios** informadores e regras de competência no tocante à proteção da **saúde pública**, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Logicamente, dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde.

**O Direito à Vida e à Saúde** aparecem como consequência imediata da consagração da **Dignidade da Pessoa Humana** como fundamento da **República Federativa do Brasil**. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos **artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado**, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde.

Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos **incisos II e IX, do artigo 23, a existência**

---

<sup>244</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.26.

**de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.** Igualmente, nos termos do **artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização** político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conseqüente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

Destaca-se dessa maneira, **não compete ao Poder Executivo federal afastar**, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes **medidas restritivas** como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros **mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde)** e vários estudos técnicos científicos.<sup>245</sup>

Em síntese, o movimento global de prevenção e combate à COVID-19 evidencia uma evolução semântica, ponto de contato cotidiano e necessário, entre as **três fases do Direito Constitucional**. Na decisão acima mencionada, complementando diretrizes e legislação já citadas anteriormente, a discussão sobre limitação, **separação dos poderes** repartição de competências para legislar, é um assunto típico da **primeira fase** do Direito Constitucional, voltada ao acoplamento entre o Direito e a política. De modo complementar, uma jurisdição constitucional, voltada à **garantia de direitos** de com discussão contínua sobre a afirmação dos princípios constitucionais, entre os quais se encontram os supracitados, é indispensável, para uma segunda fase<sup>246</sup>. Assim sendo, o STF tem adotado nesses casos uma postura contramajoritária. Não se pode deixar de apontar, por outro lado,

<sup>245</sup> Supremo Tribunal Federal (STF). Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF**. Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>246</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020. p.26.

a importância dos Direitos Fundamentais, reclamados por Peces-Barba e Luigi Ferrajoli, para a concretização do direito fundamental da saúde.<sup>247</sup> Para Mendes; Branco, a defesa do direito fundamental é tema para ADPF:

nos termos da Lei nº 9.882/99, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, caput). O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais). Vê-se, assim, que a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para solver controvérsias sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal.<sup>248</sup>

Por fim, a percepção de que diretrizes oriundas do Sistema da Saúde, emanadas de uma organização que está para além dos Estados nacionais, influenciam diretamente a produção de legislação dos países, a atuação rotineira de seus agentes e servem como fundamentação para decisão de seus tribunais é uma característica que evidencia a definição atual de Constituição, alçada à solução de problemas de natureza global. Esse elemento caracteriza a **terceira fase** do Direito Constitucional, com destaque para a presença forte de um constitucionalismo social.

### **3.2 Atuação Tribunal/ Jurisprudência. STF e COVID. A atuação do STF no caso da Vacinação Compulsória**

Neste item, a pesquisa propõe uma observação sistêmica diferenciada, desde a perspectiva teórica de Luhmann e Teubner, daquela proposta normativista, dogmática, centrada somente na legislação, voltada a uma crítica da análise das decisões das organizações, notadamente, o STF, apontando os critérios de padronização adotados, suas especificidades, dificuldades de efetividade e necessidade de reelaboração conceitual para o enfrentamento das improbabilidades e indeterminações sistêmicas. O poder judiciário, por meio do STF tomou importantes

---

<sup>247</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995; e FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma constituição da terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020. Sobre isso se pode igualmente, ver, FERRAJOLI, Luigi. **La Costruzione della democrazia**. Teoria del garantismo costituzionale. Roma: Laterza, 2021.

<sup>248</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. -13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.1.422.

decisões sobre a saúde durante o período da COVID-19 no Brasil, sendo as principais, sempre contramajoritárias, além daquela já abordada sobre a competência dos Estados e Municípios, o caso da vacinação compulsória.

O STF consagrou o direito fundamental a saúde durante a COVID-19. Já no caso da **ADPF 672**, o tribunal decidiu conforme o Direito Fundamental da Saúde (Ferrajoli), no sentido de consagrar a interpretação deste preceito fundamental no assinalado na CF de 1988, e, notadamente, desde parâmetros técnico-científicos originários de associações médicas e standards da OMS. Isso significa que o STF decidiu também de acordo com padrões e princípios internacionais de Saúde. Na ADPF 672 se estabelece uma federação brasileira competente para o enfrentamento da COVID-19, desde a postura a ser adotada por Estados e Municípios. O Direito Fundamental a Saúde adota standards que permitem salvar vidas. A partir dessa delimitação o Sistema do Direito opera de forma decisiva nos processos de inclusão/exclusão social.

No momento, o caso da Vacinação Compulsória, **nº 6586 e 6587**, será examinado, de forma mais detalhada, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587 e no Agravo em Recurso Especial nº 1267879.<sup>249</sup>

Trata-se de um processo de tentativa sutil de legitimação da exclusão social que pode ser verificado por meio de uma análise da decisão sobre a Vacinação Compulsória. Do mesmo modo, em diversos outros casos, pode-se perceber a atuação do STF em processos de inclusão de cidadãos nas prestações sociais do Sistema da Saúde, tais como: determinação para que o governo federal forneça oxigênio e insumos a hospitais de Manaus (AM)<sup>250</sup>, entre outros.

No contexto do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6586 e 6587 e Agravo em Recurso Especial 1267879, para exemplificar a hipótese em que o Poder Judiciário<sup>251</sup> autoriza a exclusão de um cidadão das prestações sociais de diversos sistemas sociais a partir do momento em que ele decide, por autonomia

---

<sup>249</sup> Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>250</sup> autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756.

<sup>251</sup> Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.



própria, excluir-se das prestações sociais do Sistema da Saúde. No caso específico, trata-se da recusa à vacinação.

A ADI supõe da jurisprudência do STF a exigência quanto à necessidade de demonstração da controvérsia judicial sobre a legitimidade da norma afim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade. O objeto da ADI para Mendes; Branco, decorre:

com exceção das normas estaduais, o objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal: lei o ato normativo federal autônomo (não regulamentar devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, Conselho Nacional de Justiça. Tal como sucede em relação à ADI, a ADC não pode ter por objeto ato normativo revogado.<sup>252</sup>

A vacinação obrigatória, nesses termos, é constitucional, para o STF, desde que alicerçada em elementos científicos, prescindindo de registro no órgão de vigilância sanitária e inclusão no Plano Nacional de Imunização (PNI), podendo, o Estado, após campanha de vacinação voluntária, utilizar dos meios indiretos, tais como imposição de multa ou restrições legais, para efetivar o processo de vacinação, ainda que de forma compulsória, afinal, “A imunidade coletiva é um bem público coletivo.”<sup>253</sup>

Tais medidas representariam, segundo a Ministra Rosa Weber, o reforço do complexo de direitos. Assim, “Diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegura o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana”. Para a Ministra Carmen Lúcia, referidos atos reafirmam o princípio constitucional da solidariedade, não se confundindo, a recusa de um adulto ao tratamento terapêutico com a recusa à vacinação, afinal, neste último, a prioridade é a imunização coletiva, como destacou o Ministro Gilmar Mendes<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.1.334.

<sup>253</sup> Conforme o Ministro Luís Edson Fachin. (PLENÁRIO, 2021). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>254</sup> (PLENÁRIO, 2021). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

O presidente do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, ministro Luiz Fux, acompanhando, de sua parte, integralmente os votos dos ministros relatores, **destacando a observância das diretrizes da Organização Mundial da Saúde**, com destaque para a consideração da recusa à vacinação como uma das 10 (dez) maiores ameaças à saúde global<sup>255</sup>. Assim sendo, salienta-se, segundo Piffer; Cruz, que:

além de sua vasta abrangência geográfica, a OMS ocupa um lugar único na saúde global, graças à sua visionária carta constitutiva, denominada Constituição, o que é incomum no sistema da ONU, assegurando um enfoque social da saúde, e afirmando-a como um direito humano. E foi o discurso dos Direitos Humanos a ferramenta utilizada pela OMS para enfrentar as restrições habituais da diplomacia dos Estados, embora muito ainda exista a fazer neste sentido.<sup>256</sup>

O resultado do julgamento, determinou como uma tese para o Agravo em Recurso Especial nº 1267879, (pleito de um cidadão do Estado de São Paulo acerca da recusa à vacinação), nos seguintes termos), com reconhecimento de repercussão geral para os demais casos: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

Em resumo: **ADI 6586 / DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586, Distrito Federal, provocou um julgado em 17 de dezembro de 2020, com assunto **relacionado a Vacinação Compulsória contra a COVID-19 prevista na Lei 13.979/2020. Conforme a decisão colacionada. Ementa: Ações Diretas de Inconstitucionalidade Vacinação Compulsória contra a covid-19 prevista na Lei 13.979/2020:**

tratando-se de pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Dessa forma, destaca-se a proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada.

<sup>255</sup> (PLENÁRIO, 2021). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>256</sup> PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **As Diretrizes Da OMS, a Pandemia Do COVID-19 e o Direito Transnacional in COVID-19 e Seus Paradoxos** [recurso eletrônico]. /organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Cleide Calgaro, Leonel Severo Rocha. -Dados eletrônicos. -Itajaí, SC: UNIVALI, 2020.p. 97.

Com relação a exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alcançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência pública. Com relação a ADIS conhecidas e julgadas parcialmente procedentes. Mostra-se:

I. a vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. Nesse caso, II. A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.

III. a previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV. a competência do ministério da saúde para coordenar o programa nacional de imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos estados, do distrito federal e dos municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. Analisando a V. ADIS conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação, conforme à constituição ao art. 3º, III, d, da lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que:

(a) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (I) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (II) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (III) respeitem a dignidade humana e os direitos

fundamentais das pessoas; (IV) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (V) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (b) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. Vistos, relatados e discutidos estes autos, nesse contexto, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ressalta-se também em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, **julgar parcialmente procedente** a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, nos termos do voto do relator e da seguinte tese de julgamento: com relação, I. A vacinação compulsória, não significa vacinação obrigatória, pois o usuário sempre tem o direito de recusar, porém, pode ser feita por meios indiretos, incluindo, entre outros, a restrição da realização de determinadas atividades ou frequência a determinados locais, desde que sejam exigidos por Lei ou fundamentados em Lei e (I) com base em evidências científicas e análises estratégicas relevantes, (II) com informações detalhadas sobre a eficácia, segurança e contra-indicação da vacina, **(III) respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais do indivíduo, (IV) atendem aos critérios da razoabilidade e adequação e (V) a vacinação é distribuída de forma gratuita e universal**; Nessa linha de ideias nota-se que: II. **Essas medidas, dentro dos limites estabelecidos acima, poderão ser implementadas tanto pela União, quanto pelos Estados, Distritos Federais e Municípios, de acordo com suas respectivas competências.** Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Relator: Ricardo Lewandowski.<sup>257</sup>

Já em relação as ações diretas de inconstitucionalidade (pleitos de partidos políticos acerca da vacinação): (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contra-indicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente. (II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos estados, pelo Distrito Federal e

---

<sup>257</sup> Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Vacinação Compulsória contra a covid-19 prevista na Lei 13.979/2020.** Relator M. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

pelos municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.<sup>258</sup> Para Rocha; Costa:

os pontos delimitados no julgamento acerca da possibilidade de vacinação compulsória evidenciam o papel de mediação do Sistema do Direito nos processos de inclusão/exclusão social em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. De um lado, tem-se a tutela do Poder Judiciário na coordenação de diversas medidas que contribuem, por meio do Direito, para a inclusão do cidadão no Sistema da Saúde; de outro, observa-se o reconhecimento da chamada “exclusão social em cadeia” ocasionada pela negativa do cidadão em ser vacinado, uma vez que sai inclusão no Sistema da Saúde esteja determinada por medida judicial. Na fundamentação da decisão judicial sobre vacinação compulsória, restaram evidenciadas as pontes de comunicação (acoplamentos estruturais) entre os diferentes sistemas sociais.<sup>259</sup>

Assinala-se na manifestação do ministro Luís Roberto Barroso a circunstância de que determinadas práticas voltadas ao Sistema da Religião, ainda que a Constituição Federal Brasileira de 1988 assegure a liberdade religiosa como direito fundamental, não podem servir de base para se escusar de determinação do poder público (Sistema da Política). Há predomínio, em matéria constitucional, para ele, dos direitos coletivos sobre os individuais. Assim, o Estado pode tomar decisões coletivamente vinculantes aos cidadãos a ele pertencentes, tais como a imposição do dever de vacinação, e o indivíduo deve seguir determinada medida. Destaca-se, nessa definição, a obrigatoriedade de vacinação das crianças, sem que os pais tenham poder sobre esse aspecto, sobretudo no tocante à impossibilidade de levantar argumento religioso para impedir tal circunstância.<sup>260</sup>

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana, é um conceito que possui uma dimensão jurídica e operacional, que pode ser utilizado no STF. Para Barroso:

na América Latina, a Suprema Corte do Brasil tem invocado a dignidade humana em uma vasta gama de situações, incluindo o direito contra autoincriminação, a proibição da tortura e do tratamento degradante e cruel, o direito de não ser algemado injustificadamente, a falta de proteção constitucional para o discurso antissemita e

<sup>258</sup> (PLENÁRIO, 2021). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>259</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, BERNARDO LEANDRO CARVALHO. **Vacinação Compulsória e Diferenciação Funcional: o Sistema do Direito nos Processos de Inclusão/exclusão social ao longo da Pandemia do COVID-19**. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.4, n.71 p.237 - 267 [Received/Recebido: março 19, 2022; Accepted/Aceito: junho 15, 2022]. p.6.

<sup>260</sup> (PLENÁRIO, 2021). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

acolhimento de ações afirmativas em benefício de pessoas com deficiências.<sup>261</sup>

Sem dúvida, os deficientes e vulneráveis são necessariamente incluídos na vacinação. Abarca-se nesse ponto da decisão, portanto, o Poder Judiciário (Sistema do Direito) agindo como mediador das decisões do Estado (Sistema da Política) em matéria de políticas públicas voltadas ao Direito Sanitário (Sistema da Saúde). A determinação sobre a possibilidade de vacinação compulsória, portanto, evidencia o protagonismo do Sistema do Direito na legitimação dos atos tomados pelo Estado, tais como a vacinação, baseados em evidências científicas, prescindindo de registro no órgão de vigilância sanitária e inclusão no Plano Nacional de Imunização (PNI), (Sistema da Saúde), mas também ratificados pela predominância de determinados direitos constitucionais sobre a pressão social de outros sistemas, tais como o Sistema da Religião (evocar convicção religiosa para se escusar à vacinação) e o próprio Sistema da Família (evocar o pátrio poder para tentar justificar a não vacinação dos filhos menores)<sup>262</sup>. Nesse sentido, para Rocha; Costa:

a definição das consequências da não vacinação determinam, sobretudo, as hipóteses em que o Poder Judiciário legitima processos de exclusão social determinados pelo Estado como medidas impositivas à vacinação. Nesse sentido, após realização de campanha voluntária, o Estado pode até mesmo efetivar processos de exclusão do cidadão no Sistema da Economia (imposição de multa) ou proibir que o indivíduo frequente determinados lugares, tais como instituições de ensino (exclusão de acesso ao Sistema da Educação), repartições públicas e parques públicos (exclusão de acesso ao Sistema da Política), e órgãos do Poder Judiciário, incluindo a proibição de frequentar audiências judiciais, por exemplo (exclusão de acesso ao Sistema da Política).<sup>263</sup>

Neste sentido, percebe-se a importância da análise sistêmica para a observação da Constituição em um cenário de sociedade mundial, no caso da pandemia COVID-19, como graças a standards confirmados pelo STF, pelas decisões tomadas pelo Sistema do Direito, em relação ao controle de atos do Sistema da Política,

<sup>261</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p.28.

<sup>262</sup> PLENÁRIO, 2021). Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF**. Relator: MIN. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

<sup>263</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, BERNARDO LEANDRO CARVALHO. **Vacinação Compulsória e Diferenciação Funcional: o Sistema do Direito nos Processos de Inclusão/Exclusão social ao longo da Pandemia do COVID-19**. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.4, n.71 p.237 - 267 [Received/Recebido: março 19, 2022; Accepted/Aceito: junho 15, 2022]. p.20.

podem tanto corrigir eventuais colisões com o texto constitucional brasileiro de 1988 e as linhas diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), quanto legitimar referidos atos com base nesses mesmos parâmetros.

### **3.3 Efetividade do acoplamento estrutural Direito e Saúde no controle da COVID-19**

O conceito de interferência, comunicação intersistêmica, para Teubner permite distinguir entre quatro tipos de abertura sistêmica seletiva ao meio envolvente: 1º) abertura cognitiva de sistema operativamente fechados (que não é totalmente absoluta); 2º) processos reais de intercâmbio entre sistema e meio envolvente, que podem ser selecionados pelo sistema de vários modos; 3º) entre os dois polos acima, temos a interpenetração e a 4º) interferência (observa-se três diferentes tipos de interferências que são: a) interferência de eventos; b) de estruturas; c) interferência de papéis).

**A comunicação sistêmica durante a pandemia da COVID-19, atende a esta lógica as exigências comunicativas?** 1º) abertura cognitiva? 2º) processos reais de intercâmbio 3º) de estruturas; 4º) interferência de papéis. Houve acoplamentos? **Sim.**

Isso ocorreu por três motivos: 1º) todos utilizam idêntica matéria prima, “**sentido**”; 2º) todos se desenvolvem na base de um mesmo elemento crucial, **comunicação**; 3º) todas as formas de comunicação especializada em qualquer dos subsistemas sociais constituem **simultaneamente formas de comunicação social geral**. Interferência não significa que a informação seja carreada entre os sistemas através de uma relação direta input-output. A informação é sempre gerada novamente em cada subsistema social.

Para David Sánchez Rubio, não existe um único sistema de garantias dos direitos humanos, mas múltiplos sistemas. Uma cultura multigarantia deve articular, de maneira complementar em alguns casos e em outros de modo conflituoso, diversos caminhos de proteção.<sup>264</sup>

---

<sup>264</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos Humanos Instituintes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2022. p. 57.

Nesse contexto, a ONU, e suas organizações, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial do Comércio (OMC e a OMS), por exemplo, segundo Piffer e Cruz, possuem caráter essencialmente transnacional e emitem normativas e orientações que são internalizadas pelos países membros, o que passou a criar, há décadas, um arcabouço de normas jurídicas de natureza transnacional.<sup>265</sup>

A Constituição, por tudo isto, conforme as decisões do STF, é o instrumento que medeia as relações entre os sistemas do Direito e da Política. Assim, para cada decisão tomada pelo Estado (Sistema da Política) em matéria de políticas públicas a serem adotadas para a saúde, é imprescindível a existência de um fundamento constitucional nessa decisão, sob pena de controle do ato pela organização do Sistema do Direito (Tribunal) na manutenção do Direito Constitucional à Saúde<sup>266</sup>.

Nesse sentido, para Fernando Rister de Souza Lima:

interessa a litigiosidade entre política e direito. Ambos divergem sobre a obrigatoriedade ou não de o Estado fornecer determinado tratamento ou remédio de alto valor monetário. Não há consenso, a ponto de se portar a questão para ser julgada pela Excelsa Corte. Nota-se, nesse foco, que a própria Constituição transfere o poder ao Supremo para dizer o que é ou não constitucional. Em primeira análise, a Corte resulta como extensão deliberativa das litigiosidades sobre a Constituição Federal, por essa razão, ao julgar, a Suprema Corte tipifica-se como o centro do sistema jurídico.<sup>267</sup>

Em síntese, a observação de que diretrizes e princípios oriundos do Sistema da Saúde, emanadas da OMS, uma organização que está para além dos Estados nacionais, influenciam diretamente a produção de legislação dos países, e servem como fundamentação para decisão de seus tribunais, é uma característica que evidencia a definição atual de Constituição intersistêmica, alçada à solução de problemas de natureza global.

---

<sup>265</sup> PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **As Diretrizes Da OMS, a Pandemia do COVID-19 e o Direito Transnacional** in Covid-19 e seus paradoxos [recurso eletrônico]. /organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Cleide Calgaro, Leonel Severo Rocha. -Dados eletrônicos. -Itajaí, SC: UNIVALI, 2020.p.97.

<sup>266</sup> Sobre essa temática, ver ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), p.10-31. In Paradigmas da Sociedade Contemporânea. Reflexos da Pandemia.** Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020.p.11.

<sup>267</sup> LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Saúde e Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá, 2015.p.202.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema de estudo na pesquisa visava demonstrar a importância de se utilizar a Pragmática Sistêmica, para a observação do funcionamento, acoplamentos e comunicação intersistêmica, e, assim, melhor elucidar o poder de regulação do direito sobre a pandemia de COVID-19. Neste sentido, entende-se que esse objetivo e hipótese foi realizado com sucesso, pois ficou claro que ocorre uma conexão entre o sistema do direito e o sistema da saúde, por meio do STF, permitida pela ressignificação da Constituição, que imbricada aos standards dos Direitos Fundamentais, permite regular as anomias decorrentes de crises globais.

**Os principais Standards:** Direito à Saúde, Direito à Vida, Princípio Federativo, estão presentes nas decisões do STF, como se demonstrou, nos casos citados. Por exemplo, na análise da **ADPF 672**. Onde afirma, conforme a pretensão do requerente, preceitos constitucionais estariam sendo violados pela atuação do Governo Federal: **Direito à Saúde** (art. 6º, caput, e art. 196 da CF), **Direito à Vida** (art. 5º, caput, da CF), **Princípio Federativo** (art. 1º, caput, da CF), uma vez que a competência constitucional dos Estados (artigos 23, II, e 24, XII, da Constituição Federal), estaria sendo descreditada e esvaziada pelos atos do Presidente na República, e a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição Federal).<sup>268</sup> Tais preceitos são standards que permitem a comunicação entre o sistema da saúde e o sistema do direito.

Tais “Standards”, são oriundos do Sistema da Saúde, com seus experts, mas vinculam, em nível global, a atuação dos sistemas tradicionalmente vinculados à concepção de Constituição (Política e Direito). Assim, esse fenômeno é típico do que se concebe por constitucionalismo social e caracteriza a formação de uma terceira fase do Direito Constitucional.

Observando o modo como diferentes países do mundo internalizam atualmente as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), para o tratamento de um problema comum, é possível perceber como essas diretrizes formam “Standards”

---

<sup>268</sup> Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF**. Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

constitucionais transnacionais, perpassando as fronteiras de diferentes Estados e consolidando uma atuação global no combate a um problema constitucional comum.

Portanto, a argumentação do requerente e nas manifestações do requerido, a menção contínua ao cumprimento/descumprimento das diretrizes da OMS, sistema da saúde, pelo Governo Federal, Estados e Municípios. Percebe-se, apesar da discussão constitucional no âmbito interno (princípios constitucionais e regras de competência da Constituição Federal), que as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) serviram como parâmetro para o julgamento do caso <sup>269</sup>.

Desta maneira, nota-se que há diversos mecanismos normativos que poderiam ser referidos e que foram originados pela atuação do Estado brasileiro, sejam, pelo Governo Federal, pelos Estados, Municípios ou até demais órgãos em termos de orientações e recomendações. Mas, o objetivo da dissertação foi demonstrar a **internalização imediata das diretrizes da Organização Mundial da Saúde**, nessas legislações e documentos jurídico-políticos. E como tal, em síntese, a comunicação intersistêmica por meio do acoplamento entre o Sistema da Saúde e o Sistema do Direito.

O acoplamento operacional é perceptível, nas decisões do STF, como ocorre, em diversos trechos da decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, no contexto da Pandemia, como se pode observar: a fiel observância à **Separação de Poderes** e ao Federalismo cláusulas pétreas de nossa **Constituição Federal** e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder, é essencial na interpretação da **Lei 13.979/20** (Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de **saúde pública de importância internacional**).

Por fim, a percepção de que diretrizes oriundas do Sistema da Saúde, emanadas de uma organização que está para além dos Estados nacionais, influenciam diretamente a produção de legislação dos países, a atuação rotineira de seus agentes e servem como fundamentação para decisão de seus tribunais é uma característica que evidencia a definição atual de Constituição, alçada à solução de

---

<sup>269</sup> ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da SAÚDE (OMS)**, p.10-31. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020.

problemas de natureza global. Esse elemento caracteriza a **terceira fase** do Direito Constitucional, com destaque para a presença forte de um constitucionalismo social.

O STF consagrou o direito fundamental a saúde durante a COVID-19. Já no caso da **ADPF 672**, o tribunal decidiu conforme o Direito Fundamental da Saúde (Ferrajoli), no sentido de consagrar a interpretação deste preceito fundamental no assinalado na CF de 1988, e, notadamente, desde parâmetros técnico-científicos originários de associações médicas e standards da OMS. Isso significa que o STF decidiu também de acordo com padrões e princípios internacionais de Saúde. Na ADPF 672 se estabelece uma federação brasileira competente para o enfrentamento da COVID-19, desde a postura a ser adotada por Estados e Municípios. O Direito Fundamental a Saúde adota standards que permitem salvar vidas. A partir dessa delimitação o Sistema do Direito opera de forma decisiva nos processos de inclusão/exclusão social.

Já na **ADI 6586**, fica evidente a constitucionalização dos direitos fundamentais, pois **a vacinação compulsória**, não significa vacinação obrigatória, pois o usuário sempre tem o direito de recusar, porém, pode ser feita por meios indiretos, incluindo, entre outros, a restrição da realização de determinadas atividades ou frequência a determinados locais, desde que sejam exigidos por Lei ou fundamentados em Lei e (I) com base em evidências científicas e análises estratégicas relevantes, (II) com informações detalhadas sobre a eficácia, segurança e contraindicação da vacina, **(III) respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais do indivíduo, (IV) atendem aos critérios da razoabilidade e adequação e (V) a vacinação é distribuída de forma gratuita e universal.**

Neste sentido, percebe-se a importância da análise sistêmica para a observação da Constituição em um cenário de sociedade mundial, no caso da pandemia COVID-19, como graças a standards confirmados pelo STF, pelas decisões tomadas pelo Sistema do Direito, em relação ao controle de atos do Sistema da Política, podem tanto corrigir eventuais colisões com o texto constitucional brasileiro de 1988 e as linhas diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS), quanto legitimar referidos atos com base nesses mesmos parâmetros.

Do mesmo modo, do ponto de vista teórico, demonstrou-se como o conceito de interferência, comunicação intersistêmica, para Teubner permite distinguir entre vários tipos de abertura sistêmica seletiva ao meio envolvente. **A comunicação sistêmica durante a pandemia da COVID-19, atendeu nesta lógica as exigências**

**comunicativas?** 1º) abertura cognitiva? 2º) processos reais de intercâmbio? 3º) de estruturas? 4º) interferência de papéis. Houve acoplamentos? Sim.

Isso ocorreu por três motivos: 1º) todos utilizam idêntica matéria prima, **sentido**; 2º) todos se desenvolvem na base de um mesmo elemento crucial, **comunicação**; 3º) todas as formas de comunicação especializada em qualquer dos subsistemas sociais constituem **simultaneamente formas de comunicação social geral**. Interferência não significa que a informação seja carreada entre os sistemas através de uma relação direta input-output. A informação é sempre gerada novamente em cada subsistema social.

A pesquisa possibilita entender que o acoplamento estrutural **existe** entre o sistema do direito e o sistema da saúde, ficando demonstrado assim nos desdobramentos do enfrentamento da COVID-19. O impacto desta pandemia, embora imenso e dramático, foi controlado graças a essa dimensão sistêmica. O Direito fundamental à saúde foi o grande standard destas lutas.

Por fim, a percepção de que diretrizes oriundas do Sistema da Saúde, emanadas de uma organização que está para além dos Estados nacionais, influenciam diretamente a produção de legislação dos países, a atuação rotineira de seus agentes e servem como fundamentação para decisão de seus tribunais é uma característica que evidencia a definição atual de Constituição, alçada à solução de problemas de natureza global. Esse elemento caracteriza a terceira fase do Direito Constitucional, caracterizada pela comunicação intersistêmica, com destaque para a presença forte de um constitucionalismo social.<sup>270</sup> E, assim, permitindo a conexão entre o sistema da saúde e o sistema do direito nos conflitos da pandemia de COVID-19.

Tal interferência mútua dos sistemas torna possível **não apenas a observação recíproca, mas uma efetiva conexão comunicativa** entre o sistema e o **mundo da vida**. Conforme Teubner, uma ligação (interferência) intersistêmica é garantida pela circunstância da sua partilha num **único evento comunicativo**, sem que isso implique ou signifique, contudo, qualquer participação na autopoieses própria de cada um.

---

<sup>270</sup> Sobre essa temática, ver ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise Sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**, p.10-31. In **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea. Reflexos Da Pandemia**. Organizador PILAU SOBRINHO. Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020.p.26.

Infelizmente, em relação a efetividade do controle da pandemia, um dos objetivos da dissertação: não houve prestação efetiva da saúde no enfrentamento da COVID-19, pelo Estado, Ministério da saúde, no Brasil. Porém, graças a comunicação intersistêmica, entre o Sistema do Direito e Sistema da saúde, por meio de organizações como o SUS e ANVISA, desde decisões contramajoritárias do STF, houve certo controle da situação caótica do País. Nesse aspecto o STF realizou seguindo a OMS e OPAS, excelente controle sobre Vacinação.

Uma atitude a ser seguida será o fortalecimento das organizações da Saúde, como o SUS e ANVISA. A vigilância epidemiológica (V.E), é baseada na coleta da informação que é necessária para atingir o controle das doenças. Os dados requeridos devem diferir de doença para doença, e algumas devem ter necessidade específicas de informação requerendo sistemas especializados. Assim, são utilizados diferentes tipos de dados. Para tanto é preciso consciência da importância de se realizar a vacinação como forma de prevenção de epidemias. Notadamente, a Teoria do Direito deve se apresentar como um hipertexto, capaz de construir novas formas de app e links ocorrendo conexões entre os diversos saberes e práticas sociais para a realização desta função.

A principal característica de um Direito Constitucional observado no panorama da sociedade mundial é a formação de “Standards” constitucionais para além dos tradicionais sistemas do Direito e da Política. Neste contexto, surgiu a Organização Mundial da Saúde (OMS), como uma organização interestatal especializada sobre a temática sanitária, possuindo uma Constituição própria e regulamentos autônomos sobre suas assembleias.

Avançando nessa questão, adentrando a terceira fase do Direito Constitucional demonstrou-se como a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a atuar no combate à COVID-19, um problema de natureza global, por meio da emanção de suas diretrizes, recomendando atos comuns a diferentes Estados para combater a Pandemia.

Em suma, verifica-se que as consequências sociais da COVID-19: durante o seu período mais intenso, com imenso número de infectados e mortes, geraram momentos extremamente angustiantes. É relevante mencionar que em algumas situações a população ficou desesperada, em isolamento social, convivendo com muitos falecimentos de entes queridos. Infelizmente, provocando, desesperos, depressão, intolerância, separação de casais, divórcios; e, em algumas famílias, ampliando violências (psicológicas, física, sexual), originando momentos avassaladores, que serão

jamais esquecidos, em suas residências, contra as mulheres, crianças, idosos e entre outros, advindo assim, desunião e perversidades. Ressalta-se também determinadas pessoas que até hoje apresentam sequelas, sem a possibilidade de cura. Na realidade, todas as pessoas poderiam adquirir o vírus, independentemente da sua idade ou condições econômicas. De fato, quando se conseguiu as vacinas foi um alívio, aquela vontade de seguir adiante, sendo muitas vezes um incentivo para viver com qualidade de vida, mas percebe-se que até hoje no ano de 2023, algumas pessoas continuam com medo de sair de casa e conviver em sociedade, insistindo em não se vacinar, negando psicanaliticamente o que está ocorrendo. Crianças sofrem ainda essa mazela, pois seus responsáveis não as levam para que façam a devida vacinação. Todos nós sofreremos de alguma forma, principalmente a população de baixa renda, com desemprego e doenças.

Obviamente, como nem tudo é terror, na nossa existência aconteceram algumas fases boas, durante a pandemia. Tais como: casais que com a convivência mais efetiva se tornaram mais unidos, apaixonados um pelo o outro, ocorreu mais autoconhecimento de si e dos familiares, mais tempo para com a família, também com seus livros, aprender novas tecnologias, autocuidado com sigilo mesmo e os outros membros da sua convivência, mais tolerâncias, reflexões sobre tudo, aulas online, onde assim ocorreu a aprendizagem, mesmo à distância.

De todo modo, em resumo, os Direitos Fundamentais nesse caso foram reconhecidos pelo STF de maneira a garantir uma maior eficiência no enfrentamento da COVID. Para tal manteve-se conforme a CF, o princípio Federativo da separação entre União, Estados e Municípios, para os últimos decidirem sobre o isolamento e segundo a OMS para garantir a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.

O STF demonstrou que teoria dos Direitos Fundamentais, como citados, Peces-Barba e Ferrajoli, na questão de Direito Fundamental à Saúde pode ser universalizada para o enfrentamento de pandemia sem precedentes no mundo. Aqui o acoplamento entre o sistema do Direito e o sistema de Saúde foi mediatizado por uma organização com o poder decisório vinculante de maneira a produzir efeitos sobre a comunicação social. A Constituição da Terra agora precisa ser também uma Constituição da Saúde.

## REFERÊNCIAS

**Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).** Resolução [da] Diretoria Colegiada – RDC no 16, de 10 de abril de 2014. Dispõe sobre os Critérios para Peticionamento de Autorização de Funcionamento (AFE) e Autorização Especial (AE) de Empresas. [Brasília, DF]: ANVISA, 2014.

Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/>

RDC\_16\_2014\_COMP.pdf/542cc137-b331-4596-9c87-7426c0ae77b7. Acesso em: 15 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **La Función Promocional del Derecho.** In **Contribucion a La Teoria Del Derecho.** Madrid: Editorial Debate. 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 13 abril. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).** Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 17, de 16 de abril de 2010, dispõe sobre Boas Práticas de fabricação de Medicamentos. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de abr. 2010b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. **Guia de Vigilância em Saúde:** volume único [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. – 3ª. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2019. 740 p.: il. p.15. Modo de acesso: [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia\\_vigilancia\\_saude\\_3ed.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_vigilancia_saude_3ed.pdf) ISBN 978-85-334-2706-8.

BRASIL - **OPAS/OMS** | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso: 13 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**,

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm), e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS.

BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**,

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm), e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS.

BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 07 abril 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em 07 abril 2023.

BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o

Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp173.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm). Acesso em 9 abril. 2023.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp101.htm). Acesso em 12 abril. 2023.



CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **A Sociedade Consumocentrista e Seus Reflexos Socioambientais: A Cooperação Social e a Democracia Participativa Para a Preservação Ambiental.** in Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável | e-ISSN: 2526-0057 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 72 - 88 | Jul/dez. 2016.

CALGARO, Cleide. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **Políticas Públicas e Cooperação Social Em John Rawls** in Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.14. n.28. p.277-302. Janeiro/abril de 2017.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida: Uma Concepção Unificada e suas implicações Filosóficas, Políticas, Sociais e Econômicas.** São Paulo: Cultrix, 2014.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, L. S. **A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização.** In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghlout; Paulo Thiago Fernandes Dias. (Org.). **Sentir o Direito:** pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: o Constitucionalismo Entre o Normativismo e a Teoria Sistêmica.** Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Governança global no combate à lavagem de dinheiro: observações sobre a evolução das Constituições Transnacionais no Tribunal Regional Federal da 4ª região ao longo da Operação Lava Jato. In: **IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, 2018, São Paulo. Anais do IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. São Paulo: Abrasd, 2018. v. único.

Constituição da OMS publicada em 1946. Acesso: 15 de abril de 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Texto disponível em <http://www.iea.usp.br/artigos>.

DALLARI, Sueli Gandolfo. Direito Sanitário. In: BRASIL. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma Nova Disciplina: O Direito Sanitário**. Rev. Saúde pública, São Paulo, 22(4):327-34, 1988.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Acesso: 12 de abril 2023.

EHRlich, E. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. New York: Russel e Russel. 1962.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**: Constituição e Teoria dos Sistemas. São Paulo: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A Construção da Democracia: Teoria do Garantismo Constitucional**. Florianópolis: emais editora, 2023.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma Constituição da Terra?** Palestra de abertura do I Encontro Virtual do CONPEDI. Tradução de Sandra Regina Martini. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Sociedade Científica do Direito, 2020. Sobre isso se pode igualmente, ver, FERRAJOLI, Luigi. **La Costruzione Della Democrazia**. Teoria del garantismo costituzionale. Roma: Laterza, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes: La Crisis de La Democracia Constitucional**. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Mínima Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **La Costruzione Della Democrazia**. Teoria Del Garantismo Costituzionale. Roma: Laterza, 2021.

GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a Partir Da Visão integral do Conceito Segundo Gregorio Peces-Barba**. In VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar. Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GARCIA, Marcos Leite, MARQUES JÚNIOR, William Paiva. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da Transnacionais e o UNASUL para os Direitos Fundamentais: os Direitos Ambientais como Demandas Transnacionais e o Tratamento Prioritário da Sustentabilidade**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n.3 - set-dez 2014.

GIOVANELLA, Lígia (org.) **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e amp. /organizado por Lígia Giovanella, Sarah Escorel, Lenaura de Vasconcelos Costa Lobato et al. –Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. 1100 p. il., tab., graf. ISBN: 978-85-7541-417-0.

GIOVANELLA, Ligia Valentina Martufi, Diana Carolina, Ruiz Mendoza, Maria Helena Magalhães de Mendonça Aylene Bousquat, Rosana Aquino Maria Guadalupe Medina. **A Contribuição da Atenção Primária à Saúde na rede SUS de Enfrentamento à COVID-19**. SciELO - Brasil - A contribuição da Atenção Primária à Saúde na rede SUS de enfrentamento à COVID-19.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria de La Acción Comunicativa**. Madrid: Taurus, 1989.

HORSZCZARUK, Jean Pedro, REATO; Talissa Truccolo; CALGARO, Cleide. **A Garantia do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Por Meio Do Desenvolvimento Sustentável**, p.318, in CALGARO, Cleide; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Constitucionalismo e Meio Ambiente, tomo 5: Sustentabilidade [recurso eletrônico]** / Cleide Calgario; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Paulo Márcio Cruz (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LIMA, Nísia Trindade. **O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: uma história em três dimensões**. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da Saúde Pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**. México: Herder, 2010.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de La Sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMAN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 2007.

Matta, G.C. **A Organização Mundial da Saúde: do Controle de Epidemias à Luta Pela Hegemonia**. Trabalho, Educação e Saúde, v. 3, n. 2, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. -13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. vol. IV. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

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

Nota Técnica MPT | GT COVID-19 – **Proteção à Saúde dos Professores Durante a Pandemia**. Disponível em: <http://abettrabalho.org.br/nota-tecnica-mpt-gt-covid-19-protacao-a-saude-dos-professores-durante-a-pandemia/>. Acesso em 13 abril. 2023.

**Organização Mundial da Saúde (OMS)**. Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde. Disponível em: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>. Acesso: 14 de abril 2023.

**Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização Pan-americana da saúde (OPAS)**. Folha informativa - COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). [acessado 13 de março 2023]. [cerca de 10 p.].

[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid-19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid-19&Itemid=875).

[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid-19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid-19&Itemid=875). Acesso dia 09 de março de 2023. Apoio da OPAS ao Brasil durante a pandemia de COVID-19 - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org).

OPAS. **Organização Pan-Americana da Saúde**. Disponível em: acesso em: 14 abril 2023.

**OPAS/OMS**, Coronavírus. Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso dia 10 de abril 2023.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (organizador); TEIXEIRA Alessandra Vanessa...[et.al]. **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea: Reflexos Das Pandemias**. Dados eletrônicos. - Itajaí, SC. UNIVALI, 2020.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilha: Punto Rojo Libros, S.L., Espanha. 2016.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016. p.173. E nesse sentido, pode-se ver LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**. Lisboa: Vega, 2001.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **As Diretrizes Da OMS, a Pandemia do COVID-19 e o Direito Transnacional.** in **COVID-19 e Seus Paradoxos** [recurso eletrônico]. /organizadores Liton Lanes Pilau Sobrinho, Cleide Calgare, Leonel Severo Rocha. - Dados eletrônicos. -Itajaí, SC: UNIVALI, 2020.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio. **O Capítulo IV. Fundação e Conceito: Uma Visão Integral e Seus Critérios.** In Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General. Madrid: Agencia Oficial, 1995.

RAMOS ALVES, Paulo Roberto. **A superação da racionalidade soberano-estatal pela atuação dos atores corporativos transnacionais.** in Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021.

RAMOS ALVES, Paulo Roberto; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Como Reconhecer Um Direito Global? Da Policontextualidade À Gestão Dos Conflitos Entre Ordens Normativas.** in Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, VOL. 27- N. 3 - Set-Dez 2022.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo Intersistêmico: Sistemas Sociais e Constituição em Rede.** Blumenau: Dom Modesto, 2023.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Vacinação Compulsória e Diferenciação Funcional: o Sistema do Direito nos Processos de Inclusão/Exclusão Social ao Longo da Pandemia do COVID-19.** Revista Jurídica Unicritiba. Curitiba.V.4, n.71 p.237 - 267 [Received/Recebido: março 19, 2022; Accepted/Aceito: junho 15, 2022].

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o Constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; OLIVEIRA, Bianca Neves de. **O Constitucionalismo Social no Tratamento da COVID-19: uma Análise sobre a Transnacionalidade das Diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS)**. In: **Paradigmas Da Sociedade Contemporânea: Reflexos Das Pandemias**. /organizador PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa [et.al]. -Dados eletrônicos. -Itajaí. SC.: UNIVALI, 2020.

ROCHA, L. S.; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Direito Constitucional Transnacional: Observações Sobre Os Atratores Sistêmicos Entre Direito, Economia e Política Na Articulação Transnacional Para a Apuração Da Lavagem de Dinheiro**. Revista Direito Mackenzie, v. 14, p. 1-22, 2020.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: Revisitando as Três Matrizes Jurídicas**. In RECHTD v.5 n.2 (2013): julho/dezembro.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o Constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. In **Sociologia das Constituições: o Constitucionalismo entre o Normativismo e a Teoria Sistêmica**. Revista Brasileira de Teoria Constitucional| e-ISSN: 2525-961X | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 38 – 56 | Jan/jun. 2018.

ROCHA, Leonel Severo. MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2016.

ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Autopoiese e Acoplamento Estrutural. Propostas e Desafios do Constitucionalismo Social de Luhmann e Teubner**. In Anderson Vinschinkeski Teixeira; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 17 ed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021, v.1.

ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito no século XXI: Da Semiótica á Autopoiese**. Sequência, n.62, p.193-222, julho, 2011. Doi:10.5007/2177-7055.2011v32n62p193.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting** [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

ROCHA, Leonel Severo. COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Vacinação Compulsória e Diferenciação Funcional: O Sistema do Direito Nos Processos De Inclusão/Exclusão Social ao Longo da Pandemia do COVID-19**. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.4, n.71 p.237 – 267 [Received/Recebido: março 19, 2022; Accepted/Aceito: junho 15, 2022].

RODRIGUES, Dario M. **Invitación à la sociologia de Niklas Luhmann**. Apresentação in LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. México: Iberoamericana, 2002.

ROUSSEAU, S. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

ROUSSEAU, Dominique. **Justiça Constitucional Francesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.



Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Acesso: 3 de abril 2023.

TALCOTT, Parsons. **A Estrutura da Ação Social. Um estudo de Teoria Social com Especial Referência a Um Grupo de Autores Europeus Recentes.** vol.I. Petrópolis: Vozes, 2010.

TEUBNER, Gunther. “**Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society**”, in. TEUBNER, Gunther (ed). *Global Law Without a State*. London: Dartmouth, 2008.

TEUBNER, Gunther. **A Cúpula Invisível: Crise da Causalidade e Imputação Coletiva. In Direito, Sistema e Policontextualidade.** São Paulo: UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Cap.V, O Direito de conflitos intersistêmicos, In O Direito como sistema Autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema Autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. cap. V, O Direito de conflitos intersistêmicos.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais. Constitucionalismo Social Na Globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva VS. Eficiência Econômica.** RIDB, Ano 1 (2012), nº 6.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective.** New York: Cambridge University Press, 2011.

THORNHILL, Chris. **A sociology of Transnational Constitutions: Social foundations of the post-national legal structure.** London: Cambridge, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Orientações aos gestores públicos sobre o Coronavírus.** Disponível em:

[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/ead/orientacoes\\_corona](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/ead/orientacoes_corona). Acesso em 13 abril. 2023. Vacina contra a COVID-19 - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org)

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos Humanos Instituintes.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2022.

Supremo Tribunal Federal (STF). Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF.** Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586/ DF.** Relator: MIN. Ricardo Lewandowski.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.pdf>. Acesso em 13 abril. 2023.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672 / DF.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril.2023.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 6.341** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em 13 abril.2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SALINAS, Natasha Schmitt Cácia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; PARENTE, Ana Tereza Marques. **A produção normativa das agências reguladoras: limites para eventual controle da atuação regulatória da ANVISA em resposta à COVID-19.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 55-

83, abr./jun. 2021. Disponível em:

[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p5](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p5)

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

**Secretaria De Vigilância Em Saúde**. Guia de vigilância epidemiológica. Brasília, 2023. Disponível em: Guia de Vigilância Epidemiológica COVID-19: Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional pela Doença pelo Coronavírus. Ministério da Saúde ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Acesso dia 10 de abril 2023.

Supremo Tribunal Federal. Referendo Na Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: **ADPF 672 / DF**. Relator M. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>.

Acesso em 13 abril. 2023.

Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Vacinação Compulsória contra a COVID-19 prevista na Lei 13.979/2020**. Relator M. Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>.

Acesso em 13 abril. 2023.

VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Sanitário**. In: BRASIL. Direito Sanitário e Saúde Pública. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito. Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva. 2015.

VESTING, Thomas. **Teoria do Estado**. A transformação do Estado na Modernidade. São Paulo: Saraiva, 2022.

**Secretaria De Vigilância em Saúde**. Guia de vigilância epidemiológica. Brasília, 2023. Disponível em: Guia de Vigilância Epidemiológica COVID-19: Emergência de

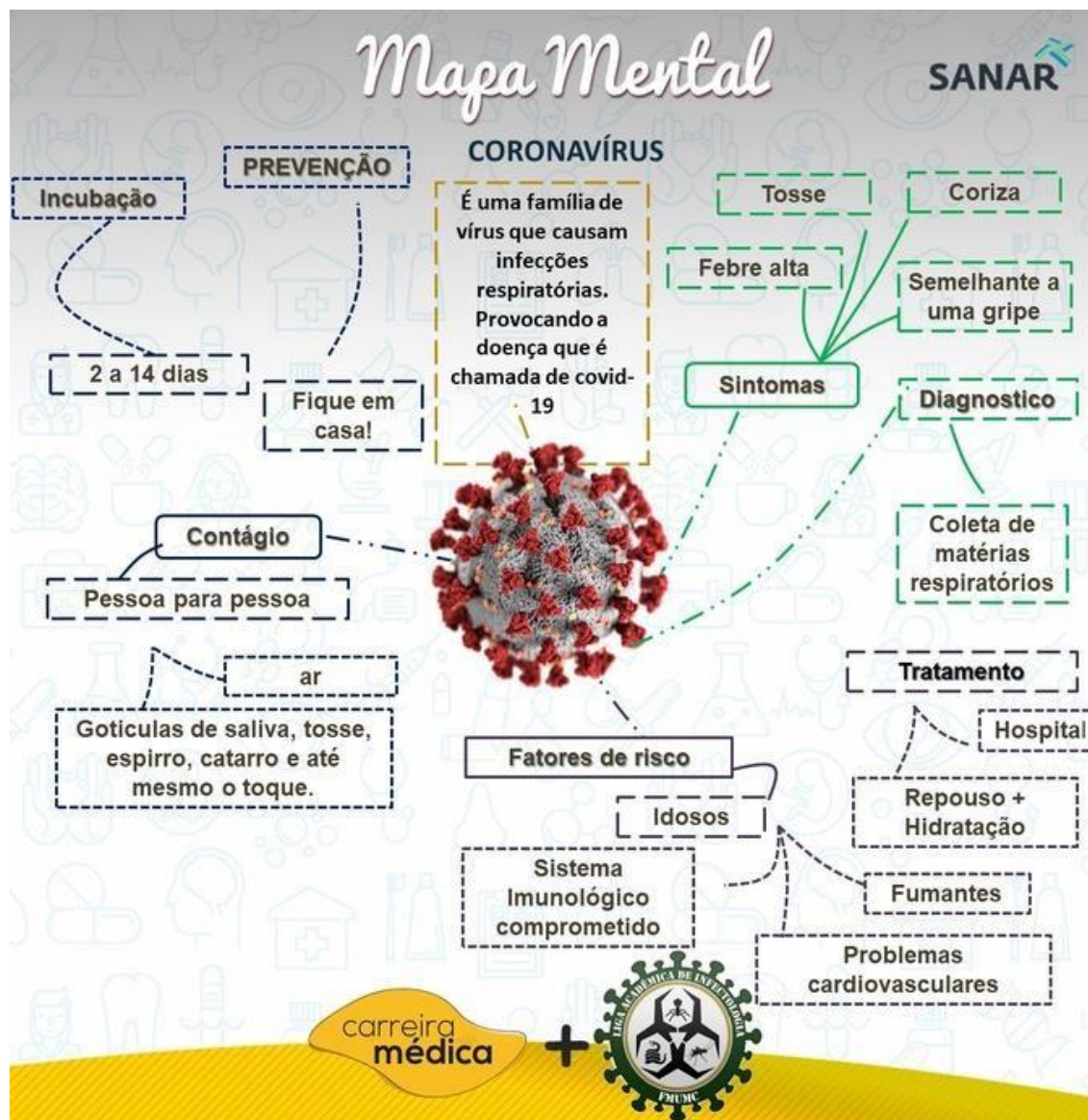
Saúde Pública de Importância Nacional pela Doença pelo Coronavírus. Ministério da Saúde ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Acesso dia 10 de abril 2023.

**Vigilância Sanitária ANVISA**- Secretaria da Saúde ([saude.go.gov.br](http://saude.go.gov.br)). Acesso dia 13 de abril de 2023.

[www.enfreteenfermagem.com.br](http://www.enfreteenfermagem.com.br). Acesso dia 17 de abril de 2023.

## ANEXO

Figura 1- Informações sobre Coronavírus (COVID-19):



Fonte: <https://www.sanarmed.com>