



## A INSUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

### *THE INSUFFICIENCY OF PROCEDURAL INSTRUMENTS FOR THE PROTECTION OF PUBLIC HEALTH IN EXCEPTIONAL SITUATIONS*

Dillings Barbosa Maquiné<sup>1</sup>

Marco Antonio Kurrle<sup>2</sup>

Paulo Cesar de Lara<sup>3</sup>

**Palavras-chave:** Direitos; Estado; Políticas; Pandemia, Saúde.

**Keywords:** Rights; State; Policies; Pandemic, Health.

O problema de pesquisa eleito é se a teoria geral do pluralismo jurídico, sem uma necessária adaptação da estrutura processual brasileira, pode efetivamente preservar e promover os chamados novos direitos, diante de situações excepcionais como no caso de uma pandemia ou é mais uma teoria para ser aplicada ao direito com menores pretensões de eficácia no plano concreto com uma maior abertura a teoria geral do direito como tal. Os objetivos específicos são identificar no Processo um meio efetivo de proteção dos direitos de cidadania, como a saúde pública e verificar até que ponto as alternativas para concretizar a plêiade de direitos emergentes no próprio texto constitucional são viáveis, verificar se há alguma tratamento processual diverso para operar com direitos humanos ou fundamentais, como o direito à saúde incluído medicamentos e tratamentos. A metodologia empregada é a hipotética-dedutiva, comparativista e crítico-dialética e a técnica de pesquisa é a bibliográfica. O primeiro aspecto a ser destacado é o pano de fundo

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Professor Universitário. Servidor de carreira do Ministério Público do Estado do Amazonas. [dillingsmaq@gmail.com](mailto:dillingsmaq@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia Unibrasil. [marcokurrle@gmail.com](mailto:marcokurrle@gmail.com)

<sup>3</sup> Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Professor do Departamento de Relações Sociais do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná. [paulocesardelara@gmail.com](mailto:paulocesardelara@gmail.com)



estabelecido para expor as presentes idéias, pois, este o contexto discursivo permite pressupor uma série de concepções, idéias e conceitos que esclarecem cada vez mais o objeto do estudo. Por certo se está a estabelecer o paradigma a partir do qual são emanadas as idéias em curso. Um dos pontos essenciais ao se tratar de paradigmas é que os saberes se apresentam, não mais havidos por cumulativos, mas, vistos num contexto de rupturas (KHUN, 2000, 232-237), é fundamental para a compreensão destes interstícios de transição da forma da estruturação do pensamento. A mudança de paradigmas implica num “redescobrir” das vias de acesso no plano processual, de alternativas para concretizar a plêiade de direitos emergentes na complexidade do mundo atual, sendo papel do Direito Constitucional estar aberto para as exigências constitucionais. Para adensar o corpo teórico desta proposição que entrecruza o pluralismo entendido aqui como o conjunto dos chamados “novos direitos” (WOLKMER E LEITE, 2012) é preciso considerar a necessidade crescente da abertura da identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003) que leva também à concepção pluralista no plano constitucional à medida que percebe a Constituição enquanto uma “sociedade aberta de intérpretes” (HABERLE, 1997). O Direito numa sociedade complexa exige instrumentos processuais eficazes. A Teoria Sistêmica traz uma valiosa contribuição na análise dos problemas quando se tornam complexos, como no caso de uma pandemia. Assim sendo, a relevância da teoria sistêmica aplicada ao direito de Niklas Luhmann se apresenta de forma bastante relevante, pois, como uma teoria sociológica não analisa “uma sociedade”, é que a “Sociedade global” é composta por uma “multiplicidade de sociedades”. (ARON, 2000, 3-5). Para Pablo Lucas (VERDÚ, 1958, p.113-114) o ordenamento constitucional não seria um simplório conjunto de normas, com as características próprias de cada regime político, mas sim um conjunto das próprias instituições jurídicas coordenadas para conduzir a uma determinada concepção política do Estado e da sociedade. Neste sentido reformas política como a recente havida no Brasil que reduz a representação política no cenário congressual sob a justificativa de maior eficiência, sufoca a Democracia, como bem evidencia o autor espanhol (VERDÚ, 2000, p. 87), que a idéia dos Estados totalitários com partido único como no nazismo e no fascismo baseado no



princípio “nada contra o Estado tudo dentro do Estado” faz perecer o pluralismo político. (VERDÚ, 2000, p. 87) Afirma Antônio Carlos (WOLKMER, 1994, p. 23) que as novidades do mundo atual gerou novos sujeitos sociais que ampliaram as prioridades para com os “novos direitos” (direitos da criança e adolescente, mulheres, indígenas, negros, homossexuais, idoso, consumidor, direito ambiental, biodireito, a cibernética e as implicações da realidade virtual no âmbito, penal, familiar, psicanalítico) está a exigir uma nova postura dos operadores do direito, pois tudo isso impacta na construção de um conceito de “alteridade democrática”. Neste ponto, a saúde, o Sistema Único de Saúde baseado no tratamento universal, público e gratuito se apresentou como a forma ideal para enfrentar a pandemia do corona vírus. Contudo, os desencontros nas interpretações legais, o conflito entre os entes federativos, o tumulto advindo do governo federal na gestão da pandemia, evidenciaram que para situações extremas o sistema legal necessita de um aparato não somente jurídico, mas explicitamente jurídico processual para delimitar claramente os encaminhamentos emergenciais inclusive para evitar a judicialização das questões oriundas da pandemia e ainda dar mais poder as autoridades públicas ligadas ao setor da saúde sendo preponderante o elemento técnico e não o político. O custo dos erros e tentativas de acerto na gestão ou falta desta gestão na pandemia do corona vírus se encaminha para os 600 mil mortos sem contabilizar as complicações futuras. O equivalente em mortes é em torno de 10% do número de judeus assassinados na segunda guerra ou o equivalente a quase 10 bombas atômicas lançadas sobre o Japão na segunda Guerra mundial. O cerne desta investigação é sob esta questão de fundo discutir a necessidade de adequação do sistema processual em se tratando destes direitos que compõe a categoria dos chamados novos direitos. É preciso uma nova dimensão processual, de fato efetivar a noção de Processo Constitucional tão aprofundada na doutrina brasileira (BARACHO, 1984, p. 364). O Processo Constitucional, para Baracho deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais essenciais à realização da dignidade humana”. No plano da positivação no Brasil, o legislador constituinte instituiu cláusulas *pétreas* previstas no art. 60, § 4º, incisos I a IV da Constituição (BRASIL, 1988). Como bem analisado (GROSSI,



2004, p. 72-73), a norma e o sistema de normas, passaram a ser a referência e isso implica em se chegar a uma separação entre produção e aplicação do direito, entre comando e vida, entre um comando que se fecha em si mesmo. Como bem assinalado por Brandão, (WOLKMER, 1994, p. 23) os doutrinadores ou operadores jurídicos ficam sempre no senso comum de encontrar uma saída dentro do próprio Direito Processual convencional. Defende a necessidade de uma modificação do Processo civil ou criação de um Processo Civil mais avançado, uma vez que a Teoria geral do Direito Processual Civil não consegue contemplar adequadamente a complexidade e porosidade dos novos direitos. Um direito descolonial latino-americano só é viável se houver uma estrutura processual adequada a todos os princípios que inspiram a nova ordem constitucional e intercontinental considerando o novo constitucionalismo latino-americano. O poder mítico dos códigos sufoca a concepção de pluralismo das fontes. Essa realidade integra o imaginário do jurista (GROSSI, 2004, p. 72-73) há um autoritarismo que intensifica a incomunicabilidade entre Código e sociedade civil. Essa mentalidade é tipicamente iluminista, e não somente peculiar aos entusiasmados homens do século XIX, tão impregnados do positivismo jurídico, caiu nas profundezas da alma do jurista europeu continental e ali permanece, intacta, seguramente revestindo o subconsciente. Se o constitucionalista bem percebe certas lacunas como estar entre o pesadelo e o sonho (PUGLIESE, 2020) diante da ineficiência de mecanismos constitucionais, tais como operados na atualidade, que agigantam o ativismo judicial, levando-se a repensar a eficiência da Constituição e a sua força normativa para fazer frente a estes desafios, o jurista como um todo não consegue sequer vislumbrar as razões da ineficácia da proteção efetiva dos novos direitos. É neste vácuo que precisa ser elaborado de forma mais sofisticada, como visto as amarras conceituais e teóricas no plano processual como estratégia de fortalecimento da tese do “pluralismo jurídico”. Um constitucionalista belga ao comentar a Constituição daquele país (VERDUSSEN, 2004, p. 15) indaga se “pode um Estado viver sem uma Constituição?”. Pois bem, poderia haver pluralismo sem Processo que possa se mostrar mais que eficiente em situações de excepcionalidade como uma pandemia? Estivesse o Brasil preparado legalmente para estas situações tudo seria diferente



com certeza. Se a condição de efetividade passa pela dimensão processual, sem uma estrutura processual constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito isto não é possível em sua plenitude. Os resultados preliminares do estudo indicam que é necessário haver normas processuais específicas para viabilizar a concretização dos direitos humanos e fundamentais, em especial em casos extremos. Não haviam protocolos legais para enfrentar a excepcionalidade. Esta amarga experiência ensinou que é preciso descolonizar a estrutura processual brasileira para que se transforme em um instrumento que de fato se preste a efetivar os direitos. Pois, bem, à teor de conclusão se indaga aqui se é possível existir pluralismo jurídico sem uma adequada estrutura processual que esteja a serviço da efetivação e proteção dos direitos de cidadania. A proposta que aqui se apresenta e que é um resultado preliminar deste estudo é a reconstrução do Direito Processual estabelecendo marcos hermenêuticos, diretrizes sistêmicas explícitas para fazer valer os novos direitos e como condição de efetivação dos direitos de cidadania, em especial um direito tão sensível com a saúde a vida humana. Não basta se dizer que só porque ninguém conhecia cisnes negros estes não existiam.

## REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico** 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Constituição Federal. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Compilado até a Emenda Constitucional nº 109/2021. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Introdução ao Direito processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Constituição para e Procedimental da



Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. (Tradução de Beatriz Boeira e Nelson Boeira) São Paulo: Perspectiva, 2000.

PUGLIESE, William Soares Pugliese. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43756>>. Acesso em: 12 fev. 2020.  
ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**. J.M<sup>a</sup>. Bosch:Barcelona, 1958.

\_\_\_\_\_. **Teoría General de Las relaciones constitucionales**. Madrid. Dickinson, 2000.

VERDUSSEN, Marc. **La Constitution Belge. Lignes & entrelignes**. Le Cri Edition: Bruxelles, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. LEITE. José Rubens Morato. (Org.) **Os novos direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva. 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.