



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ALAÍDE LINHARES CARLOS

**DA NORMA À DECISÃO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA TEORIA DO
DIREITO E APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL**

FORTALEZA

2017

ALAÍDE LINHARES CARLOS

DA NORMA À DECISÃO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA TEORIA DO DIREITO
E A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e
Direitos Fundamentais.

Orientador: Profa. Dra. Gretha Leite Maia de
Messias

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L728n Linhares, Alaíde Linhares Carlos.
DA NORMA À DECISÃO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA TEORIA DO DIREITO E A
APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL : Teoria do Direito / Alaíde Linhares
Carlos Linhares. – 2017.
58 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias.

1. Teoria do Direito. 2. Direito Fundamental à Saúde. 3. Poder Judiciário. 4. Judicialização da Saúde.
5. Direito Fundamental. I. Título.

CDD 340

ALAÍDE LINHARES CARLOS

DA NORMA À DECISÃO: A MUDANÇA DE PARADIGMA NA TEORIA DO DIREITO
E A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e
Direitos Fundamentais.

Aprovada em __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará (ESMP/CE)

A Deus que me presenteou com o Direito.
À minha família por acreditar nos meus sonhos
e me permitir vivê-los.
Aos meus amigos pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Deus por não ter feito a minha vontade e sim a sua. Por me presentear com uma profissão da qual sou apaixonada e que me move diariamente. Por cuidar tão bem dos meus caminhos. Por colocar anjos no meu percurso.

À professora Gretha Leite Maia, que muito contribuiu para a meu amor pelo Direito, pela docência e pela pesquisa. Sou muito grata por toda a paciência, orientação, carinho e oportunidades ao longo da minha graduação. Guardarei os momentos vividos com muito amor no coração.

À minha mãe, Maria da Conceição, por ser meu porto seguro e por apoiar todos os meus sonhos. Qualquer vitória que eu venha a ter, será para ela.

À minha avó, Alaídes Maria Linhares, que muito me ensinou sobre o que é ser uma “grande mulher”.

Ao meu tio, Antônio Linhares, por ser o maior amor da minha vida e me proporcionar a certeza de que tudo sempre terminará bem de alguma forma.

À minha irmã, Aline Linhares, por compartilhar uma trajetória de vida comigo.

Ao meu pai, que me mostrou a força de um coração humilde.

À minha amiga e advogada Roberta Furtado, pelo apoio constante e incentivo incondicional ao longo de quase 20 anos.

À Natacha, à Carol, à Vanessa e à Joice por me proporcionarem amizades que tanto me trazem paz.

À tia Socorro, por ser um dos meus maiores exemplos.

A todos os meus amigos, os quais não conseguiria descrever a importância de cada um na minha evolução como ser humano. Sou muito grata e absurdamente feliz por vocês existirem na minha vida! Um amor imensurável por vocês!

Aos meus chefes de estágio, em especial Dr. Renan Rebouças, por acreditar no meu potencial e entender as limitações de quem está dando os primeiros passos.

Ao queridíssimo Professor William Paiva por ter contribuído significativamente na minha graduação em Direito, tornando a Salamanca um lugar mais feliz e leve e por ter aceitado o meu convite de participar da minha banca avaliadora. Suas contribuições ao meu trabalho, certamente, são muito valiosas para mim.

Por fim, ao Professor Tarcísio Rocha, que ministrou minha primeira aula na faculdade, posteriormente, foi meu monitor na disciplina de Processo Constitucional e, finalmente, se tornou um grande incentivador. Obrigada!

“Aos elogios do mundo, preferimos o aplauso
da consciência”

RESUMO

Investiga-se a construção e a estruturação do Direito como Ciência Jurídica ao longo da história, e a forma na qual foi estabelecido e eleito seu método, assim como seu objeto de estudo, quando Hans Kelsen fez o corte epistemológico da norma jurídica. Adotou-se, para isso, o referencial teórico Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Posteriormente, observa-se o comportamento da Teoria do Direito nos séculos XIX, XX e XXI, analisando a transição do olhar do cientista do direito da norma para as decisões judiciais, demonstrando-se a mudança de paradigmas dentro do Direito. Por fim, averigua os direitos fundamentais como uma construção histórica e de observância obrigatória nas constituições, especialmente a Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu o direito à saúde como um direito fundamental, estruturando, para atender esse direito, um Sistema Único de Saúde apto à prestação do serviço público universal de saúde. Porém, ante ao seu caráter universal, a administração pública não consegue atender toda a população, o que leva a grande quantidade e complexidade de demandas judiciais. A partir desse contexto, analisa-se a judicialização do direito fundamental à saúde dentro do novo paradigma da Teoria do Direito.

Palavras-chaves: Teoria do Direito. Direito Fundamental. Direito Fundamental à Saúde. Poder Judiciário. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

The present work intends to make an analysis of the Theory of Law and of judicialization of the right to health, specifically in relation between the judiciary and the legislature and phenomenon that, due to the significant extension, has been causing effects in the other branches of government. The norms that regulate the implementation of the right to health in the Brazilian scenario and measure the different positions on how the judiciary should act in the face of the multiple possibilities of the demands that require a solution. Wherefore, it intends to show right to health occupies a expressive position in the Brazilian constitutional order, such as the rights to life and human dignity. In the first chapter, seeking to explain from the norm to decision in Theory of Law. It intends to the fundamentality of the right to health and its beginning, as well as its constitutional legal content. In the last chapter, there is a discussion about the infraconstitutional norms that regulate the right of health and Judicial Power. Knowing about the norms that regulate the right to health and those that aid its practical implementation, especially emphasizing in the concession of medicines, last chapter gives an overview of judicial control on the health judicial processes, in that part of the study, some criticisms are exposed to judicial activism too.

Keywords: Theory of Law. Fundamental right of health. Judicialization of health. Judicial Power.

SÚMARIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A CONSTRUÇÃO DO DIREITO COMO CIÊNCIA	11
3	A TRAJETÓRIA DA TEORIA DO DIREITO DA NORMA À DECISÃO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS	25
4	A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO NOVO PARADIGMA DA TEORIA DO DIREITO	38
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
	REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

Como todo fenômeno, os fenômenos jurídicos também merecem um olhar crítico, técnico e curioso sobre ele. Na Teoria do Direito, há uma caminhada histórica que o homem percorreu na busca de um objeto que pudesse embasar uma ciência jurídica, dando-lhe sentido e razão de ser, e, assim, poder chamá-la de Direito diante da imensidão de possibilidades que se apresentava.

Do esforço do homem na busca desse objeto houve a criação de modelos e teorias que explicassem o que seria Direito, ou como o Direito deveria ser. É nesse contexto que surge o modelo puro elaborado por Hans Kelsen na qual afasta o saber jurídico dos demais saberes humanos e elege a norma como elemento caracterizador principal do Direito, conquistando a autonomia do Direito perante as outras disciplinas. Esse modelo, não somente trouxe para a Ciência Jurídica um método e um objeto de estudo, como influenciou todo o meio acadêmico à época. Aliada a esse modelo lógico-científico criado por Hans Kelsen, encontra-se, na hermenêutica, a técnica exegética de interpretação da norma, tendo o aplicador do direito um mero trabalho mecânico de aplicação da lei.

No século XX, diversas foram as mudanças na sociedade, não somente no período entre as duas guerras mundiais, com o surgimento do socialismo, mas também após a Segunda Guerra Mundial no qual o modelo positivista de Direito e a Escola da Exegese foram repensadas e rediscutidas na comunidade jurídica.

Não obstante, no período pós Segunda Guerra Mundial, há uma mudança de paradigmas dentro do que se entende por direito, quando o olhar do jurista se volta para a atuação criativa do juiz nas decisões judiciais em oposição a figura de um mero aplicador da norma. Não se deve pensar que a decisão judicial ocupou o lugar do objeto de estudo da Ciência Jurídica, mas sim que o papel do juiz passou a ser mais proativo assim como as decisões ganharam maior espaço no “fazer Direito”. No campo da hermenêutica, também há mudança de posicionamento, surgindo as teorias da argumentação em detrimento da teoria da interpretação. Nesse novo paradigma, nota-se uma transferência da importância do legislador para o aplicador do direito no universo jurídico, passando o juiz a ter um papel, muitas vezes, ativista.

Ademais, dessa construção humana de um modelo científico de direito, houve também a construção, pelo homem, do que se chama direitos fundamentais. Tais direitos, que tem como elemento essencial a preservação da dignidade humana, passou a ser de observância

obrigatória nos ordenamentos jurídicos, devendo nortear as condutas do Estado diante do cidadão.

Portanto, é nesse universo jurídico na qual as decisões judiciais em muito tem influenciado no que se chama de Direito e onde a aplicação dos direitos humanos é tutelado por órgão internacionais, encontrando-se positivado na Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, que se estrutura um Sistema Único de Saúde (SUS) para fornecer o direito fundamental à saúde por meio do serviço público de caráter universal.

Nesse contexto, desponta um fenômeno que se denominou de judicialização da saúde pública e que merece olhar apurado do jurista contemporâneo, visto que as decisões judiciais, nesse caso, não somente são muito divergentes, como possuem o caráter vinculante e tem o papel de efetivação de direito fundamental. O próprio Superior Tribunal Federal (STF) não possui posicionamentos constantes sobre o tema.

Desse modo, o objetivo desse trabalho é observar, de forma crítica, os fenômenos jurídicos que se apresentarão. Primeiro o fenômeno do surgimento, no positivismo, das “teorias da norma”, posteriormente o surgimento, no pós-positivismo, das ditas “teorias das decisões judiciais” e “teorias da argumentação”, em uma clara mudança de paradigma no universo jurídico e, por fim, analisar a forma caótica que o direito fundamental à saúde vem sendo tratado nos tribunais brasileiros nessa nova perspectiva, não havendo uniformidade de decisões e nem a garantia de decisões justas, ficando para o Poder Judiciário o papel de “concretizador” e “efetivador” do serviço público de saúde, em uma usurpação de poder do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Para atingir esse objetivo será feita uma ampla revisão de literatura das obras clássicas de Teoria do Direito. Será utilizado, também, artigos científicos sobre o assunto, assim como pesquisas jurisprudenciais.

2 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO COMO CIÊNCIA

A Universidade pode ser definida como um modo específico de produzir, organizar e difundir conhecimento. Nas universidades medievais, não existia o estudo dissociado das culturas ditas científicas das culturas ditas humanistas. As disciplinas centrais, na Universidade de Cambridge, eram a filosofia, a teologia, o direito e a medicina, as quais se apoiavam no estudo da aritmética, da geometria, da música e da astronomia, o chamado “quadrivium”, e eram precedidos pelo estudo da gramática, da lógica e da retórica, o “trivium” (SCHWARTZMAN, 2008, p. 2).

As áreas que possuíam um caráter mais prático, como a medicina e o direito, eram vistas como derivadas da filosofia e estudadas a partir da memorização e interpretação de textos clássicos em grego e em latim, não sendo um estudo apartado. Desse modo, a dualidade entre as culturas “humanas” e as “ciências da natureza” não existia, tendo ocorrido somente no século XIX a admissão das ciências empíricas nas universidades europeias, à exemplo da química e da biologia na Alemanha, da engenharia na França e da física na Inglaterra. Pra Schwartzman (2008), essa admissão deslocou, como consequência, a filosofia do pedestal em que se mantinha como forma superior de conhecimento.

Dessa apropriação da física, considerada como a mais bem-sucedida das ciências naturais, do lugar de modelo superior de conhecimento antes dominado pela filosofia nos centros de ensino europeus, surgiu um novo parâmetro que orientou, a partir de então, as demais áreas do conhecimento. Foi nesse momento que começou a diferenciação entre as duas culturas (humanas e naturais) na qual “se não chegou a expulsar a “cultura literária” das universidades, a colocou em uma posição secundária e pouco prestigiada” (SCHWARTZMAN, 2008, p. 4). Nesse contexto, surgem as denominadas “ciências sociais” que buscam, de diferentes formas, trazer para a área do estudo da cultura e da sociedade os mesmos procedimentos de elaboração de modelos, observações empíricas e testes de hipóteses das ciências naturais. Auguste Comte é o responsável por essa divisão, apresentando ciências, como política, antropologia e história, com essa denominação de “ciências sociais”.

De acordo com Larenz (1983), cada ciência se apropria de determinados métodos, visando obter respostas às questões por ela suscitadas. Assim, não apenas existe uma dualidade entre ciências naturais e humanas, mas há diferenças entre objeto e método de cada uma. Para Ferraz Júnior (2006), o método aplicado às ciências da natureza demonstra-se inadequado ou insuficiente para o objeto das ciências humanas. Para Vasconcelos (2006), a distância entre o mundo dos homens e o mundo da natureza não se mede por uma linha horizontal, visto que

seus respectivos habitantes não estão em um mesmo plano, mas em níveis absolutamente distintos. A natureza, ou mundo físico, “que envolve os reinos animal, vegetal e mineral, não tem Direito. Simplesmente porque, nesses domínios, não há liberdades. O pássaro não é livre, a árvore não é livre, a pedra não é livre¹” (VASCONCELOS, 2006, p. 35).

Para o autor, a diferença está na distância entre o sujeito e o objeto, sendo necessário, para eliminar essa diferença tomar o homem por objeto, ocorrendo, assim, o que Vasconcelos (2006, p.35) chamou de “reificação” do homem, ou seja, sua degradação como coisa para, então, poder estudá-lo. Nesse sentido, Costa (2005) ressalta que existem duas ordens de regras no Universo que são as leis naturais, que regem os fenômenos da natureza, e as leis éticas, podendo incluir nessa categoria as normas jurídicas que regem os seres humanos como racionais e livres no convívio em sociedade. Porém, a diferença é que o cumprimento das normas éticas, embora possam ser exigíveis ou sancionados pela sociedade por meio do Estado ou mesmo pela consciência que cada indivíduo traz consigo, é passível de desobediência, devido a liberdade de atuação inerente dos seres dotados de liberdade. Já as leis naturais não possuem esse caráter de escolha.

Dessa maneira, as ciências exatas e naturais possuem validade universal, na qual os fenômenos dessas ciências produzem-se sem que seja necessária a intervenção do homem. Organização essa contrária as das ciências humanas, nas quais a presença do homem e a observação de suas condutas implicam em características próprias e métodos específicos distintos.

Hans Kelsen (1999), em seu estudo sobre Direito e Ciência, afirma que a natureza une seus elementos por meio de um sistema causa e efeito, segundo um princípio que ele chama causalidade. Já as ciências sociais diferem das ciências naturais por um princípio diferente da causalidade “segundo um princípio para qual não há na ciência uma designação geralmente aceita” (KELSEN, 1999, p. 85). Apesar de reconhecer que as ciências humanas se fundamentam de forma diferente das ciências da natureza, Kelsen, na estruturação da sua teoria explicativa do Direito, tenta usar o mesmo procedimento de elaboração das ciências naturais que é a busca de um pensamento lógico, passíveis de serem submetidas a testes de falibilidade. Tal postura deriva, entre outros fatores, de sua aproximação com o chamado Círculo de Viena, que tinha como um dos objetivos “submeter o dizer humano ao dizer científico”, buscando constituir uma “ciência da ciência”.

¹Atualmente, existe a visão do Novo Constitucionalismo na qual a natureza é sujeito de dignidade e de direitos. Porém, essa visão não prevalecia à época da construção do Direito enquanto Ciência.

Essa tentativa de trazer o método lógico-científico para as ciências humanas, em especial para o pensamento jurídico, gerou uma pluralidade de teorias e discussões sobre métodos mais adequados para análise, preocupações essas que não estão presentes nas ciências naturais. Construir um modelo de ciências sociais conforme um modelo de ciências naturais apresenta vantagens e desvantagens. Schwartzman (2008, p.7) aponta que os cientistas naturais possuem uma visão mais simples da realidade, pois para esses cientistas “existe uma realidade objetiva, “lá fora” que a ciência vai descobrindo e desvendando aos poucos através do método científico”.

De qualquer modo, uma teoria do conhecimento é construída socialmente e com frequência questionam-se suas conclusões como sendo apenas um resultado do poder vigente. Daí decorreria um maior prestígio das ciências naturais, o que fez com que as áreas das ciências humanas se organizassem conforme as práticas das ciências naturais, mesmo que não signifique que obterá necessariamente resultados semelhantes. Assim, é preciso observar que aplicar critérios de avaliação típicos das ciências naturais de forma automática às ciências humanas, que possuem suas características próprias, pode não ser apropriado, visto que forçam essas ciências sociais a se comportarem com padrões de outras áreas (SCHWARTZMAN, 2008).

Uma constatação dessa tentativa de aproximação são as escolhas de denominações específicas das ciências exatas para o discurso das ciências sociais, como “estrutura” e “modelo” tão presentes na matemática e na física, que compõem as “estruturas das figuras geométricas”, a “estrutura do universo”, “os modelos estatísticos”, “os modelos mecânicos”. Esses termos passaram a ser utilizados pela filosofia, economia e demais ciências sociais.

No Direito, diversos foram os modelos teóricos pensados por juristas que se preocuparam em ir além do caráter meramente retrospectivo e construir modelos jurídicos prospectivos, ou seja, projetados para o futuro, que possibilitasse prever e resolver impasses sociais (PEREIRA, 1980). O cerne da questão é que o método de abordagem dos fenômenos naturais consiste na possibilidade de explicá-los (FERRAZ JÚNIOR, 2006), ou seja, constatar a ocorrência do fato “A” que tem como consequência “B”, enquanto que os fenômenos humanos não se permitem ser inferidos dessa relação causa e efeito.

A ocorrência de um fato humano exige do cientista um esforço de valoração, além de explicação ou descrição do fenômeno. Desse modo, é importante considerar, no estudo científico do Direito, que as sociedades humanas assumem padrões valorativos, morais e jurídicos diferentes. Tal valoração pode mudar de acordo com o contexto, com a cultura e momento histórico e o espaço, o que necessita trazer para a ciência humana o conceito de valor. Para Ferraz Júnior (2006, p. 11):

As ciências humanas passam a ser explicativas e compreensivas à medida que se reconhece que o comportamento humano, não tendo apenas o sentido que lhe damos, tem também o sentido que ele próprio se dá; exige um método próprio que faz repousar sua validade na validade das valorações (individuais? sociais? ideais? históricas?) que revelam aquele sentido.

No caso do Direito, no seu estudo científico, surge uma questão de difícil enfrentamento para o teórico, pois, ao contrário de outras ciências, como a Economia, a Sociologia e a Antropologia, não há uma separação clara entre o cientista e o agente social (FERRAZ JÚNIOR, 2006). Ademais, é difícil definir qual método utilizar se não é conhecido, ao certo, o objeto ao qual irá aplicá-lo e nem a exatidão dos seus conceitos fundamentais, visto que não há uma definição universalmente válida sobre o que é o Direito. Aproximar esse ramo do saber do conhecimento científico é quase como uma consolação diante das incertezas de objeto, conceito e métodos, sendo vital para a Ciência Jurídica estabelecer parâmetros.

Portanto, superada a discussão sobre a divisão entre ciência natural e ciências humanas, resta outro desafio para o estudioso do Direito que é delimitar o objeto da Ciência do Direito, assim como o seu método de estudo e, portanto, construir uma ciência jurídica. Diversas foram as teorias e correntes, no sentido da roupagem que o pensamento jurídico assumiu, ao longo da história, na busca de fundamentar e sustentar essa área do conhecimento enquanto ciência.

Essas correntes e teorias tentaram explicar o pensamento jurídico e o fundamentar no sentido de apresentar justificativas convincentes para algo. “Os fundamentos de uma teoria ou de um sistema filosófico são aqueles axiomas ou pensamentos centrais dos quais as demais proposições poderiam ser extraídas ou deduzidas” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 18). Saber o que caracteriza e fundamenta a Ciência do Direito é saber, por exemplo, quais razões o justificam ou conferem-lhe obrigatoriedade. Tal desafio advém do fato que o estudo do Direito, como já dito, era relacionado a outras áreas de conhecimento, especialmente a filosofia, mas também da sociologia e até mesmo a psicologia, e justificou-se, em diferentes épocas, de forma distinta. A expressão “Ciência do Direito” só surge na Escola Histórica alemã no século passado (FERRAZ JUNIOR, 1980).

Sendo uma palavra plurissignificativa, saber o que é Direito e o que o justifica não é meramente uma observação da realidade como ela é, mas envolve também afirmar um juízo de valor de porque as coisas funcionam de determinada forma e de como as coisas deveriam funcionar em uma determinada cultura e em um determinado momento histórico. Justamente por o Direito ser um instrumento da realização de valores seria incoerente defender valores sem saber o porquê (MACHADO SEGUNDO, 2009). Nesse viés, as diversas correntes buscaram fundamentar essa ciência e explicar o motivo de um ordenamento se sustentar de uma

determinada forma e não de outra. Assim, na transformação das sociedades, com o olhar especial voltado às civilizações ocidentais, tentou-se de delimitar um objeto de análise para o Direito.

O Direito se institucionalizou “muito cedo nas sociedades ocidentais, e sempre teve um impacto prático muito significativo na montagem e operação das instituições dos Estados Modernos, assim como na regulação das relações de mercado” (SCHWARTZMAN, 2008, p.8). Esse ente organizado, que, no mundo moderno, foi dotado de poder utilizando-se do Direito para impor-se, foi chamado de Estado. Porém, não significa necessariamente que o fundamento de um ordenamento jurídico é o poder estatal ou tudo o que vier a ser imposto coativamente pelo Estado. O próprio Direito, conforme mostra a Antropologia Jurídica e a História do Direito, é anterior à concepção moderna de Estado.

Assim, o Estado é consequência da sedentarização lenta e gradual de grupos sociais, o que levou a maior complexidade da sociedade, surgindo a necessidade de centralização do poder político por uma entidade. Como a consequência do aumento da dimensão e complexidade dos grupos sociais, houve a diminuição da eficácia das normas consuetudinárias e a imprescindibilidade de instituir uma organização de produção do Direito que pudesse garantir a sua observância, nem que fosse pela força (MACHADO SEGUNDO, 2009). O Estado surge, então, para proporcionar eficácia para o Direito e não para fundamentá-lo. O Direito não é o que o Estado diz que é.

Ademais, não se pode afirmar que é Direito o que é justo, pois há um relativismo axiológico e uma inexistência de um modelo de justiça universal e absoluto válido em todos os lugares e contextos históricos. Não obstante, Vasconcelos defende, na sua Teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito, que não deve ser definido também como sendo conduta humana, “mas o modo de ser (direito ou torto) desta conduta” (VASCONCELOS, 2006, p. 21). O autor aponta ainda a incapacidade de o Direito expressar por si mesmo pelo próprio círculo semântico da palavra que o nomeia (Direito), não cumprindo as exigências axiológicas indispensáveis à plenificação de seu conteúdo.

Assim, para que se alcance a completude da ciência jurídica a partir do que se entende por Direito, Vasconcelos acrescenta, ao sentido semântico, dois novos valores, sendo Direito também o que é justo e o que é legítimo, pois somente pelo que é justo ainda não é suficiente para qualificá-lo, devendo acrescentar a ideia de legítimo para montar sua estrutura tridimensional axiológica do que ele qualificou como Direito. Assim, “poder-se-ia construir outra teoria tridimensional do Direito, ao lado de muitas que já se formularam, em planos diversos, a partir dos elementos fato, valor e norma” (VASCONCELOS, 2006, p.31).

A ideia de que Direito é justo foi uma das tentativas de fundamentar o ordenamento jurídico e a razão de ser de sua obrigatoriedade, buscando elementos metafísicos. Elementos esses que Vasconcelos chamou de sobrenatural, devendo-se entender metafísica aquilo que transcende o mundo físico e que não pode ser apreendido pelos sentidos. Foi a partir dessa noção de metafísica que as correntes jusnaturalistas tentaram fundamentar o Direito nessa busca do homem de defini-lo. Esse termo jusnaturalista não existiu na Antiguidade Clássica, sendo uma novidade do ocidente contratualista, e recorrem ao Direito Natural, um dos termos mais antigos e polêmicos da filosofia (MACHADO SEGUNDO, 2009).

Kelsen (1995), ao apresentar uma teoria do Direito e do Estado, faz uma análise do Direito Natural e afirma que não é criação de ato de vontade humana, não sendo, portanto, um produto artificial e arbitrário do homem. Essa doutrina do Direito Natural “sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito Positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus” (KELSEN, 1995, p.16). Percebe-se que o elo com as ciências naturais também aparece no conceito de Direito Natural que Kelsen apresenta, pois a vontade de Deus, para esse filósofo, é idêntica à natureza, visto que a natureza e as leis naturais são criação e expressão de sua vontade.

Como consequência disso, tem-se que as regras jurídicas emitidas por um legislador possuem a mesma forma e caráter que as leis que regulam a natureza, porém a lei criada pelo legislador é um ato de vontade de alguma autoridade humana, sendo, por isso, arbitrária. O Direito Natural estaria, de outro modo, acima das imperfeições humanas do direito positivo, sendo absolutamente justo. Ao tratar do jusnaturalismo, Kelsen (1995, p.19) afirma que “o Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponde ao Direito natural”.

A ideia de o que é elevado e justo varia de acordo com a visão de mundo utilizada como parâmetro dentro de cada corrente jusnaturalista, variando também de acordo com o local e contexto histórico, visto que a busca pelo padrão de justiça universal é presente ao longo de toda a história do Direito. Já se presenciava, na Grécia Antiga, berço da filosofia, essa associação da ideia de Direito ao que é divino, universal, existindo a ideia das leis sancionadas por deuses. Vasconcelos menciona que “o homem não cabe em fórmulas humanas, tanto que sempre procurou aproximar-se de modelos divinos” (VASCONCELOS, 2006, p.37).

A fundamentação do direito nas correntes jusnaturalistas, como dito, modificou-se de acordo com o contexto histórico. Na Idade Média, o modelo ideal de direito era legitimado pelo padrão que a Igreja Católica determinava, sendo o parâmetro da ordem jurídica a razão divina. Tal fato é devido à grande influência do catolicismo nas sociedades ocidentais e na ideia do que é considerado moralmente correto por essas sociedades. Essa mentalidade ainda

persistente, na atualidade, em diversos ordenamentos jurídicos. Com a secularização, o Direito Natural passou a ser fundado na natureza humana, de concepções antropocêntricas e intrinsecamente humanista. (VASCONCELOS, 2006). O Direito Natural faz o seguinte percurso:

Os que assim argumentam, então parados no tempo, e em épocas bem longínqua: o século XVI, último período da História das Ideias Jurídicas em que o Direito Natural foi domínio quase exclusivo dos teóricos cristãos. Nos dois séculos seguintes, o XVII e o XVIII, dar-se-ia o amplo movimento de secularização do velho Direito Natural escolástico, de feição decididamente ontológica. O novo Direito Natural, saído dessa revolução desencadeada por Hugo Grócio, fixa sua morada no mundo fenomênico dos homens, lugar dos relativismos. Iniciava-se o rápido processo de substituição das crenças pela ciência, da revelação pela razão e das causas teológicas pelas motivações humanas. (VASCONCELOS, 2006, p.39)

Assim, o iluminismo desloca o modelo ideal do divino cristão para o homem, humanizando o Direito Natural e conseqüentemente os fundamentos do ordenamento jurídico. Já houve momentos da história nos quais o Direito Natural era considerado imutável ao ponto de nem Deus conseguir alterá-lo (VASCONCELOS, 2006). Tal fato demonstra as diversas versões que o Direito natural assumiu ao longo dos tempos, desde a Grécia Clássica, havendo, portanto, diversas correntes jusnaturalistas e, conseqüentemente, diversas formas de fundamentar o Direito. Todas essas correntes coadunam no sentido de que o jusnaturalismo se caracteriza pela existência de normas não positivadas, pressupostas e idealizadas, que dariam base ao direito positivo, em uma clara distinção entre como o Direito é e como o Direito deve ser e a partir das quais se julga o direito posto e se estabelecem parâmetros de correção. (MACHADO SEGUNDO, 2009).

A ideia de imutabilidade do Direito Natural advém do fato de que a própria investigação dos fenômenos naturais, no período do século XVIII e XIX, permanecia a concepção de constância da matéria (DEL PINO; MOURA; SILVA, p. 5). As ciências naturais passaram pela mesma transição atravessada pelo Direito Natural. A teoria atômica da antiga filosofia grega resultou na imagem simplista da natureza. Foi somente no século XIX, com os avanços na Física, como a eletricidade, que geraram rompimentos da imagem estabelecida anteriormente, assim como o desenvolvimento de técnicas e aperfeiçoamento de processos mecânicos. Assim,

A influência da técnica na relação entre a natureza e o homem constitui-se numa marca desta época, de modo que o ambiente em que o homem vive submerso tem sido modificado em larga escala pelo uso técnico das forças da natureza, e o próprio homem tem sido colocado inevitavelmente ante a uma visão científica do mundo. (DEL PINO; MOURA; SILVA, *online*)

Toda essa cientificidade desenvolvida no mundo ocidental, além de adentrar nas universidades e ocupar, como dito, o espaço antes ocupado pela filosofia, em muito influenciou

os filósofos juristas, em especial os que compõem a chamada corrente positivista. Vasconcelos (2006) menciona que a cientificidade foi um valor fundante da cultura do mundo ocidental desde o século XVII. Assim, “os positivistas, seduzidos pelo prestígio da cientificidade de suas teorias, que os situava na etapa derradeira do conhecimento humano, começaram a acreditar que em nome dessa autoproclamada superioridade, tudo podiam” (VASCONCELOS, 2006, p.45).

Na filosofia, Auguste Comte é designado como fundador do termo positivismo, no sentido em que batizou a nova corrente que surgia no fim do século XIX. Positivismo para esse filósofo significa “limitação da ciência ao que é experimentável, dado positivamente” (HASSEMER; KAUFMANN, 2002, p. 118), ou seja, aquilo que pode ser comprovado por métodos científicos válidos. Comte elaborou uma teoria dos três estágios, na qual a evolução da teologia para a ciência positiva passava pela metafísica, conseguindo, com isso, fornecer, ao positivismo, uma eficaz credibilidade teórica, usando como fundamento as ciências da natureza, em especial a matemática. (HASSEMER; KAUFMANN, 2002).

É a partir dessa ideia de separação entre direito e filosofia que Adolf Merkel surge como fundador da Teoria Geral do Direito, transpondo o conceito de evolução para a ciência jurídica. Para o autor, o direito “evoluiria de um modo comprovável empiricamente da forma menos sofisticada para a mais elevada, e a partir desta evolução regular seria possível derivar conhecimentos para o direito futuro (ideia de progresso!)” (MERKEL apud HASSEMER; KAUFMANN, 2002, p. 119). Se o Direito não é o que o Estado delimita, não é somente conduta humana e não é o que é justo, continua o questionamento da humanidade: o que é Direito, qual seu objeto de estudo e qual método deve ser utilizado nessa ciência?

Foi Kelsen, na sua obra *Teoria Pura do Direito*, que enfrentou essas questões e que, influenciado pelas ideias Kantianas e de Merkel, fez um esforço metodológico de fornecer um caráter lógico-científico utilizado nas ciências naturais no estudo do Direito, levando, finalmente, ao estudo autônomo da ciência jurídica. Para estruturar sua teoria, fez um esforço de conhecer o objeto de estudo do Direito e propôs “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertencer ao seu objeto, tudo quanto não possa rigorosamente, determinar como Direito” (KELSEN, 1999, p.1).

A proposta de Kelsen (1999) e de sua teoria pura ou da dita “pureza” é libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, sendo esse o princípio metodológico fundamental, ou seja, a distinção entre os juízos de ser e dever ser é a fundamentação da autonomia metodológica da Ciência do Direito proposta por esse filósofo. Larenz (1983) afirma que, para Kelsen, a Ciência do Direito não tem relação com a conduta do

homem, mas apenas com o que está prescrito no ordenamento. Isso porque o Direito não é uma ciência de fatos, mas uma ciência de normas. Desse modo, o caráter científico é garantido, nessa teoria, quando se limita o Direito a sua função e conserva-se seu método puro, visto ao afastamento de elementos estranhos a sua essência.

Larenz (1983) afirma que a Ciência do Direito não é uma ciência de fatos, como a sociologia e psicologia, e nem um influxo de caráter ético ou religioso. É uma ciência pura que deve prosseguir sem nenhum fim prático. Kelsen fez, portanto, um corte epistemológico, elegendo a norma como objeto de estudo do Direito, distanciando a Ciência do Direito de demais áreas do conhecimento, em especial a filosofia, e vinculando o Direito ao Estado, com única fonte de eficácia, vigência e obrigatoriedade. Desse corte epistemológico, Kelsen estabelece um objeto de estudo para o Direito, tirando-o da penumbra da abstração que, outrora, se encontrava, materializando na norma, na lei, no ordenamento o que se chama Direito.

Desse modo, a proposta não só da teoria pura, mas das chamadas correntes positivistas, que como as correntes jusnaturalistas também apresentaram várias vertentes, era o fato comum da rejeição a metafísica, preconizando apenas o direito posto, positivado, o direito como ele é, “ausente de considerações a respeito de como este direito deveria ser ou de qual seria a sua finalidade” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 48). Kelsen afirma que a preocupação em saber o que é direito, exclui questões de como o direito dever ser, ou como ele deveria ser feito. “É ciência jurídica e não política do Direito” (KELSEN, 1999, p. 1).

A forma como a ciência jurídica, chamada por Kelsen (1999) de ciência jurídica tradicional, vinha sendo feita ao longo dos sécs. XIX e XX, não possuíam o caráter de “pureza”. Assim, sem metodologia definida, de um modo inteiramente acrítico e sem cientificidade a jurisprudência se confundia com outras áreas do conhecimento humano, com a ética e com a teoria política. Para Kelsen, essas áreas se comunicam com a ciência jurídica, visto que o objeto de estudo delas tem estreita conexão com o Direito.

Faz parte do esforço de Kelsen, ao dar caráter científico ao estudo do Direito, afastar do conhecimento daquilo que é chamado de Direito a influência dessas outras disciplinas da área de humanas. Kelsen delimita o conhecimento do Direito em face desta disciplina, “não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 1999, p.2).

Em outra obra chamada *Teoria Geral do Direito e do Estado*, posterior à *Teoria Pura do Direito*, Kelsen faz uma análise da justiça como sendo um julgamento subjetivo de valor. Isso porque é “inevitável que a felicidade de um indivíduo entre, em algum tempo, em

conflito com a de outro” (KELSEN, 1995, p.14). Portanto, o julgamento de valor é diferente um dos outros e inconciliáveis, não sendo um propósito da metafísica explicar racionalmente a realidade, o que ficaria a cargo da ciência (KELSEN, 1995).

Assim, o filósofo explica o que transforma um fato em ato jurídico não é a sua facticidade e nem como é determinado pelo princípio da causalidade que rege a natureza, mas o sentido objetivo ligado ao fato, a significação jurídica específica que o ato recebe por intermédio de uma norma (KELSEN, 1999). É a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico, sendo produzida por outro ato jurídico, que, por seu turno, recebe a significação jurídica de uma outra norma (KELSEN, 1999, p. 3), sendo, desse modo, montado o ordenamento jurídico. A norma resta como um esquema de interpretação e significação do fato e o direito passa a não ser fundamentado em matérias não jurídicas.

Essa é a vertente do chamado positivismo normativo, que não é a única, mas influenciou os ordenamentos jurídicos no mundo ocidental e fazem a separação entre Direito e Moral, acreditando que exame de valores, como a justiça, são subjetivos e não devem ser foco de preocupações científicas (MACHADO SEGUNDO, 2009). Para Miguel Reale (1972), essa teoria marca o apogeu da chamada corrente do positivismo jurídico normativista, reduzindo o Direito a pura normatividade lógica e influenciou todos os ramos jurídicos, e o estudo acadêmico do direito passou a ser o estudo da Ciência Jurídica (RADBRUCH, 1979). No campo da Hermenêutica, também houve influência do positivismo jurídico.

A aproximação que outrora as correntes jusnaturalistas fizeram entre Direito e Moral e Direito e Justiça, é apartado nas correntes positivistas. Vasconcelos menciona que os positivistas negaram quase vinte e seis séculos de filosofia e que seu lugar ontológico fora ocupado pela “pureza” do mundo humano e impuro. O ápice do positivismo jurídico deu-se com a Escola da Exegese que “formou-se em torno do postulado da autossuficiência da lei, a qual seus membros dedicaram-se religiosa fidelidade” (VASCONCELOS, 2006, p.47). Essa escola atribuiu plena autonomia à lei e separou o ordenamento jurídico de todo e qualquer subjetividade.

Vasconcelos diz que houve um formalismo ou fechamento do sistema jurídico, que, além de proporcionar uma falsa ideia de superioridade, e os positivistas acabaram se impondo limitações: “o mundo do espírito, onde habitavam as ideias que tem a força de tudo conformar e transformar, a parte mais ampla, mais fértil e mais nobre da realidade inteligível, foi inteiramente desconsiderada e abandonada” (VASCONCELOS, 2006, p. 45) Ferraz Júnior (2006) aponta que a problemática da Ciência do Direito encontra-se não em apenas se debater

entre ser compreensivo-valorativa ou axiologicamente neutra, mas também, para além disso, ser uma ciência normativo-descritiva, que conhece e estabelece normas para o comportamento.

O fato é que o positivismo jurídico com toda sua estruturação lógica de organização do sistema jurídico e rejeição a qualquer julgamento a respeito de seu objeto e abstração de juízo de valor mostrou que a amoralidade dessa corrente permite que seja instituída ordens jurídicas com qualquer conteúdo. Larenz (1983) que a teoria pura teve grande utilidade prática, atingindo uma excelência como teoria, mas na prática apresentou resultados pobres, especialmente por se tratar o Direito de obra humana e se seria possível examiná-la desprezando sua finalidade.

Sobre esse ponto, Machado Segundo (2009) aponta que “o Direito só pode ser definido, como qualquer outra obra humana, por seus fins. É essa a razão pela qual o Direito não pode buscar fundamento em si mesmo, autopoieticamente” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 53). O autor aponta ainda que o desprezo por esse fim passa a identificar o Direito como coação, pois há a “desumanização” do Direito que passa a ser confundir com a força. O positivismo jurídico e a construção lógica e metodológica de Hans Kelsen no sentido de montar uma ciência jurídica e dar-lhe autonomia foi bastante louvável, porém o afastamento da metafísica e a concepção de que é possível alcançar uma verdade objetiva por meio da cientificidade foi um modelo científico que não se sustentou. Vasconcelos aponta que a teoria perdeu espaço para o próprio cientificismo e absolutizou-se o conceito de cientificidade “tornando-o dogmático e, conseqüentemente, anticientífico. É destino irrecorrível das teorias fechadas, formalistas e autossustentáveis” (VASCONCELOS, 2006, p 49).

Tal fato ocorre visto que a ciência não apenas descreve a realidade. Antes de descrever, o cientista julga, escolhe e avalia. E, depois de descrever, propõe. Em todas essas situações, faz juízo de valor. A ciência não é meramente descritiva da realidade e nem avaliativa, mas também tem como objetivo prevê comportamentos para que se possam adotar medidas cabíveis, havendo uma finalidade no estudo científico e, conseqüentemente, um juízo de valor. Desse modo, o afastamento da preocupação do conteúdo do ordenamento jurídico das considerações do cientista do Direito, não só é temerário, visto a impossibilidade de afastar valores de ações humanas, mas também abre possibilidades para que qualquer conteúdo possa fazer parte de um ordenamento jurídico, ser chamado de Direito e ser obedecido legalmente por isso, não se submetendo a nenhum controle. Foi o caso dos regimes totalitários, em especial, o Regime Nazista, na qual o positivismo permitiu um regime jurídico amoral.

O Direito é uma ciência fluida no sentido de que exige o constante esforço do jurista. Ater-se unicamente a modelos fechados ou a padrões de certo e errado e não observar

as mudanças históricas que alteram o caminhar da sociedade e, conseqüentemente, o seu comportamento, faz com que o jurista perca sua capacidade de análise crítica diante dos fatos. Um exemplo disso é um ponto interessante que Machado Segundo (2009) traz, em sua obra, quando menciona que sistema nazista não se fundamentava em si mesmo, mas era um instrumento de alcançar as exigências do *Volsgeist*, que eram os valores supremos da raça germânica: “dessa forma, vê-se que o jusnaturalismo nem sempre está associado ao que no presente momento histórico parece justo, e que o respeito ao direito posto nem sempre é sinônimo de arbitrariedade” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 63)

Assim, esse regime se fundamentou no valor supremo do *Volsgeist*, sendo aceito pela sociedade alemã daquele período. Os parâmetros de certo e errado, de fato, mudam conforme o momento histórico. Uma outra corrente do positivismo, chamado positivismo sociológico que, apesar de ainda afastar o componente axiológico do Direito, “confunde o estudo do direito com o estudo dos fatos, dizendo que este “brotaria” daqueles, quando, na verdade, confundir o direito com o fato é privar o direito de sua função, que é a de retificar os fatos” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 65).

Demonstra-se, assim, as tentativas de fundamentar o ordenamento jurídico tendo o jusnaturalismo o fundamentado em valores supremos, seja em ideais divinos ou ainda em valores como justiça, e tendo o positivismo jurídico se limitado a estudar unicamente o direito posto, fundamentando o ordenamento em si mesmo. Não se deve limitar a observação dos fenômenos, sejam os considerados jurídicos, sejam os considerados não jurídicos, a modelos fechados de pensamentos. Após a Segunda Guerra Mundial e o fim do Regime Nazista, diversos foram os questionamentos não só sobre o positivismo jurídico, em especial na sua vertente normativista e legalista, mas também o poder do Estado de impor normas, apartado de qualquer consideração de cunho axiológico. Outros diversos acontecimentos jurídicos foram questionados nesse período, culminando com os chamados Direitos Humanos.

É nesse momento histórico, na segunda metade do século XX, que surge as correntes genericamente chamadas pós-positivismo. O principal acontecimento desse período é o surgimento da ideia de princípios, assim como o fortalecimento do constitucionalismo. Assim, houve a positivação dos direitos fundamentais nas constituições com estrutura de princípios, sendo esses direitos de observância obrigatória pelos ordenamentos jurídicos e havendo uma nova forma de fundamentar o Direito. Essa mudança é acompanhada não só pela doutrina jurídica, mas também pela hermenêutica.

Um dos primeiros doutrinadores a criticar o positivismo jurídico foi Ronald Dworkin ao escrever seu artigo *Modelos de Regras I*, rebatendo em especial o positivismo

analítico proposto por Hart. Dworkin, em sua teoria, diz, em suma, que normas jurídicas são formadas não só por regras, mas também por princípios que devem ser observados e interpretados pelo juiz na decisão do caso concreto. Cresce, com isso, não só a participação do juiz na feitura do direito, mas também mostra a influência da filosofia liberal nas doutrinas do pós-guerra, na qual direitos individuais não devem ser sacrificados em prol da maioria. Houve, nesse momento, também, a positivação de princípios nos ordenamentos. Nesse novo contexto histórico, há uma mudança de paradigma que, mais uma vez, exige do jurista um olhar especial.

A própria doutrina de Dworkin, considerado um dos principais expoentes contemporâneos da filosofia do direito liberal anglo-americano, apresenta-se, em 1970, “no contexto de uma crise de confiança que assolou o mundo ocidental à medida que suas metanarrativas e suas instituições passaram a ser questionadas” (MORRISON, 2006, p.496). Tal desconfiança se deu pela guerra do Vietnã e o caso Watergate nos Estados Unidos que levou a sociedade a desconfiar da conduta dos governos. O filósofo, nesse contexto, critica o positivismo e propõe uma teoria interpretativa do Direito, exigindo a prática dessa ciência jurídica reflexões e elucidações teóricas e críticas por quem se dispõe a dizer o que é direito.

Portanto, o surgimento de problemas jurídicos, como acontece também em outras áreas não gera a capacidade automática de solucioná-los, sendo até temerário esse posicionamento imediatista. Exige do cientista social a observação da organização e do movimento social, as formas de institucionalização do poder, devendo o mesmo não somente dominar os aspectos científicos e técnicos da sua disciplina, mas também dominar “as tradições culturais e intelectuais de sua área, e é capaz de comunicar suas ideias com clareza e inteligência” (SCHWARTZMAN, 2008, p. 9).

Lon Fuller, em 1945, ao escrever sua crítica ao positivismo jurídico afirma que o direito é visto por ele como um empreendimento que tem “propósito consciente e depende, para o seu sucesso, da energia, intuição, inteligência e consciência daqueles que o conduzem, e condenado, devido a essa dependência a estar sempre um pouco aquém da plena concretização de seus objetivos” (MORRISON, 2006, p. 461). O objetivo desse capítulo foi mostrar as diversas tentativas do homem, em diversos momentos históricos, de estruturar o que se chama de Direito e as formas como essa ciência deve regular e ser obedecida pela sociedade. Fica demonstrado que não existe um único padrão absoluto e inquestionável do que seja Direito, há apenas um consenso geral.

Portanto, o objetivo desse trabalho é, a partir do posicionamento positivista do Direito, que estabeleceu a norma posta como objeto de estudo, apontar a mudança de paradigma da norma para a decisão judicial, com o maior papel do interprete, e não só do doutrinador, em

fazer o que se chama de Direito. Isso mostra-se importante ante a aplicação dos Direitos Fundamentais no cotidiano do Judiciário brasileiro.

3 A TRAJÉTORIA DA TEORIA DO DIREITO DA NORMA À DECISÃO E A MUDANÇA DE PARADIGMA

As modificações pelas quais o estudo do Direito, enquanto Ciência, atravessou para eleger a norma como objeto de estudo foram, em boa parte, determinadas pela teoria pura de Hans Kelsen no universo jurídico no séc. XX. Considera-se que a “posição científica Kelseniana é um legítimo divisor do pensamento jurídico universal: o que existe hoje em Teoria do Direito situa-se antes e depois de Kelsen” (KELSEN, 1986, p. XII). Kelsen, na feitura da sua teoria, não escreveu segundo modelos já existentes, mas criou seu próprio modelo, que, além de único, é, de certo modo, simples, justamente por afastar assuntos ditos metajurídicos e fundamentar-se na lógica. A preocupação de dar pureza à Ciência do Direito advém do fato que Kelsen era um matemático nato e teve como objetivo criar uma ciência “que pudesse ser tratada com o rigor da matemática, que tem na sua pureza a sua essência que surge nos enunciados, proposições e axiomas” (DUARTE apud KELSEN, 1986, p. XI).

Ademais, apesar das influências recebidas por Kelsen de outros filósofos, como Kant, esse jusfilósofo não apoiou, também, seu modelo em nenhum pensador. Foi um esforço autônomo, um labor intelectual de Kelsen, de elaborar uma metodologia de estudo, ao seu julgamento, precisa e perfeita, para a Ciência Jurídica, sendo, portanto, consagrado na cultura jurídica universal. Do ceticismo na filosofia surge o ramo chamado epistemologia que trata, em suma, de conceitos e fora utilizado por Kelsen para fazer o corte epistemológico da norma e intitular-la como cerne da Ciência do Direito.

Desse modo, Kelsen contribuiu, significativamente, para o positivismo jurídico no séc. XX. Sua teoria “é o meridiano de Greenwich da ciência jurídica do século passado: todas as teorias jurídicas terminam mensuradas em função da distância ou da proximidade de tais teorias em respeito à teoria pura do direito por ele enunciada” (BOBBIO, 2007, p. XX). Afirmar o que o Direito é determina o modo como deve ser conhecido. Por esse viés, o positivismo posiciona-se no sentido de afirmar que o direito é uma criação humana e deve ser conhecido como a norma posta, ou seja, a norma jurídica. Tal modo de ver o que é o Direito, difere da visão jusnaturalista, até então predominante, de que o Direito é uma ordem composta por um direito posto, mas também por um direito pressuposto que o fundamenta.

Formular uma teoria do Direito requer estabelecer uma metodologia que, como já mencionado, esteja apta a testes de falibilidade. Foi nesse sentido que Kelsen se posicionou, dando ao que se estudava como Direito realmente um caráter de ciência em um universo onde as ciências naturais e exatas estavam em um desenvolvimento significativo aos olhos do mundo.

Um matemático jurista estabelece um modelo que se encaixa no mundo lógico que se encontrava. Assim, a teoria pura, chamada por alguns de “bíblia de positivismo jurídico” entrou na Itália, por volta de 1934, por meio de Del Vecchio e esteve em estreito contato com a Escola de Turim, que tinha como referência Norberto Bobbio. Desse modo, a teoria de Kelsen influencia diversos juristas não só na Itália, mas na Europa.

Diante disso, diversos foram os estudos no mundo acadêmico a respeito da norma, sendo criadas diversas “teorias da norma”, e não mais teoria do direito, para explicar o objeto de estudo da ciência jurídica. Bobbio, no período de 1950 a 1960, também se dedica a construção de uma teoria geral do direito de caráter formal, sob influência kelseniana, fazendo um afastamento de questões axiológicas e sociais em premissas claramente normativo-positivistas, na qual também apresenta um estudo lógico-jurídico da norma. Bobbio aponta o ano de 1949 como o ano de sua “conversão” a Kelsen e a defesa do positivismo kelseniano na Itália (BOBBIO, 2007).

É nesse período que Norberto Bobbio escreve sua *Teoria da Norma Jurídica*, sendo um momento inicial da sua teoria geral do direito, na qual o autor preocupa-se, nesse momento, apenas com as concepções estruturais do direito e atem-se apenas ao estudo e explicação lógica da norma, como sua validade, eficácia, estrutura lógico-gramatical entre outros. Essa teoria lógica da norma de Bobbio é complementada pela obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*. As obras de Bobbio influenciaram não só a Itália, tiveram muito sucesso na América do Sul e permanecem até os dias atuais. Diversas são as faculdades de Direito brasileiras que ainda adotam os livros de Norberto Bobbio, em especial a Teoria da Norma e do Ordenamento, nos cursos de formação do bacharel em Direito.

“Em Bobbio, o fruto mais conspícuo do período Kelseniano foi a visão do direito não como norma, mas como ordenamento de normas, visão por ele exposta no decorrer dos anos acadêmicos de 1957-58 e de 1959-60” (BOBBIO, 2007, p. XXIV). Posteriormente, com a crise do positivismo na Itália, Bobbio se afasta da sua teoria estruturante do direito e inicia a linha funcionalista do direito com a obra *Da Estrutura à Função*, caminhando, assim, com essa obra, para distanciar-se da função estruturalista do direito e aproximar-se da visão funcionalista do direito em uma clara mudança de paradigma ocorrida após 1960.

O próprio Kelsen, em um momento posterior e mais maduro do seu pensamento puro, também escreve uma teoria sobre a norma jurídica intitulada *Teoria Geral das Normas*. Nessa obra, Kelsen superou e reanalisou seus escritos anteriores, mas sempre dentro do conceito de norma. Nesse momento, Kelsen delimita o significado de norma ao mencionar que o termo “se designa por um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a

única função da norma. Também conferir poderes, permitir, derrogar as funções de norma” (KELSEN, 1986, p. 1).

Diversos foram os autores que buscaram dar um conceito de norma nesse período, isso porque não existiu entre os juristas um consenso na definição do que é a norma jurídica. Apesar da Ciência do Direito ter conquistado um objeto de estudo, não conquistou um conceito. Maria Helena Diniz, em 1985, escreve um livro intitulado *O Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, trazendo a importância de se estudar a norma em si, e afirma que “cada jurista tem seu conceito, cada doutrina, sua convicção” (DINIZ, 1985, p. 2). A autora demonstra, exatamente, que essa problemática do conceito de norma jurídica difere das ciências exatas, visto que nessas áreas o estudo é preciso, constante e comum entre os autores, o que difere do papel do jurista no estudo de conceitos jurídicos. Não obstante, Ferraz Júnior também lança uma obra intitulada *Teoria da Norma Jurídica* na qual também faz suas considerações a respeito da temática.

O que se deseja demonstrar é que Kelsen, no auge do positivismo jurídico, ao estabelecer a norma como objeto de estudo da Ciência Jurídica em muito influenciou sobre o que se pensa que é Direito e sobre como se faz Direito. Direito é norma. Direito é lei. Direito é o que o legislador diz que é. O próprio Direito, por muito tempo, foi conhecido como Ciência Jurídica e não como Direito, à exemplo do das obras posteriores a Kelsen: *Introdução à Ciência do Direito*, de Gustav Radbruch; *Introdução à Ciência do Direito*, de Maria Helena Diniz e a *Ciência do Direito* de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Essa mentalidade jurídica de que Direito é norma, que Direito é aquilo legalmente posto pelo legislador, predominou e prevaleceu durante quase todo o século XX. A mudança de paradigma veio somente no final do séc. XX no pós Segunda Guerra Mundial, na qual os próprios conceitos do que é Direito e das correntes positivistas normativistas passaram a ter suas validades questionadas, surgindo novos paradigmas no Direito.

No campo da Hermenêutica, também houve influência do positivismo jurídico e na construção do pensamento de que Direito é a norma. Duas formas de pensamento se destacaram no Direito que fortaleceram o aspecto normativo como caráter fundamental que foram as Codificações ocorridas no Direito, como o Código Civil Francês, e a Teoria Pura de Hans Kelsen. Os franceses condenaram ao Código de Napoleão (1840) a plenitude do Direito Civil, ou seja, não existia direito civil além do Código. Já Kelsen partiu em defesa do caráter normativo puro e neutro do Direito “à semelhança de uma figura geométrica, isento de conteúdo fáticos, valorativos e ideológicos (COSTA, 2005, p.2).

Para Costa (2005, p.62), “a história da interpretação jurídica está ligada a própria história das leis escritas, da codificação e da sistematização das regras de conduta em sociedade”. Nem sempre foi possível ver o método de interpretação das leis na história do direito, como no direito romano onde pouco se usou a técnica interpretativa, ficando o interprete limitado à obediência à letra da lei.

Utilizando a construção da Ciência do Direito feita por Ferraz Júnior (2006) para demonstrar a trajetória da teoria do direito, inicia-se com a escola do pensamento jurídico em Roma, chamado *Jurisprudência Romana*, evitou a expressão “ciência”, visto que essa forma de pensar o direito com cientificidade é recente, por volta somente do século XIX. Não existiu entre os romanos a preocupação de dar um caráter científico, estando as teorizações sobre o direito muito mais ligadas a *práxis* jurídica e não de uma teoria da ciência. “Os romanos nunca levaram muito a sério a questão de saber se sua atividade era uma ciência ou uma arte” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p). A *Jurisprudência Romana* se desenvolveu de uma forma própria, com certo rigor na terminologia jurídica e tiveram influência dos gregos, como a filosofia e a retórica.

Na Idade Média, houve o desenvolvimento de uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricado, técnica essa chamada de glosa gramatical pelos chamados glosadores. Ferraz Júnior aponta que desse confronto do texto e a sua explicação nasce a Ciência do Direito no seu caráter dogmático. O jurista procurava uma harmonização e concordância entre os escritos, visando sanar as contradições e organizando em forma de *Summa*. Esse pensamento jurídico dominou na Europa até o século XVI, quando passou a sofrer críticas ante a ausência de sistematicidade. No século XIX, aponta-se, além do corte epistemológico da norma como objeto de estudo da Ciência Jurídica, outros dois pontos: o surgimento da Escola Histórica do Direito e a Codificação do Direito. A Escola do Direito possui como mérito a que primeiro deu o caráter científico a Ciência do Direito ao lhe conferir um método próprio chamado método histórico.

Essa Escola, que teve como um dos principais representantes Savigny, aliou o Direito à pesquisa histórica, além de dar sistematicidade a essa Ciência. Com essa visão, a ciência jurídica “acabou por se reduzir a um conjunto de proposições, logicamente ordenado e concatenado, abrindo, desta forma, as portas para o chamado pandectignio, que correspondeu, na França, à chamada Escola da Exegese e, na Inglaterra, à Escola Analítica.” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 14). No século XIX, também houve um movimento global de codificação, fruto não somente das ideias iluministas, mas também de um longo processo histórico que culminou no Código Civil Francês (Código de Napoleão). Sem adentrar na teoria dos Códigos,

mas o movimento de codificações ocorridos na Europa passou a representar um papel de tutela da esfera de atuação dos indivíduos que, até então, estava obscurecidos pelos Estados absolutistas (ANDRADE, 1997)

Os Códigos, em especial o Código Civil Francês, “não foram só o resultado exclusivo da vontade de Napoleão ou do grupo de juristas incumbidos de sua redação. É preciso reconhecer que eles são o produto de uma longa evolução histórica do Direito francês” (ANDRADE, 1997, p. 71) O que merece ser destacado desse período de codificações, de forma especial a codificação francesa, é que além de ser um momento relevante da história jurídica ocidental, por representar o fim do período de pluralidades de ordenamentos, o Direito passou a ser visto como um produto do Estado e identificado como lei. Não obstante, o sucesso desse movimento de codificações e sua influência na Europa advém da grandeza da Era Napoleônica, na qual a França conquista diversos territórios, como o próprio território alemão, em especial as províncias do Reno, onde passa a vigorar o Código Civil Francês. Dessa forma, Andrade (1997) afirma que esse Código Francês passa a ser um código europeu.

Ademais, a entrada em vigor do Código Civil Francês se pode considerar um marco inicial de uma teoria e uma metodologia de interpretação. Nesse período revolucionário francês, houve uma supervalorização da legalidade. (FERRAZ JUNIOR, 1990). Uma decorrência direta da codificação foi a Escola da Exegese que, assim como o Código Civil Francês, influencia toda a mentalidade jurídica, sendo a principal característica dessa nova corrente o apego extremo ao texto da lei. Andrade menciona que a união dessa codificação francesa com essa nova Escola influenciou o pensamento doutrinário à época quando foi pronunciada a célebre frase: “eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão” (ANDRADE, 1997, p. 76)

Assim, com a codificação do direito iniciado na Revolução Francesa, surgiu o método tradicional hermenêutico no qual as leis deveriam ser aplicadas de forma estrita pelo aplicador ou interprete, sendo o juiz apenas a “boca da lei”. Tal método deve seu apogeu na Escola da Exegese. Essa Escola ganhou vigor quando o Código traz, em seu artigo 4º, a obrigação do juiz de decidir uma causa, “impedindo-o de alegar o silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei sob pena de ser considerado culpado de denegação da justiça” (ANDRADE, 1997, p. 77). Com esse artigo, deixa de existir o instituto do *référé législatif* o qual dispunha que, nos casos de dúvida a respeito do sentido de uma lei, “o magistrado deveria dirigir-se ao legislativo. Isto faz com que o código passe a ser um sistema normativo autossuficiente, destituído de lacunas, o que o diferencia das formas anteriores” (ANDRADE, 1997, p. 77)

Nesse período, houve a ascensão do chamado positivismo legalista que não foi somente uma tendência científica no Direito, mas também uma necessidade de segurança

jurídica da burguesia francesa. A Escola da Exegese é vista, por esse aspecto, um produto da visão política das classes dominantes daquele período do que propriamente do fenômeno de codificações em si (ANDRADE, 1997). Tal fato é decorrência que, no período anterior da Revolução Francesa, ocorreu o enfraquecimento da justiça, provocando insegurança as decisões judiciais. Por esse motivo houve a valorização dos preceitos legais, como uma forma de limitar o arbítrio da interpretação, autolimitando o estudo da Ciência do Direito à lei positiva, como uma forma de conferir estabilidade (FERRAZ JÚNIOR, 2006). Movimento semelhante ocorreu em Roma, com a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) fruto da reivindicação dos plebeus face à opressão do poder vigente, obtendo essa classe, por meio da lei escrita, garantias e segurança jurídica.

Não obstante, precisamente em 1904, o Código Civil Francês celebrou 100 anos de vigência, em um período considerado calmo e estável, gerando uma ideia de “era de certeza” que era propícia a preservação da figura do código como excelência de legislação (ANDRADE, 1997), constituindo-se um sistema fechado o qual continha todas as regras do ordenamento. No campo hermenêutico, como dito, a Escola da Exegese deu origem ao método lógico, tradicional ou clássico, fruto justamente da exaltação legal decorrente da codificação do direito civil e da Revolução Francesa na qual o aplicador ou interprete apenas aplicaria a letra da lei, sem interpretá-la. Esse método trouxe a concepção, para o mundo jurídico, de que o legislador é o criador do direito, sendo o Direito limitado e identificado como a lei, como norma.

Desse modo, tem-se a ideia de que a lei escrita deve conter todas as peculiaridades e exigências da vida jurídica, bastando ao interprete apenas examinar o conteúdo, limitado apenas ao que o legislador pensou. Caberia ao aplicador, portanto, apenas a mera subsunção do fato ao mencionado na lei. Esse método apresenta falhas por limitar o direito à norma posta, porém apresenta dois grandes méritos essenciais ao pensamento jurídico nesse período que foi “consagrar e garantir os direitos dos cidadãos através de preceitos escritos, e de sistematizar e racionalizar o Direito” (COSTA, 2005, p.6) A última tentativa de reduzir o Direito ao Direito Positivo foi precisamente o positivismo normativo, já no início do século XX, com Hans Kelsen que, para Ferraz Júnior, foi uma “ditadura metodológica”, onde desvincula o objeto de estudo de valores ou finalidade e utiliza-se de um esquema lógico onde conclui que o Direito é norma, imposta pelo Estado. Esse rigor metodológico advém da influência da Escola de Viena que tinham um teor cientificista de abordagem.

Exatamente pela neutralidade no estudo da norma jurídica, seu método se encaixa em qualquer realidade ou finalidade, ficando aberto a quaisquer conteúdos admitidos eventualmente em seu esquema obrigatório pela autoridade competente. Exatamente pela

estrutura desse modelo, é possível justifica-lo em uma variedade histórico-ambiental de diversos ordenamentos jurídicos, cabendo no Direito qualquer comportamento humano validamente posto por uma norma. (COSTA, 2005)

Portanto, nota-se que, na construção do pensamento jurídico, tanto na Escola da Exegese quanto na Escola de Viena, observou e concluiu que o Direito é apenas a norma positivada, seja por fins políticos com a justificativa de que a lei escrita garantiria a segurança jurídica e os direitos individuais, seja pela preocupação metodológica e científica de proporcionar autonomia à Ciência Jurídica ao estabelecer um padrão para todos os ordenamentos postos (COSTA, 2005).

Já no final do século XX, especialmente no período pós Segunda Guerra Mundial, a Escola da Exegese teve sua decadência, assim como o positivismo jurídico. Tal fato ocorreu pela sua estrutura de modelo fechada e acabada, sem lacunas das leis, o que se mostrou insustentável. Nesse período, a figura do legislador começa a ceder espaço para o interprete ou aplicador do Direito, pois, diante de uma lacuna da lei, o juiz se ver obrigado a fazer uso de critérios que se situam a jusante da lei. Nesse aspecto, em especial, o positivismo jurídico rígido sofre uma modificação fundamental (KAUFMANN; HASSEMER). Um outro aspecto que levou a decadência do positivismo jurídico foi o fato de esse modelo comportar normas amorais e injustas no ordenamento jurídico, na qual somente a lei é direito e, sendo assim, qualquer lei pode ser direito, o que abriu espaço para atuação de regimes totalitários.

Ainda no início do século XX, houve a eclosão da 1ª Guerra Mundial que desmoronou a então “era de certezas” que o fenômeno de codificações trouxe para a Europa, abalando a aparente normalidade e modificando o cenário histórico. “Em especial, o quadro de estabilidade que permitiu a ascensão e difusão das codificações se havia desfeito. Vivenciava-se um novo momento. Era o início da época das incertezas” (ANDRADE, 1997, p. 112). Nesse momento pós 1ª Guerra, houve notáveis mudanças no plano econômico, com o desenvolvimento do setor industrial, e no plano social, com a intensificação do movimento operário, que demandou mudanças nos ordenamentos jurídicos, à exemplo do abandono do modelo individualista do Direito Civil para adoção de princípios socialistas. (ANDRADE, 1997). Assim, no período pós-guerra, houve mudanças significativas, tendo, com efeito, a intervenção do Estado na sociedade mediante dois instrumentos jurídicos: a Constituição e as leis especiais, que formam os chamados microssistemas.

Desse modo, houve o fenômeno de constitucionalização do Direito. Seguindo esse fenômeno, pode-se apontar ainda a separação mais abrupta entre direito público e direito privado. Isso porque no século XIX a doutrina referia-se ao termo Direito para designar direito

privado e seus institutos, sendo esse o posicionamento de Kelsen. “Essa visão do mundo, porém se dissipa no século XX. O Estado é chamado a atuar na sociedade a fim de transformá-la” (ANDRADE, 1997, p. 117).

A constitucionalização no Direito, além de fazer a maior distinção entre direito público e privado, leva o direito público a atuar em áreas antes restritas ao Direito Privado, como a questão da propriedade. Dessa forma, a visão clássica de Direito não se mantém, visto que há uma mudança no papel do Estado e as profundas alterações econômicas que ocorreram no período entre guerras, onde o Estado passa a intervir mais na economia, justapõe-se ao conceito clássico de lei, conforme estabelecida nos moldes do Código Napoleônico, na qual a lei possuía o caráter globalizante. A sociedade, em especial grupos sociais específicos, foi demandando mais do Estado, como a presença de uma legislação trabalhista, sendo cada vez mais difícil a obtenção da isonomia antes proporcionada pelos códigos que visavam somente a proteção individual. A Lei precisou atender à pressão dos diversos grupos sociais e, diante do imobilismo e impotência dos códigos conforme estava estabelecido, desenvolveu-se as chamadas leis especiais, chamado “microssistemas”, na qual inicia-se o processo de descodificação.

Nesse processo de descodificação, há um abalo na unidade, estabilidade e generalidade presente nos códigos, havendo um deslocamento do “centro de gravidade do sistema jurídico. Este já não se encontra mais no Código Civil” (ANDRADE, 1997, p. 135), o que leva a um rompimento no Direito Privado. Ante a esses microssistemas de leis especiais, as Constituições ganham papel de centralidade, incorporando temas antes legislados pelo direito privado. Não obstante as mudanças ocorridas no universo jurídico após a primeira guerra, houve também mudanças ocorridas no pós Segunda Guerra Mundial, isso porque o modelo proposto pelos positivistas e a hermenêutica da Escola da Exegese foi realmente questionado por proporcionar inúmeras arbitrariedades, surgindo, nesse momento, os chamados Direitos Humanos de observação obrigatória pelas Nações.

O processo de descodificação e proliferação de leis especiais, apesar de atender e trazer equilíbrio aos diversos grupos sociais, desfavoreceu a operacionalidade jurídica, pois além de muitas dessas leis especiais introduzirem novos conceitos jurídicos no ordenamento, tornou mais caótico e complexo. Nesse novo contexto, mudou-se o modelo de legislação, com a sua pretensão de totalidade em um código, do século passado, para construir um novo modelo na qual o código possui um caráter integrativo dentro do sistema jurídico. Desse modo, estabeleceu-se um ordenamento estruturado em princípios e cláusulas gerais, defendendo-se um sistema aberto em contradição ao sistema fechado proposto pelos positivistas. Por sistema

aberto entende-se ser incompleto, com lacunas, e dinâmico que permite a existência de uma ordem jurídica suprallegal, na qual é de fundamental importância a presença do interprete para preencher os vazios legislativos.

Um dos primeiros doutrinadores pós Segunda Guerra Mundial a trazer para o universo jurídico a noção de princípios foi Ronald Dworkin ao escrever seu *Modelo de Regras I* e, posteriormente, organizando uma série de estudos na obra *Levando os Direitos a Sério*, tornando-se uma compilação de trabalhos do pensador. Esses estudos iniciaram-se em um período de grandes incertezas em relação ao direito e onde a própria atitude política chamada de liberalismo fora questionada perante a sociedade. Dworkin (2010) então defende uma Teoria Liberal do Direito que vai contra a visão utilitarista de que o direito e as instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e somente isso. Pelo seu posicionamento liberal, acredita que os “direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direito quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer” (DWORKIN, 2010, p. XV). Assim, o pensamento liberal de Dworkin defende que os direitos individuais devem ser respeitados pelos ordenamentos, não sendo sacrificado em prol do bem-estar da sociedade.

Ademais, na montagem de sua teoria do direito, Dworkin (2010) adota a postura de aproximar o direito de questões filosóficas, como a moral, em uma clara oposição ao positivismo jurídico. A proposta do presente trabalho não é discriminar o modelo criado por Dworkin, mas apenas trazer sua contribuição no que é pertinente a mudança de paradigma ocorrida no pós Segunda Guerra Mundial, na qual o modelo positivista e a hermenêutica então utilizada e estabelecido no universo jurídico foram questionadas, exigindo da comunidade jurídica repensar o que é o Direito e para que o Direito serve. É nesse momento que Dworkin demonstra grande contribuição para o Direito ao trazer o conceito de princípios e o novo papel do interprete no Direito. O autor, em *Modelo de Regras I*, retoma e repensa a pergunta que percorre toda a construção da Ciência do Direito e que fundamenta esse trabalho: O que é Direito? Porque é obrigação jurídica aquilo que a lei enuncia? Ou obrigação jurídica também tem reação com obrigação moral? (DWORKIN, 2010).

Dworkin, para rebater o positivismo jurídico, toma como contraponto o positivismo jurídico de Hart, porém também tece críticas sobre outros positivistas, como Austin. Esse esforço de Dworkin foi para estruturar o papel e limites do juiz dentro da Ciência Jurídica. No modelo de Austin, os juízes teriam o poder discricionário para de criar novas regras, sempre que casos inéditos se apresentassem, tendo o soberano (que representa a autoridade Estatal)

apenas o papel de anular ou não a criação do intérprete. Já um dos principais pontos que Dworkin rebate no modelo hartiano é a questão da discricionariedade do juiz. Para Hart, as regras enumeram todas as possibilidades e, em caso de ausência de uma regra para o caso concreto, o juiz poderia, arbitrariamente, criar uma regra para aquele caso de forma discricionária. Dworkin é contra esse modelo de atuação do juiz apresentada por Hart e tenta fundamentar seu modelo opondo-se a isso.

Para Dworkin (2010), quando os juristas debatem sobre Direito, especialmente em relação aos *Hard Cases* ou Casos Difíceis, acabam recorrendo a padrões que nem sempre funcionam como regras, “mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros padrões” (DWORKIN, 2010, p.36). Política seria um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado na sociedade e princípios seriam um padrão de “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36)

O autor concentra seu modelo de regras na distinção entre regras e princípios, na qual “regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que a regra estipula, então a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2010, p.39). As regras, então, ficariam invalidadas caso não pudessem ser aplicados ao caso concreto. Já para os princípios adota-se a ideia de sopesamento, ou seja, no caso concreto deveria avaliar qual o princípio mais adequado para a resolução do conflito, não invalidando o princípio não aplicado.

Assim, nos casos difíceis, na ausência de regra, caberia ao juiz aplicar o princípio adequado, não criando um direito novo, como no modelo de Hart, mas aplicando uma norma já existente no ordenamento. Isso porque, para Dworkin, a norma passa a se apresentar como regras e princípios, os dois presentes no ordenamento. Isso faz com que o interprete aumente sua participação nas decisões judiciais, sendo um esforço intelectual do juiz dizer qual a solução correta para a resolução daquele caso, porém sem decidir fora do Direito, o que garante a segurança jurídica. Dworkin (2010) ainda se mostra bastante normativista, visto que coloca as decisões judiciais, ainda, dentro do ordenamento jurídico, porém em um claro deslocamento da importância do legislador, outrora bastante presente, para o papel do juiz e das decisões judiciais. Começou assim, no fim do século XX, uma mudança de paradigma dentro do que se entende por Direito, havendo uma transferência no olhar do cientista do Direito da Norma para as Decisões judiciais e, conseqüentemente, para o papel do juiz e da hermenêutica.

Assim, nessa nova roupagem do ordenamento jurídico, outorga-se ao juiz um maior papel dentro do Direito, em oposição ao papel de mero aplicador atribuído a ele pela hermenêutica tradicional. O juiz passa a ter o papel de preencher as lacunas, o que faz com que

as decisões judiciais ganhem um espaço maior dentro do universo jurídico. A jurisprudência – decisões judiciais – passa a auferir uma grande importância no estudo do Direito. Essa importância passa a ser percebida até nos livros de dogmática, na qual pouco se via a citação de jurisprudência e, contemporaneamente, o estudo da doutrina é aliado ao posicionamento dos tribunais, com citações de Súmulas Vinculantes, Acórdão entre outros. Esse processo foi consolidado, no Brasil, com a figura dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015².

Dessa forma, o modelo “oitocentista” de Código não se mostrou apto a solucionar as problemáticas que surgiram na sociedade no pós Primeira Guerra mundial, visto que esse modelo de código funcionava em uma sociedade liberal-burguesa, na qual as demandas em relação ao Estado ainda eram incipientes (ANDRADE, 1997). A sociedade atual muda em ritmo acelerado e demonstra-se claramente mais complexa que antigamente. Diversos assuntos que pouco chegavam ao Judiciário, atualmente, são comuns, como o casamento homoafetivo, a mudança de sexo, o aborto de anencefálos, ou mesmo questões relacionadas ao chamado ciberespaço (FERRAZ JÚNIOR, 2014). Altera-se substancialmente o quadro fenomenológico de observação do jurista.

Assim, observa-se não só o aumento significativo de demandas judiciais, mas também a complexidade dessas demandas. A própria função primordial do direito mudou que, no séc. XIX, era de pacificação social e, atualmente, é de solução de conflitos judiciais. Nesse contexto, “a atuação da jurisprudência seria fundamental para amoldar as concepções antiquadas de um Código à realidade” (MORATO, p. 110) Diante disso, não se pode negar que a preservação do código permite uma maior certeza do direito, porém, não se pode desconsiderar a função do juiz nesse novo paradigma jurídico. Andrade (1997) menciona que, depois de séculos de tradição jurídica, não se pode substituir uma figura por outra, ou seja, não se pode substituir a norma pelo juiz. Em vista disso, “o postulado de absoluta vinculação do juiz à lei, resultado das escolas juscientíficas surgidas à luz do ideário liberal-racionalista, foi posto em cheque a partir do reconhecimento do caráter criativo inerente da decisão judicial” (ABBUD, *online*)

A maior sistematização do direito trazido pela multiplicação dos códigos favoreceu a participação dos juízes, porém Andrade (1997. 158) não concorda que “um direito dos juízes seja preferível ao direito das leis”. Isso porque um direito judicial “acarretaria, para o

² Art.489, §1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

ordenamento jurídico, a adoção de uma visão corporativista e setorial, a ser estabelecida pela classe dos magistrados. Até porque, em um período de secularização, o magistrado não possui mais a legitimidade para se colocar acima de outros homens” (ANDRADE, 1997, p. 159). Essa é uma visão extremada de posicionamento em relação ao novo papel do juiz, porém, diante da discussão que será apresentada no capítulo seguinte, é pertinente a reflexão. Assim, exige-se, no novo paradigma, que se recupere a função de “engenharia construtiva” que outrora o jurista tomou para si na construção da Teoria do Direito.

Portanto, deve-se buscar uma harmonia entre a lei/norma/código na medida que essa desenvolve um papel de sistematizador e de segurança jurídica do ordenamento, visando impedir seu desmoronamento, e o importante papel do juiz “incumbido de dar vida aos princípios e cláusulas gerais, sentindo as solicitações que a sociedade apresenta” (ANDRADE, 1997, 159) Essa situação é balanceada por um terceiro elemento que não deve ser meramente exegético, mas que propicie condições para a realização da justiça, Ademais, para Andrade, cabe a dogmática jurídica uma recepção controlada de valores sociais no ordenamento para que a ciência do direito seja fonte de legitimidade para a jurisprudência, não sendo uma mera compilação de artigos sem efetividade, na qual ficará a cargo do juiz solucionar a defasagem.

Novamente, retornando ao campo hermenêutico, em sistemas abertos não cabe a teoria da interpretação, originária de Savigny, no qual só existem quatro elementos interpretativos que é o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, mas sim a teoria da argumentação, que pode utilizar vários outros argumentos, com os quais irá fundamentar decisões judiciais, à exemplo da garantia da segurança jurídica e da justiça (KAUFMANN; HASSEMER, 2002). O fato jurídico de surgimento dessa “técnica” demonstra que as ciências humanas não são imutáveis. Observar fenômenos sociais exige esforço e sensibilidade contínuo do jurista, para perceber e analisar as mudanças na sociedade, os novos fenômenos que surgem no progredir da humanidade.

Ferraz Júnior (1990) apresenta uma trajetória hermenêutica que a Ciência do Direito transcorreu, especialmente desde o século XIX, que demonstra a passagem da norma à decisão. No primeiro momento da obra, Ferraz Júnior apresenta o que ele chama de “dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação” e conclui a obra com o capítulo “dogmática da decisão ou teoria dogmática da argumentação jurídica”. Na nova teoria “a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta. A justificação da resposta constitui a questão da sua legitimidade.” (FERRAZ JUNIOR, 1990, p.283). É um procedimento dentro do processo e tem poder de vincular as partes. Assim,

“Não se trata de uma regra de interpretação, como se fosse dado ao interprete “corrigir” por um juízo de valor, o sentido da lei, mas sim um princípio de aplicação, que autoriza o decididor a aproveitar as nuances do caso concreto em confronto com o texto legal: é a decisão que deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, que sentido satisfaça a ambos é um pressuposto interpretativo do legislador”. (FERRAZ JUNIOR, 1990, p. 290)

Ferraz Junior (2006) afirma que o sentido por ele utilizado na construção da ciência jurídica é o chamado modelo empírico. “Por esse modelo, dissemos o pensamento jurídico constituir-se um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas” (FERRAZ JUNIOR, 2006, p. 87). Com isso, o pensamento jurídico é um pensamento tecnológico específico relacionados para a decidibilidade normativa de conflitos. Isso porque o fenômeno do direito vislumbra uma possibilidade de decisões capazes de evitar reações, requerendo uma metodologia própria. Para esse autor (2006, p. 102) “Esta metodologia própria consiste afinal em tratar o direito como um comportamento específico, caracterizado por um procedimento decisório regulado por normas”

Nessa concepção, o ponto de partida não é considerado a norma ou o ordenamento, mas os conflitos sociais relacionados à norma e, desse conflito, há uma série de caminhos possíveis previstos no próprio ordenamento, mas que podem extrapolar os limites da dogmática, indo para as áreas econômicas, políticas e sociais. Assim, a teoria jurídica não descreve os procedimentos que levam a decisão, mas a relevância normativa em termos de mais ou menos vinculantes de acordo com o endereçado da decisão. Desse modo, a Ciência jurídica passa a se preocupar com a exegese da norma no sentido de instrumento capazes de solução de conflitos possíveis.

Portanto, Larenz (1983, p.2) afirma que “surge o afastamento da posição largamente dominante de que o Direito seria quando não exclusivamente, pelo menos preponderantemente, identificável na lei”. Assim, as normas sofrem sua configuração definitiva somente após a concretização no processo contínuo da atividade jurisprudencial, não se esgotando o Direito apenas na aplicação da lei. Deve também o juiz recorrer a elas sempre que se adequem a situação de fato. Conclui-se que a decisão não substitui a importância da norma no ordenamento, o que modifica é o papel do juiz dentro desse novo paradigma que não deve proceder de forma discricionária ou arbitrária.

4 A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO NOVO PARADIGMA DA TEORIA DO DIREITO

Nesse novo contexto do fim do século XX e início do século XXI, houve uma ampliação do campo de atuação do intérprete, que, no paradigma superado, era meramente mecânico. No novo paradigma, o intérprete passou a ter um papel criativo e de fundamental importância na construção ou reconstrução do Direito ao proferir decisões judiciais, fazendo um esforço de seleção de normas e princípios e até mesmo valores na feitura das decisões judiciais. Nesse contexto, o olhar da Teoria do Direito se volta para o juiz e enfrenta o problema atual de como produzir decisões judiciais corretas. A Teoria do Direito se desdobraria em uma teoria da norma (e do ordenamento), uma teoria da interpretação e uma teoria da argumentação. Hermenêutica deixa de ser método para tornar-se teoria. Desse modo, se outrora era importante debater as “teorias da Norma”, nesse novo paradigma, passa a ser importante discutir a “teoria das Decisões Judiciais”, surgindo também diversas obras e doutrinas para discutir essa temática.

Assim, a lei, por muito tempo a principal fonte formal de criação do Direito, passa a dividir esse posto com as decisões judiciais, que, no Brasil, encontram-se nas Jurisprudências, nas Súmulas Vinculantes e entre outros, o que culminou com a figura dos precedentes do Novo Código de Processo Civil. Como já dito, na Escola Exegética não existia espaço para criação do juiz, não havendo, também, normas indeterminadas no ordenamento. Posteriormente, a atividade judicial passou a ter um papel criativo e discricionário, permitindo um maior desempenho do juiz. Essa nova mentalidade orientava o Realismo Jurídico, especialmente o norte-americano, animado pelo ceticismo normativo. Essa corrente de pensamento afirma que seria “uma visão em tese ingênua, “legalista”, de que os textos jurídicos seriam o determinante da decisão judicial” (COSTA; HORTA, 2015, p.279).

Da mesma forma que a “hipervalorização” do legislador levou a Escola Exegética, a “hipervalorização” do juiz está levando ao que, atualmente, tem-se chamado de “ativismo judicial”. Esse novo fenômeno, surgido justamente do papel mais proativo do juiz ao proferir decisões, faz com que o intérprete faça uma expansão interpretativa da norma, o que implica em uma maior participação do Poder Judiciário não só na concretização de direitos estabelecidos e não efetivados, mas também uma maior atuação desse poder em áreas reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Não obstante esse fenômeno, no momento pós Segunda Guerra Mundial, o modelo do positivismo jurídico era apontado como aquele que permitiu a existência de regimes totalitários, como o Nazista, supostamente apoiados em um ordenamento legal, o que levou a

movimentos em prol de direitos universais, como a Declaração dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, a implantação desses direitos nos ordenamentos com a roupagem de direitos fundamentais. Não obstante, Maia (2015, p.9) afirma que a experiência histórica dos Estados Totalitário, despertou, na segunda metade do século XX, um certo sentimento de fobia ante a figura do Estado, fazendo com que o Estado de Direito surgisse como um “projeto civilizatório viável, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista político”. Assim, uma das preocupações centrais desse modelo de organização é a efetividade de direitos, sendo o Poder Judiciário de relevante importância para essa efetivação, ante a algumas incapacidades do Estado nessa função.

Une-se a esse contexto, a presença do multiculturalismo, surgindo, no plano jurídico, diversos interesses individuais que, por vezes, entram em conflitos horizontais complexos que exigem um esforço do judiciário em solucioná-los ante, muitas vezes, a incapacidade do Legislativo.

Não é o objetivo desse trabalho fazer uma discussão a respeito dos direitos fundamentais, seus elementos caracterizadores, ou mesmo o seu desenvolvimento em gerações ou dimensões ao longo da história. Partiu-se do já consolidado sobre esses direitos, em especial o direito fundamental à saúde. Não obstante, também não é objetivo desse trabalho fazer debates a respeito das vertentes sobre o mínimo existencial e reserva do possível.

Apenas a título de contextualização sobre os direitos fundamentais, em 1789, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França. Esse texto reconhece direitos como a liberdade, a igualdade, a propriedade, a liberdade de religião entre outros. Esse texto francês diferia da *Bill of Rights* por não seguir a visão individualista da declaração inglesa e confiava na intervenção do legislador como representante do interesse geral. “Isso se torna claro no fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deferia estabelecer” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p.24).

Dimoulis (2009) aponta como um marco importante para pleno reconhecimento dos direitos fundamentais o chamado caso *Marbury vs. Madison*, na qual, nos Estados Unidos, em 1803, a Corte Suprema decidiu que o texto constitucional é superior a qualquer outro dispositivo legal, mesmo que seja uma lei federal. Surge a mentalidade de que a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo. Foi a partir desse caso que os juízes norte-americanos se tornaram não só garantidores da supremacia da constitucional, mas também dos direitos fundamentais contidos na nela, podendo declarar a inconstitucionalidade de toda lei que atentasse contra esses direitos.

Essa mentalidade foi um importante momento na história da construção do constitucionalismo e da dogmática dos direitos fundamentais. Isso porque o Poder Judiciário declarou-se competente para fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais, possuindo o poder de afastar leis votadas pela maioria dos representantes do povo, “o Judiciário deixou claro que o legislador ordinário não tem o poder de definir (e restringir) conforme sua decisão os direitos fundamentais. Pode e deve ser fiscalizado pelo Judiciário. Sendo suas decisões invalidadas em prol da proteção de indivíduos ou minorias” (DIMOULIS, 2009, p. 25).

Esse posicionamento da Suprema Corte gerou a necessidade da criação de uma dogmática dos direitos fundamentais, visto que, para que os juízes tenham condições de contrariar uma decisão do representante do povo, devem fundamentar suas decisões em critérios racionais, pois, sem esses critérios, pode-se tratar de uma decisão subjetiva ou mesmo arbitrária. A dogmática desses direitos serviria para explicitar os critérios de fiscalização dos atos do legislador (DIMOULIS, 2009). Inicia-se, nesse contexto, o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, sendo, para Dimoulis, os primeiros passos em direção da consolidação jurídica dos direitos fundamentais, assim como a elaboração dos critérios desse controle, que é feito por juízes. Bercovici (2008) tece uma crítica no sentido de esse controle de constitucionalidade seria uma usurpação de Poder do Poder Judiciário em relação às competências do Poder Legislativo.

No Brasil, alguns direitos fundamentais já se encontram na Constituição de 1824, apesar de ter sido esses direitos comprometidos pelo Poder Moderador. Um importante marco foi a Constituição de 1934 que incorpora alguns direitos sociais, assim como instrumentos como o Mandado de Segurança e a Ação Popular. Dimoulis (2009) aponta que, em relação a esses direitos fundamentais, a Constituição de 1988 se caracteriza pela pouca sistematicidade, havendo referências a esses direitos em diversas partes do texto constitucional, concentrando-se, especialmente, no Título II que trata “Do direitos e garantias fundamentais”.

Desse modo, há, no Brasil, o reconhecimento de direitos fundamentais no texto constitucional. Encontra-se, assim, no artigo 6º.³ da Constituição Federal de 1988 a consagração do direito a saúde com status de direito fundamental e, no seu artigo 196⁴, a possibilidade de o legislador infraconstitucional assegurar abstratamente esse direito, por meio de implementação

³Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴Art. 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 de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

de políticas públicas e diretrizes que orientam a administração para concretização desse direito. Esse direito tem caráter universal e encontra-se relacionado ao princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição, que representa regimes democráticos de direito respeitadores dos valores evidenciados no pós Segunda Guerra Mundial.

Dimoulis (2009, p.1) afirma haver grande proximidade entre direitos fundamentais e política. “Não se pode ignorar que foram impostos politicamente no meio de ferozes lutas, de revoluções, de guerras civis e de outros acontecimentos de ruptura”. A lista de pessoas que lutaram e reivindicaram direitos é muito extensa”. Para o autor, a análise da história de qualquer país relata a morte de inúmeros indivíduos em prol da liberdade e da igualdade. Assim, a evolução dos direitos fundamentais e suas garantias possuem características históricas.

Ademais, Dimoulis (2009) tece uma crítica sobre os direitos fundamentais no Brasil, ao afirmar que discutir sobre direitos fundamentais abre margem para apaixonadas discussões políticas, fundamentada, especialmente, no cunho retórico, baseado na exaltação dos direitos humanos e dos valores por ele expressos. Esses discursos são politicamente relevantes em tempos de autoritarismo, porém perdem sua utilidade quando os Estados consolidam suas estruturas liberais e democráticas. “É o caso do Brasil dos últimos 20 anos. Exposições que se limitem a celebrar a ideia dos direitos fundamentais, enumerando suas conquistas e as normas nacionais e internacionais que as positivaram não oferecem solução a problema algum” (DIMOULIS, 2009, p.16). Desse modo, exige-se uma visão crítica do jurista.

Não obstante, o autor afirma, ainda, que deve haver uma maior preocupação com o estudo dos direitos fundamentais, visto que estão esses direitos à disposição do legislador ordinário, ou a sua “boa vontade política”, podendo concretizá-lo livremente. A Supremacia da Constituição é justamente “estabelecer múltiplos e estritos limites ao legislador ordinário, “desconfiando” de seu poder que pode oprimir os indivíduos e os grupos minoritários” (DIMOULIS, 2009, p.17). O autor afirma que é responsabilidade da jurisprudência, em cooperação com a pesquisa jurídica, construir uma dogmática dos direitos fundamentais, visto seu caráter político. É do estudo da jurisprudência que deve se avaliar a legalidade e constitucionalidade de medidas, na qual se examinam questões relativas dos direitos fundamentais, objetivando elaborar uma metodologia e alcançar um consenso necessário à tutela da segurança jurídica.

O objetivo desse trabalho, portanto, é analisar o direito fundamental à saúde, previsto na Constituição de 1988, a sua contextualização na realidade brasileira e a forma como o judiciário, nesse universo voltado para as decisões judiciais, vem tratando sua aplicação e

efetivação desses direitos nos tribunais e observar algumas das possíveis consequências, tanto para a sociedade, como para Administração Pública.

Nesse viés, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 aponta a saúde como um dever do Estado, sendo a responsabilidade solidária entre todos os entes da federação, União, Estados Membros, Distrito Federal e Município na concretização desse direito. Já o artigo 198 traz ações para efetivação da saúde ao constituir uma rede regionalizada e organizada de forma hierárquica chamado de Sistema Único de Saúde (SUS), onde as diretrizes estão expressas no próprio texto constitucional. O artigo 200⁵ fixa as competências do SUS e a forma que a regulação infraconstitucional do sistema deve se estabelecer, o que originou as Leis Federais nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei Federal nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, ambas essenciais para o direito à saúde no Brasil. Essas duas leis ficaram conhecida como Lei Orgânica de Saúde (LOS) e complementam as disposições constitucionais no que se refere ao SUS, estabelecendo condições que assegurem o acesso universal e igualitário.

Além das normas constitucionais e das leis federais é importante mencionar as diretrizes no que se refere a estruturação do acesso à saúde no Brasil. Essas diretrizes estão previstas no artigo 198⁶ da Constituição Federal e prescrevem parâmetros que o Estado deve seguir para concretização do direito fundamental e universal à saúde. A primeira diretriz consta no artigo 198, inciso I, da Constituição, e refere-se à forma como serão divididas as obrigações dos entes federados no fornecimento desse serviço público. A Constituição priorizou a descentralização, dividindo a responsabilidade entre os três entes, restando competências também para os municípios, como forma de facilitar o acesso da população ao serviço.

Nesse contexto, a descentralização delimita a área de atuações dos entes federados para implementar os serviços necessários à efetivação da saúde. Uma outra diretriz, também prevista no artigo 198, é a hierarquização do SUS, na qual as complexas ações devem ser coordenadas de modo a serem potencializadas. Deve haver, portanto, uma regionalização, divisão por espaços geográficos, visando a fragmentação do atendimento. Essas duas diretrizes estão ligadas, pois a hierarquização informa que os atendimentos devem ser feitos de forma primária em ambiente locais e somente depois, caso seja necessário, acionar outra unidade do sistema. Assim, os princípios e diretrizes expressos na Constituição Federal servem de caminho

⁵Art. 200: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei.

⁶Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera do governo.

para a Administração Pública, de competência, originariamente, do Poder Executivo na estruturação do sistema de saúde brasileiro.

Essas diretrizes direcionam, por exemplo, a Política Nacional de Medicamentos (PNM), essencial para os serviços de assistência farmacêutica no Brasil, instituída pela Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998. A PNM faz uma listagem medicamentos essenciais e disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e de competência do Ministério da Saúde por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) que estabelece os produtos para o tratamento e controle da grande maioria de patologias do País, fornecendo listas Estaduais e Municipais. Ademais, há ainda o Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêutica (PCDT) na qual tem função de determinar critérios para o diagnóstico da doença e fazer a correspondência com o respectivo tratamento. Tanto o RENAME, como o PCDT são listagens complementares do sistema e servem para serem aplicadas ao caso concreto de forma conjunta.

Não obstante, para entender o contexto da saúde, no Brasil, é preciso analisar, além das normas e diretrizes, alguns conceitos que possuem especial relação com esse direito. Um desses conceitos é o mínimo existencial que é a necessária prestação do Poder Público em proporcionar condições materiais de uma existência digna aos cidadãos. É uma defesa do indivíduo frente ao Estado para que se tenha o mínimo essencial à sobrevivência digna. Esse conceito advém justamente do pós Segunda Guerra Mundial, que, atrelado à dignidade da pessoa humana, foi sendo gradativamente reconhecido na jurisprudência alemã (SARLET, 2008). Importante observar que a garantia do mínimo existencial não depende de previsão constitucional para sua observância, pois é essencial a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana. No Brasil, embora não exista uma consagração expressa, pode-se inferir esse conceito no artigo 170 da Constituição Federal, sendo uma das principais teses utilizadas pela Defensoria Pública da União quando ajuíza ações dos seus assistidos.

Importante mencionar também a reserva do possível em que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos (SILVA, *online*). Frequentemente, estão presentes nas teses de defesas da União quando há a judicialização do serviço público de saúde, na qual o Estado não possui recursos para cumprir as obrigações na implementação dos direitos sociais, sendo a face oposta do mínimo existencial. Esse conceito também foi edificado na Alemanha, em ação judicial que analisava a capacidade financeira e a insuficiência de vagas nos cursos de medicina nas faculdades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970.

Os estudantes que pretendiam ingressar no ensino superior público, alegaram que as restrições impostas iam de encontro ao direito fundamental à liberdade profissional que estava previsto na Lei Fundamental da Alemanha. (FALSARELLA, 2012). Ademais, a reserva

do possível não significa somente a limitação financeira do Estado, mas relaciona-se, igualmente, com o que seria razoável exigir como prestação do Estado, visto que o no sentido de que os direitos sociais não estão restritos somente aquilo que o indivíduo demanda de forma isolada, mas também ao que ele demanda de forma coletiva.

A realidade da saúde pública brasileira demonstra que o acesso universal à saúde não vem sendo garantido conforme previsto na legislação. Os programas de políticas públicas de saúde do governo, apesar de atingir uma grande parte da população, não vem conseguindo atender a toda a demanda da sociedade, havendo defasagens na sua de sua efetivação, pois, para essa efetivação, é preciso ações positivas do Estado. Uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2011, apontou que dos quatro primeiros meses daquele ano, haviam, no mínimo, 241 mil demandas judiciais da saúde ajuizadas. O estudo concluiu que a maior parte desse número se refere a pedidos para acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde, assim como vagas em hospitais públicos e ações contra planos privados.

O aumento dessas ações judiciais que tem por objeto o direito à saúde demonstram que os cidadãos estão buscando o Poder Judiciário para efetivação do seu direito fundamental. O que merece ser observado e que esse aumento, significativo e crescente, de ações judiciais, requerendo o direito universal à saúde, podem impactar o orçamento financeiro dos entes federativos e afetar o que as Leis Orçamentárias reservaram, naquele ano, para políticas públicas previamente estabelecidas. Assim, o fornecimento de medicamentos pela via judicial é problemático, pois, muitas vezes, essa interferência não leva em consideração protocolos existentes e impõe a realização de tratamentos, muitas vezes, onerosos, com grave impacto na programação anual para a saúde.

O portal do Tribunal de Contas da União (TCU)⁷ lançou a informação de que os gastos com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 266 milhões no ano de 2011, demonstrando o peso das decisões judiciais no contexto contemporâneo brasileiro. As diversas leis que compõem a ampla legislação sobre esses assuntos determinam qual serviço está disponível para a sociedade e qual ente é responsável pela sua concretização, havendo, além da Lei Orçamentária, toda uma formação de políticas públicas para montar e sustentar esse modelo de fornecimento.

Tal cumprimento desse serviço de saúde é de responsabilidade do Poder Legislativo, ao fazer as normas, atos e diretrizes, e do Poder Executivo que, de fato, fornece o

⁷TCU.Disponível:<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf. > Acessado em 24 de out 2017.

serviço. O Poder Judiciário, em tese, não tem papel ou função, dentro da Administração Pública, na concretização desse serviço, porém, nas demandas envolvendo saúde pública, decidem, na maioria dos casos, alheios a realidade enfrentada pelos outros dois entes, sem, de fato, ponderar a legislação do SUS, as Leis Orçamentárias e o impacto das decisões judiciais na sociedade como um todo.

Em resumo, as demandas são, basicamente, por medicamento presente na lista do SUS, mas em falta no posto de saúde; medicamentos não contidos na lista do SUS e, portanto, não fornecidos à população; tratamentos médicos e medicação sem liberação da ANVISA. Para determinar qual medicamento irá ser fornecido, de forma gratuita pelo SUS, a Administração Pública reúne uma comissão multidisciplinar de profissionais que decidirá sobre o custo benefício de disponibilizar determinada medicação, assim como a viabilidade do fornecimento. Os medicamentos em fase de testes e experimentos não constam nas listagens, pois seus resultados ainda não foram comprovados, podendo causar riscos à saúde humana. Também não consta nas listagens medicamentos que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (VIERA, 2010).

A grande demanda de ações judiciais ocorre, em grande parte, para conseguir que os entes federados forneçam medicamentos não disponibilizados pelo SUS, seja por não existir o medicamento em estoque, seja por o medicamento ainda estar em período de teste e não possui registro na ANVISA ou seja porque o medicamento não constar na lista dos essenciais. Não obstante, importante mencionar que os medicamentos de alto custo não receberam tratamento específico constitucional, havendo apenas a determinação de sua competência, constante no artigo 23 da CRFB/88, pormenorizada na Lei nº 8.080/90 e na Portaria 1.554 de 2013 do Ministério da Saúde.

Assim, com base nos números das pesquisas, conclui-se que a maior atuação do Poder Judiciário acarretou em dois fenômenos: a judicialização das políticas públicas de saúde e o ativismo judicial, devendo tais temas serem enfrentados pelos juristas na busca de soluções. Se considerar que Kelsen, na ausência de um objeto de estudo para a Ciência do Direito, fez um esforço para construir um modelo que pudesse atender as exigências do modelo científico do seu tempo, é possível dizer que hoje se exige um esforço semelhante do jurista contemporâneo no enfrentamento dos problemas do seu tempo, que são mais reais que ideais.

Na Escola da Exegese, não havia participação criativa do juiz. No século XXI, mesmo diante da infinidade de legislação, seja federal, seja estadual, seja municipal ou mesmo constitucional para regular o acesso ao serviço público de saúde no Brasil pelos cidadãos, ao chegar uma causa nos tribunais, o juiz decide de acordo com seus critérios, muitas vezes,

extrapolando os limites legais, o que pode afeta diversos setores da sociedade, visto que a temática envolve orçamento público e políticas públicas.

As ações, geralmente, são iniciadas pela Defensoria Pública da União que age representando algum cidadão que deseja pleitear um serviço de saúde. Devido a solidariedade dos entes da federação, nesses casos, é demandado no polo pacífico União, Estado e Município para que os três forneçam o pleiteado. Assim, em uma única ação, existe uma “máquina” jurídica funcionando à altos custos para manter o processo em andamento, ou seja, existe a estrutura da Defensoria, assim como as Procuradorias da União, do Estado e do Município, o que já é um ônus público. A situação se mostra tão caótica que, ao ajuizar essas ações, dependendo de qual vara, turma, foro ocorrer a distribuição do processo, a sentença pode mudar. Casos que apresentam situação fática semelhantes podem ter pedidos deferidos ou não a depender de qual vara vá julgá-lo. Não há uniformidade entre os juízes de primeiro e segundo grau.

Ademais, outro fato que merece atenção e que, apesar de o Governo ter diretrizes e regulamentos para disponibilizar um medicamento no SUS, na qual é testada por uma comissão multidisciplinar que analisa os efeitos do fármaco, assim como um estudo econômico-financeiro para verificar a viabilidade orçamentaria de disponibilização dos medicamentos, um único juiz, em nome da garantia a vida, defere o pedido e obriga a União a fornecer o medicamento ou tratamento, muitas vezes, de valores muito altos e não inclusos na lista do SUS.

Outro ponto importante dessa situação caótica é o fato de que um único juiz – considerando-se justiça de 1º grau – que pressupõe apenas ter conhecimentos jurídicos, ao decidir a favor do fornecimento do medicamento requerido, não só está decidindo contra toda a legislação vigente e contra toda a Administração Pública, em uma clara usurpação de poderes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, mas também julga contra um colegiado multidisciplinar que é o verdadeiro encarregado de decidir qual medicamento deve entrar listagem do SUS e ser disponibilizado para a população. Maia (2015) afirma que as decisões judiciais são, atualmente, objeto de interesse por parte dos estudiosos do Direito, justamente devido ao fato de que as fundamentações de decisões são diferentes daqueles discursos esperados para concretizar direitos estabelecidos na lei.

Apenas a título de enriquecimento do trabalho, sem adentrar nas discussões pertinentes, Maia (2015) demonstra a forma caótica que os tribunais tratam questões de conceitos, quando esses não estão expressos nem na lei e nem na Constituição, à exemplo das células tronco. Tais controvérsias judiciais, aponta a autora, vão além de aspectos econômicos

ou políticos, envolve determinação, pelo Judiciário, de conceitos sobre o humano, sobre a morte, sobre a sexualidade entre outros assuntos que chegam diariamente aos tribunais e demanda do Poder Judiciário um posicionamento.

Assim, é oportuno trazer a discussão que, na judicialização de casos envolvendo o serviço público de saúde, a atuação do judiciário adentra em competências não só do Poder Legislativo, como em alguns outros casos, mas também no Poder Executivo, representado pela administração pública. A teoria da Tripartição de Poderes de Montesquieu, em sua obra clássica, o *Espírito das Leis*, estipulou, e fora amplamente aceito pelo Direito, a separação dos poderes que determinam a existência de três funções típicas, exercidos por três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si.

Assim, um Poder não deve, como regra, adentrar na atuação do outro, pois violaria esse princípio e, por consequência, viola o estabelecido na Constituição. Nesse contexto, há a Teoria dos Freios e Contrapesos na qual convém mencionar que, apesar da separação, esses três poderes se comunicam e se completam, não sendo sistemas fechados, porém o intercâmbio entre eles precisa estar autorizado pela constituição. O próprio fornecimento do serviço público de saúde e as políticas públicas são exemplos claros do trabalho conjunto e harmônico do Poder Executivo e Legislativo.

Ferraz Júnior (1994) aponta que a separação dos poderes, aliado à mudança na postura de neutralização do Poder Judiciário, se deveram ao aumento da diversidade da sociedade e ao advento da sociedade tecnológica, que aumentou o nível de complexidade da vida humana, criando novas possibilidades de ação, amentando e acelerando a própria criação tecnológica, o que alterou o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos. Ademais, o homem não se volta mais para o passado, mas, sim, para o futuro, mexendo em valores máximos como a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, além do comportamento do Tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos pelo que fez, e que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer.

Não obstante, como dito, o Poder Executivo, representado pela Administração Pública, não vem conseguindo responder totalmente a universalidade da saúde. Nesse contexto de omissão, só resta recorrer ao Poder Judiciário para evitar lesão a direitos, em especial o direito fundamental a vida e a saúde. Importante mencionar o art.5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 o qual expressa a inafastabilidade do Poder Judiciário e sua obrigação de apresentar resposta para todas as demandas que chegam a sua jurisdição, o que acarreta, muitas vezes, o fenômeno da “judicialização da política”. Desse modo, algumas questões

de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e Poder Executivo. Em outras palavras, a judicialização da política representa a transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas no modo de participação da sociedade.

Isso leva ao questionamento da legitimidade democrática do juiz, visto que não são escolhidos pelo povo, não cabendo a eles a decisão sobre temas que merecem ser decididos pela sociedade ou pelo próprio poder público, à exemplo de onde aplicar os recursos públicos e quais medicamentos devem ser fornecidos à população. Para refutar tais argumentos, os defensores alegam que os Estados democráticos possuem uma parcela de poder político dedicada para agentes públicos com atuação majoritariamente técnica e imparcial, mesmo não sendo tais agentes escolhidos pela via eleitoral. Pontua-se, ainda, que o Estado constitucional une a imposição de limites ao poder e o respeito aos direitos fundamentais à soberania popular, devendo protegê-los, mesmo quando de encontro a escolhas dos democraticamente eleitos.

Percebe-se, portanto, que não há uma omissão, em relação a disposições legislativas, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, pois há leis e portarias que dispõem sobre como deve ocorrer a prestação pública do fornecimento de medicamentos, tratamentos e outros procedimentos para a população. Tais disposições, presumidamente, consideraram os recursos financeiros disponíveis e a demanda populacional existente, criando um sistema conexo entre os entes federativos para a correta implementação do direito fundamental à saúde.

Nem sempre há uma preocupação e análise do magistrado com os impactos orçamentários que a junção de diversas demandas específicas irá acarretar. É necessário que, ao decidir por efetivar um direito fundamental que ocasione elevados gastos financeiros, o juiz proceda com maior cautela. A atividade do Poder Judiciário, quando há um conjunto normativo elaborado pelos órgãos competentes para o funcionamento de um sistema, é de resguardar as opções formuladas, devendo intervir quando houver descumprimentos ou omissões.

A postura atuante do Poder Judiciário, porém, pode ser justificada na medida que está atrelada a necessidade de responder à população, que encontra, no Brasil, muitos dos seus direitos aquém de receberem prestações efetivas. Assim, nessa realidade, o judiciário atua mesmo sem atentar para as consequências que, em cenário macroscópico, irá causar. (VALLE, 2009, p. 117)

Já o ativismo judicial, fenômeno constante na sociedade contemporânea, nasce de uma crise de representatividade democrática que demanda a intervenção do Judiciário a fim de conter os abusos e principalmente as omissões dos outros poderes em um contexto histórico de aumento da complexidade das relações jurídico-sociais, de ruptura de paradigmas

constitucionais clássicos, com a constituição não somente possuindo mais força normativa, mas também recebendo o papel de implementação progressiva dos direitos fundamentais.

Atualmente, o que se nota é uma mudança no papel que o Poder Judiciário vem desempenhado, com a hiperinflação das funções do judiciário em razão da própria modificação do direito decorrente da nova fase constitucional vivida pela sociedade com muitas das questões privadas tornando-se questões públicas notadamente em face de seu caráter programático. O Estado assumiu, a partir de então, a função de agente transformador da realidade.

A intenção desse estudo não é fazer juízo de valor sobre se é certo ou errado deferir ou indeferir pedidos judiciais que envolvam o direito ao serviço público de saúde. O objetivo dessa pesquisa, repita-se, é analisar esse fenômeno jurídico de tão sensível percepção e chegar-se a um panorama da realidade da judicialização da saúde no Brasil, e, assim, poder pensar possíveis soluções que visem uniformizar entendimentos, tanto entre as varas federais de um mesmo Estado, como entre as varas de outros Entes Federados e a Defensoria Pública da União ou, pelo menos, tentar chegar à uma realidade mais palpável sobre a temática.

Continuando no fenômeno da judicialização do direito à saúde, é importante analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, em alguns momentos, opta pela audiência pública, pois, em um Estado Democrático de Direito, na qual a participação da sociedade é vista como essencial e qualificadora das decisões do Estado, a audiência pública agrega participação de diferentes setores interessados em torno do assunto em pauta, promovendo a diversidade de visões sobre o tema, muitas vezes conflitantes, na qual a sociedade é chamada a debater, amenizando a usurpação de poderes e produzindo decisões, de fato, democráticas.

Apenas para ilustrar o cenário da aplicação do direito fundamental à saúde, menciona-se a Audiência Pública nº 4/2009⁸ quando o Ministro Gilmar Mendes, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, ante a quantidade de ações sobre o tema, decidiu convocar a sobredita Audiência Pública, de acordo com o previsto no artigo 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF. Assim, o Ministro enfatizou a importância do momento para unir pensamentos e opiniões e chegar-se a uma conclusão.

Participaram dessa audiência 50 especialistas, entre profissionais da área de saúde, advogados, magistrados, professores, gestores e usuários do SUS. A audiência durou 6 dias e trouxe opiniões plurais para o debate. Essa união de profissionais de várias áreas para debater

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência pública nº 4, convocada em 05 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> Acesso em: 5 out. 2017.

sobre esse tema mostra-se mais racional do que a decisão de um único juiz quando um caso de saúde é ajuizado. É válido mencionar os questionamentos feitos pelo relator na abertura da sessão.

Uma questão de fundamental importância diz respeito à divisão de competências no SUS. Quais são as consequências práticas do reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde para a estrutura do Sistema e para as finanças públicas? Em relação à própria gestão do SUS e ao princípio da universalidade do Sistema, questionam-se se prescrições de medicamentos, subscritas por prestadores de serviços privados de saúde podem subsidiar as ações judiciais, ou se não se deveria exigir que a prescrição fosse de autoria de médico credenciado junto ao SUS e que o processo judicial fosse antecedido por pedido administrativo. São questionamentos que comumente se colocam. Quanto ao princípio da integralidade do Sistema, importa analisar as consequências do fornecimento de medicamentos e insumos sem registro na ANVISA, ou não indicados pelos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. Porque razão os medicamentos prescritos ainda não se encontram registrados? Haverá um descompasso entre as inovações da medicina e a elaboração dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas? Há realmente eficácia terapêutica nos medicamentos não padronizados que vêm sendo concedidos pelo Poder Judiciário? Esses medicamentos possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelos serviços públicos de saúde capazes de tratar adequadamente os pacientes? Há resistência terapêutica aos medicamentos padronizados? Por que, muitas vezes, os próprios profissionais de saúde do SUS orientam os pacientes a procurar o Poder Judiciário? São casos de omissão de política pública, de inadequação da política existente ou há outros interesses envolvidos? O estudo da legislação do SUS permitirá distinguir as demandas que envolvem o descumprimento de uma política pública de saúde, das demandas que buscam suprir uma omissão do gestor de saúde, e como isso pode interferir na atuação do Poder Judiciário.

Ante ao exposto, mostra-se como a aplicação do direito fundamental à saúde pelo Judiciário é bastante complexa e, muitas vezes, fica a critério do magistrado decidir. Pontua-se, ainda, nessa discussão que fora levada para a sobredita Audiência, à necessidade de registro prévio dos fármacos na ANVISA para ser passíveis de concessão para os cidadãos, ainda que pela via judicial. Procuradores dos entes federados alegaram que esse registro prévio tem necessariamente que ocorrer, pois não se deve colocar em risco a saúde do paciente. Já para médicos e cidadãos, o registro prévio poderia ser dispensado, sendo necessária a análise do caso em juízo. Porém, a análise do caso, em juízo, retoma toda a discussão outrora já feita, teria o magistrado competência para decidir? Leva-se em consideração, também, que as suas decisões viraram, no Código de Processo Civil de 2015, precedentes para outras decisões judiciais. Teria o primeiro magistrado mais competência que o segundo magistrado para decidir? Portanto, o debate é frutífero e requer uma especial atenção da Ciência do Direito, visto que o objeto dessas ações, antes mesmo do direito fundamental à saúde, é o direito fundamental à vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, tentou-se demonstrar a forma como o conhecimento humano sobre o que se entende por Direito se estruturou, enquanto ciência, ao longo da história. Primeiro, não havia distinção no estudo das ciências humanas e das ciências naturais. Porém, tal fato se modifica com o desenvolvimento científico das ciências das naturezas, tomando a física o lugar antes ocupado pela filosofia nas universidades medievais. A lógica, o cientificismo e o rigor metodológico das ciências da natureza tiveram uma brusca ascensão no século XIX e influenciaram a Ciência do Direito, em especial o filósofo Hans Kelsen.

Kelsen fez um esforço intelectual ao definir em um objeto e um método de análise para o Direito que pudesse dar-lhe autonomia, enquanto ciência, em relação com as outras áreas do conhecimento, apoiando-se na racionalidade das ciências da natureza. Ao montar sua teoria, ele faz o corte epistemológico da norma e a elege como objeto do conhecimento jurídico. Ademais, na pureza de sua teoria, afasta elementos metafísicos do estudo da Ciências do Direito. É com o seu modelo lógico que o positivismo chega ao ápice.

Porém, no período após a Segunda Guerra Mundial, o modelo de positivismo, especialmente sua vertente normativista e legalista entram em decadência, dando espaço a novas doutrinas que, em especial, discutem o papel do interprete no “fazer Direito”. Portanto, tentou-se demonstrar que houve uma mudança de paradigma no Direito, passando o olhar do cientista jurídico da norma para a decisão judicial. Essa passagem resta clara com o surgimento do chamado ativismo judicial, em que o juiz, muitas vezes, extrapola o texto legal.

Não obstante essa discussão, abordou-se a importância dos direitos fundamentais, assim como sua fez uma breve construção desse direito na história. Demonstrou-se que esses direitos são de observância obrigatória no novo modelo de constitucionalismo que surge substituindo o modelo de Códigos do século XIX.

Por fim, tentou-se demonstrar a forma como o direito fundamental à saúde, não somente nesse novo paradigma das decisões judiciais da teoria do direito, mas também no sistema que a Constituição Federal de 1988 montou para fornecer o serviço público de saúde, vem sendo efetivado no Brasil. Isso porque é um serviço que se propõe universal, mas que não supre a universalidade, o que leva a uma judicialização desse direito e, conseqüentemente, a um ativismo judicial, visto que, apesar de existir uma ampla legislação federal, estadual e municipal regulando esse serviço, muitas vezes, fica para o juiz o papel de efetivar esse direito no caso concreto.

Portanto, existe não somente o caos do embate entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo nos casos de judicialização da saúde, mas também a falta de uniformização no comportamento do judiciário nesses casos, restando-se, muitas vezes, aleatório a efetivação desse direito. É a observação desses fenômenos jurídicos que esse trabalho se propôs a fazer.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque. **O Problema da Vinculação à Lei na Interpretação Jurídica**. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/problema-vinculacao-lei-interpretacao-juridica>> Acessado em: 25 out 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Judicial: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. **Da Codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado – Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.31, n. 66, p.103, jul/dez. 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 03 out. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos em teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARLOS, Germano. **Por que a Física Precisa da Filosofia**. Disponível em: <<http://socientifica.com.br/2017/11/por-que-fisica-precisa-da-filosofia/>>. Acessado em: 15 nov. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo; HORTA, Ricardo de Lins. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: Por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. Revista Opinião Jurídica, UniChristus. Disponível em

<<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1387/470>>
Acessado em 12 set .2017.

COSTA, Dilvanir José. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DEL PINO, José Cláudio; MOURA, Paulo Rogério; SILVA, André Luís. **Ciência e Natureza em Heisenberg: reflexão à compreensão das ciências naturais**. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/CIENCIA%20E%20NATUREZA%20EM%20HEISENBERG%20REFLEXAO%20A%20COMPREENSAO%20DAS%20CIENCIAS%20NATURAIS..PDF>. Acessado em: 30 out 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência**. São Paulo: RT, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FALSARELLA, Christine. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2012. Tese (Mestrado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. >Acesso em:08 out. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. **Teoria da Norma**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista USP. n. 21. 1994. p. 16. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>> Acessado em: 25 out 2017.

HASSEMER, W.; KAUFMANN,A. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporânea**. Tradução António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamago. 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos do direito**. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Ordenamento Jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**. Dissertação (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009.

MAIA, Gretha Leite. **O Estado de Direito e Biopolítica**. Florianópolis: Conceito, 2015.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos Gregos aos Pós-Modernos**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. **O Direito como Ciência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Armado, 1979

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.24, jul. 2008. Disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. > Acesso em: 12 set. 2017.

SCHWARTZMAN, Simon. **Ciências naturais, Ciências Sociais e Humanidades**. Disponível em:< <http://www.schwartzman.org.br/simon/buzlios.pdf>. > Acessado em: 8 set. 2017.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Disponível em<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf.> Acessado em 08 de nov. de 2017

TCU. Disponível em:
<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf> Acessado em: 22 out 2017.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Assistência Farmacêutica no Sistema Público de Saúde no Brasil**. Revista Panamericana de Salud Pública, n.02, v. 27, fev. 2010. Disponível em: <

https://scielosp.org/scielo.php?pid=S1020-49892010000200010&script=sci_arttext >. Acesso em 11 out. 2017.