XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

LEONEL SEVERO ROCHA

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Leonel Severo Rocha; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-828-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Envolvendo TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

Iniciando os trabalhos, destaca-se o trabalho de Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva, denominado "Argumentação Jurídica de Alexy no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/STF.

O trabalho busca Identificar alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy no julgamento da ADI 481/DF, destacando elementos da teoria alexyana nos votos dos diferentes ministros do STF ao longo do referido julgamento. A pesquisa, nesse sentido, busca demonstrar a utilização e recepção da teoria da ponderação no Braisl por meio de um caso prático.

Na sequência, o texto de Renata Almeida da Costa, Germano Schwartz e Karen Lucia Bressane Rubim, denominado " A internet como sistema diferenciado e seu acoplamento estrutural com o Direito: uma análsie sociológica à luz de Niklas Luhmann" é vinculado à linha de pesquisa Direito e Sociedade, aplica a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann ao contexto da internet, apresentando a natureza sistêmica da internet, sustentando sua definição como um subsistema da sociedade mundial. Destaca-se, nesse sentido, por meio de uma perspectiva transdisciplinar , a formação de acoplamentos estruturais e da observação da seleção de novos elementos da internet ao sistema jurídico, com ênfase aos novos conceitos, próprios da internet, que passam a integrar a comunicação jurídica.

Os trabalhos seguem com a contribuição de João Luiz Martins Teixeira Soares, no texto "A liquidez do Direito Positivo e a (in)efetividade dos direitos de grupos vulneráveis."

Neste trabalho, o autor busca observar o Direito Positivo a partir das categorias de Baumann, destacando-se o conceito de modernidade líquida, como possibilidade de observação entre as diferentes matrizes epistemológicas do Direito. Com esse propósito, o autor transita entre as diferentes correntes do pensamento jurídico.

Dando seguimento, Leandro Martins, em seu texto “A relação entre Direito e Religião e suas implicações para o debate jurídico contemporâneo” faz uma abordagem da religião nos debates da esfera pública, apresentando as possíveis iterações e contrapontos na relação Direito, Religião e Política. Para além da crítica direta, o autor busca demonstrar não apenas o combate direto às abordagens religiosas sobre o Direito, mas também questiona sobre as possibilidades de contribuição que essa transdisciplinaridade pode contribuir ao pensamento jurídico.

De autoria do mesmo pesquisador, a sequência conta com a pesquisa “Tolerância em Pierre Bayle e sua pertinência para o período moderno e para o debate contemporâneo”

Por meio de um recorte histórico, o século XVII, o autor busca demonstrar e influência da obra de Pierre Baile no pensamento moderno, destacando sua influência nos trabalhos de John Locke e de Voltaire, elucidando sua contribuição para o pensamento jurídico, sobretudo a partir do conceito de tolerância.

O trabalho seguinte denomina-se “Análise da (In)constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 95/2016 sob a ótica kelseniana”.

Neste trabalho Eduardo Felipe Veronese analisa a Emenda Constitucional n° 95/2016, cuja discussão envolve a efetivação de direitos sociais, apontando o modo como o teto de gastos públicos determinado por referida emenda pode ser reconhecido como (in)constitucional sob esse posto de vista; e, de outro lado, o autor aponta como Kelsen destacaria a validez de referida norma a partir de aspectos internos do Direito.

Na sequência, no texto “Constitucionalismo Garantista: uma nova proposta teórica”, Willian Barreto Júnior e Sérgio Cademartori demonstram a dualidade entre constitucionalismo político e constitucionalismo jurídico, dando-se ênfase ao pensamento de Luigi Ferrajoli, apontando os 04 (quatro) postulados básicos do constitucionalismo garantista, que sustentam a relevância das garantias primárias e secundárias na aplicação de direitos fundamentais na Teoria do Direito no momento Pós-Segunda Guerra Mundial.

O texto subsequente denomina-se “Liberalismo, Marxismo e Conservadorismo: a influência das ideologias nas democracias liberais na distribuição dos direitos.”

Abordando as diferentes teorias econômicas, José Claudio Monteiro de Brito Filho faz uma análise das possíveis ideologias que influências a distribuição dos direitos nas democracias liberais. Para tal, aborda os principais autores clássicos vinculados a cada uma das referidas teorias, elencando a presença desses escritos em processos de distribuição dos direitos.

Ato contínuo, a pesquisa “Neoconstitucionalismo no Direito Animal: uma análise a partir do caso das búfalas de brotas” é apresentada no Livro.

Neste trabalho, Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva a abordagem neoconstitucionalista e o pensamento de Robert Alexy para observar o “caso das búfalas de brotas”, destacando a abordagem do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos vinculados aos direitos dos animais. A pesquisa, portanto, aponta as contradições do posicionamento da jurisdição constitucional brasileira em conceder a, após, regredir sua postura em relação a casos análogos envolvendo direitos dos animais.

Envolvendo elementos de Teoria do Direito, no texto “Non liquet: a exceção como forma de contingência para decisão, diferenciação funcional e desdobramento dos paradoxos do sistema jurídico”, a partir da matriz pragmático-sistêmica de abordagem do Direito, João Paulo Sales Pinto e Leonel Severo Rocha buscam enquadrar o conceito de “exceção” como integrante da comunicação jurídica, com uma abordagem que parte da concepção de tribunal como centro do sistema jurídico e avançam para concepções de paradoxo de decisão judicial no conceito organizacional. O non liquet, nesse sentido, representa a obrigatoriedade da decisão no Sistema do Direito. Por meio desse conceito os autores abordam os desdobramentos paradoxais do Sistema do Direito.

A sequência do texto conta com a pesquisa “O papel da dogmática jurídica: variedade doutrinária e segurança jurídica”,

Neste trabalho, Marcelo Antonio Theodoro Daiane Sabbag David França abordam os traços do sincretismo metodológico utilizado para a observação da dogmática jurídica atualmente. Nesse sentido, diferenciam dogmática e zetética jurídica, apontando a relevância dessa diferenciação para o âmbito da aplicação, sobretudo na perspectiva de aplicação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais.

A pesquisa subsequente é denominada “Quem simpatiza com o vilão? Acesso à justiça, inclusão e exclusão nos casos de júris midiáticos e a (im)parcialidade do julgador.”

Lucas Manito Kafer Renata Almeida da Costa, articulando a concepção de tribunal como centro do Sistema do Direito, em Niklas Luhmann, com a competência de decidir nos casos direcionados ao tribunal do júri. Nesse sentido, além de destacar e função dos jurados nesses casos, os autores também demonstram os ruídos oriundos dos meios de comunicação de massa em casos destacados pela mídia.

Dando sequência aos trabalhos, há o texto "Uma Crítica à Teoria Geral do Direito sob o prisma da Filosofia e da Sociologia Jurídicas", de João Luiz Martins Teixeira Soares

Por meio da Filosofia do Direito, sobretudo da abordagem de Mascaro, o autor propõe uma crítica à Teoria do Direito. Nesse aspecto, diferencia as categorias de Filosofia e Direito, de modo a separar a Filosofia Geral das abordagens filosóficas sobre o Direito. A categoria "Direito", segundo essa abordagem, reduziria o jurista a um tecnicista. De outro modo, a Sociologia do Direito possibilitaria uma observação mais ampla, permitindo destacar a influência das relações de poder no fenômeno jurídico.

A análise subsequente denomina-se "Warat e o Anel para todos governar."

Neste trabalho, Leonel Severo Rocha e Pedro Ernesto Neubarth buscam analisar duas metáforas do poder (o anel e Luís Alberto Warat) a partir da em encontro entre a literatura contemporânea e Luís Alberto Warat.

O presente livro, portanto, representa um relevante passo na consolidação das áreas de TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO junto ao CONPEDI.

Composto por relevantes textos, todos com pesquisas inéditas e em nível de pós-graduação, trata-se de uma coletânea que representa a seriedade e dedicação dos pesquisadores envolvidos na referida temática, tendo todos os textos sido debatidos e acrescidos das relevantes contribuições dos doutores Leonel Severo Rocha, Sérgio Urquhart de Cademartori e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016 SOB A ÓTICA KELSENIANA

ANALYSIS OF THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 95/2016 UNDER THE KELSENIAN PERSPECTIVE

Eduardo Felipe Veronese [1]

Resumo

O presente trabalho apresenta uma análise acerca da (in)constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 95/2016 a partir da ótica kelseniana. Para tanto, realizar-se-á uma abordagem sobre a teoria kelseniana do direito, analisando especialmente o posicionamento do autor sobre a necessária pureza da ciência do direito, afastando-a de fatores externos que podem comprometer o resultado do processo. A partir desse conceito, passa-se à análise do conteúdo da referida emenda constitucional, bem como de suas possíveis consequências práticas não apenas aos titulares dos direitos abrangidos pela norma, mas também em relação ao próprio Estado. Ao final, será apresentado o posicionamento no sentido de que, apesar da possibilidade de discussão, em diversos cenários, sobre a justiça social decorrente da Emenda Constitucional n° 95/2016, pela ótica que se propõe a presente pesquisa esse debate se mostra inviável, sendo imperiosa a declaração de constitucionalidade da norma, face à sua conformação ao sistema mediante o cumprimento dos requisitos para a validade da norma, de modo que a análise das consequências práticas da norma escapa ao campo da ciência do direito e pela teoria pura não consegue ser enfrentado.

Palavras-chave: Kelsen, Constitucionalidade, Emenda constitucional n° 95/2016, Validade, Justiça

Abstract/Resumen/Résumé

This paper presents an analysis of the (un)constitutionality of Constitutional Amendment No. 95/2016 from a Kelsenian perspective. To do so, an approach will be taken on Kelsen's theory of law, especially analyzing the author's position on the necessary purity of the science of law, keeping it away from external factors that may compromise the outcome of the process. Based on this concept, the content of the aforementioned constitutional amendment is analyzed, as well as its possible practical consequences not only for the holders of rights covered by the norm, but also in relation to the State itself. At the end, the position will be presented in the sense that, despite the possibility of discussion, in various scenarios, on social justice resulting from Constitutional Amendment No. 95/2016, from the perspective proposed in this research, this debate is unviable the declaration of constitutionality of the norm being imperative, in view of its conformation to the system through the fulfillment of the requirements for the validity of the norm, so that the analysis of

[1] Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA).

the practical consequences of the norm escapes the field of the science of law and by pure theory cannot be faced.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kelsen, Constitutionality, Constitutional amendment no. 95/2016, Validity, Justice

1. INTRODUÇÃO

A obra de Hans Kelsen foi influenciada por diversos pensadores, fazendo com que, inclusive, tivesse uma abordagem por partes, conforme o momento histórico e as fontes por ele utilizadas, modificando a sua abordagem e concepção em alguns momentos.

O realismo jurídico desenvolvido por Kelsen em sua obra foi objeto de diversas críticas, especialmente por se afastar da análise das diversas situações que podem estar relacionadas à norma e aos fatos. Além disso, Kelsen também viu a sua teoria sendo ainda mais enfraquecida no período pós 2ª Guerra Mundial, considerando a revalorização do pensamento jurídico baseado nos direitos e garantias fundamentais, assim como nos direitos humanos.

Não apenas a própria fundamentação da teoria desenvolvida por Kelsen sofreu críticas e resistência em relação à sua aceitação, mas também Kelsen sofreu com as consequências do momento histórico vivido, especialmente frente às demandas sociais, que reivindicavam uma atuação estatal mais próxima das necessidades da população, fazendo com que, assim, restasse questionável a aplicação de uma teoria pura, mas influenciada por fatores externos.

Apesar das críticas existentes à doutrina desenvolvida por Hans Kelsen, não apenas naquele momento, mas até os dias atuais, fato é que se trata de teoria capaz de vencer o lapso temporal decorrido desde a sua criação e permanecer ainda sendo objeto de profunda análise e base para diversos estudos.

A Constituição, para Hans Kelsen, é o fundamento jurídico de organização do Estado, tratando-se da regra para a criação das demais normas jurídicas essências do Estado, da determinação dos órgãos e também do procedimento de legislação. É a partir desse aspecto que o presente artigo se propõe a verificar, baseando-se na teoria kelseniana, se a Emenda Constitucional n° 95/2016 pode ou não ser considerada inconstitucional.

A Emenda Constitucional n° 95/16, que estabelece o limite de despesas primárias pelo Estado durante o período de 20 anos a contar da sua entrada em vigor, produzirá seus efeitos até o ano de 2036, momento a partir do qual ocorrerá o retorno ao conteúdo da norma constitucional anteriormente vigente.

Em termos práticos, é possível discutir os impactos proporcionados pela Emenda Constitucional n° 95/16 em relação ao cumprimento, pelo Estado, em relação às prestações positivas para a satisfação do direito à saúde, analisando as possíveis consequências oriundas desta escolha produzida pelo constituinte derivado, que proporcionou impactos em relação às escolhas alocativas da Administração Pública.

Entretanto, a questão posta e que se objetiva investigar é: as possíveis consequências práticas da Emenda Constitucional n° 95/2016 poderiam ensejar, a partir da ótica kelseniana,

uma declaração de inconstitucionalidade da referida norma? Na busca pela possível resposta ao problema será utilizado o método dedutivo, baseando-se na análise doutrinária e vinculando-a ao caso concreto.

2. A TEORIA KELSENIANA DO DIREITO

O objetivo central da obra de Hans Kelsen é construir uma definição do Direito. Kelsen o entende o Direito como uma ciência social livre de quaisquer laços ideológicos, de modo que a teoria do estudo do direito deve ser "pura". Filósofos anteriores não se dedicaram ao estudo da teoria do Direito de forma única, mas sempre compartilhando seus fundamentos com outros campos como economia, política e ética. Entretanto, Kelsen procura tratar de uma ciência jurídica autônoma. O foco é, portanto, o direito positivo, a norma posta e não o direito natural, que seria uma ordem natural e perfeita, "razão pura".

A partir desse pressuposto, Kelsen distingue o Direito de justiça, explicando que esta última seria um problema valorativo exterior à teoria do Direito, limitando à análise do direito positivo como realidade jurídica. Aduz que as normas jurídicas positivadas não têm a preocupação de serem justas, visto que elas são mandamentos, "sentidos de dever ser", ordens emanadas do Estado aos sujeitos e de observância obrigatória, sob pena de sofrer uma sanção. Até porque as normas podem ser justas para alguns e injustas para outros. A teoria do direito, de forma pura, é aquela desligada de qualquer consideração ideológica, não cabe analisar a norma jurídica a partir do conceito de justiça.

As sanções são consequências tanto do cumprimento como do descumprimento das normas. Podem ser premiais, que congratulam o sujeito pelo cumprimento adequado de determinada norma, ou penalizadoras, que estabelecem castigos para o descumprimento da previsão normativa. Para o autor, é justamente a sanção que diferencia as normas jurídicas das demais. Não que outras normas, de natureza religiosa, ética ou política não causem sanções ao seu descumprimento, mas as normas jurídicas trazem uma sanção não transcendental, que produz efeitos na realidade e não num mundo ideal. Daí exsurge outra importante atuação do Estado, que, além de produzir as normas jurídicas, detém o monopólio da aplicação das sanções. (KELSEN, 1989)

Em relação ao papel do Estado, Kelsen entende que seria o de estabelecer as normas jurídicas dentro de limites formais e materiais, buscando garantir que elas não fiquem dependentes das noções de justiça e moral, que são dinâmicas. Estado e Direito são fontes de coação, uma vez que se encontram na interpretação da norma. O sistema interpretativo decorre

do princípio da imputação, que transforma fatos em normas: Kelsen prevê as normas jurídicas como juízos hipotéticos, ao qual se encaixaria um fato material condicionante. (KELSEN, 1992)

Um fato natural somente se torna um fato jurídico quando relacionado a um sentido específico decorrente da interpretação da norma jurídica posta. O fato por si só é determinado pela lei da causalidade, da natureza, não sendo, portanto, jurídico. O Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, é um sistema de normas que visa regular o comportamento humano.

Por tal razão, é importante destacar o aspecto volitivo da norma jurídica, ao passo que ela estabelece um "dever ser", atribuindo o poder de realizar determinado ato ao sujeito. Além disso, a norma não pode ser entendida como decorrente da natureza, mas de um ato volitivo humano, do Parlamento ou Legislador. Assim, a norma origina-se de um ato de vontade. Uma vez criadas, as normas passam a ter existência própria. As normas não podem derivar da razão humana, mas da vontade humana, passando a ser exigíveis com a sua positivação. Por isso, as normas jurídicas diferem-se das normas da moral. (KELSEN, 1998)

Para Kelsen, a ciência do direito é uma estrutura simples de coerção, um sistema organizado hierarquicamente, composto por normas que decorrem do poder do Estado e não da moral, que devem ser respeitadas, sob pena de serem impostas sanções.

Após tratar das relações do Direito com a natureza, com a moral e a ciência, a Teoria Pura do Direito se divide na análise da estática e da dinâmica jurídicas. A estática se dedica ao estudo de conceitos e normas em sua estrutura. A dinâmica, por outro lado, visa analisar a interação entre as normas no mundo jurídico, especialmente com a criação de novas normas e sua compatibilidade com o sistema posto. (KELSEN, 1998)

A estrutura e organização das normas jurídicas para Kelsen se dão de forma piramidal e hierárquica. Destaca que existem normas superiores e inferiores, a partir de sua generalidade. No ápice da pirâmide normativa do Estado, encontra-se a Constituição, que tem também a função de ser fundamento de validade de todas as demais normas do sistema. Todas as normas devem estar de acordo com o sentido da Constituição, sob pena de serem inválidas e não poderem produzir efeitos no mundo jurídico. Nesse esquema de validade piramidal, as normas são, na verdade, atos de aplicação da norma fundamental, do mais genérico ao mais específico.

> [s]e o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo

> este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. [...] Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (Grundnorm). Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade – sem sentido objetivo – da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade. (KELSEN, 1998, p. 9)

A norma jurídica possui um sentido objetivo que decorre justamente do fato de ter por fundamento de validade uma norma posta e não a vontade subjetiva de alguém. Acima da Constituição, existe uma norma hipotética fundamental, que tem por função o fechamento do sistema. Para Kelsen, não se pode prosseguir indefinidamente em busca de uma razão da validade da norma. Assim, em última análise, a validade de todas as normas se encontra em uma norma cuja existência se presume. Ou seja, é uma norma pressuposta e não posta, é um pressuposto epistemológico de validade do ordenamento jurídico, que busca afastar o direito de conceitos metafísicos, a fim de estabelecer uma ciência jurídica pura.

A validade da norma depende da observância de critérios previstos previamente no ordenamento jurídico. Para Kelsen, a validade da norma também depende de sua eficácia, ou seja, à observância do princípio da efetividade, que depende da integração com o ordenamento. A norma é um dever derivado de outro dever, fazendo com que a norma fundamental funcione como um pressuposto formal de validade da norma, independentemente do conteúdo dessa.

> "Norma" é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na

> hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. (KELSEN, 1998, p. 6)

Para o desenvolvimento de sua teoria, Kelsen toma por base a dicotomia entre Sein e Sollen, opondo valor e realidade, moralidade e natureza. Kelsen acaba tomando o "dever" como a expressão da autonomia do Direito em distinção ao "ser" social que pode ser compreendido "sociologicamente". (SERBENA, 2022)

No que tange à interpretação das normas jurídicas, Kelsen entende haver uma parcela de liberdade na apreciação da norma pelo aplicador do direito. Assim, não haveria apenas uma única resposta correta para cada caso. Uma decisão judicial fundamentada na lei estaria seguindo o molde da norma geral, mas que haveria várias possibilidades de entendimento. Indicar qual seria a resposta correta não seria problema da ciência do Direito, mas da política do Direito.

Para Kelsen, a vinculação do legislador à norma é muito menor que a do julgador. Assim, entende a aplicação do direito como uma conduta voluntária do sujeito, que, em uma interpretação cognoscitiva (operação de conhecimento) escolhe uma dentre as possibilidades dadas pela norma jurídica. A interpretação pelo órgão aplicador cria Direito para aquele caso concreto e para todos os casos iguais.

Na teoria de Kelsen há uma distinção entre interpretação autêntica e não autêntica. Autêntica é a interpretação realizada por órgãos competentes para aplicar o Direito, que não somente aplica uma das hipóteses reveladas pela interpretação da norma, mas pode produzir uma norma completamente fora da moldura da norma aplicada. Kelsen explica que tal interpretação é aceita pela jurisprudência dos valores, mas é repudiada pela Teoria Pura do Direito.

A interpretação pela ciência jurídica é diferente daquela realizada pelos órgãos jurídicos, não podendo constituir criação de norma. Tal interpretação é também incapaz de suprir as lacunas do direito. Porém, explica o autor que a função de suprir as lacunas não é do aplicador da norma, mas do criador do Direito (legislador).

A interpretação pela ciência jurídica deve apenas estabelecer as possíveis significações da norma jurídica. A escolha entre as opções é sempre política jurídica e não ciência. Deve-se afastar a ideia de que haveria apenas uma interpretação correta, uma ficção do sentido único.

Kelsen aprofunda a análise, em sua obra, apontando que a interpretação científica, capaz de demonstrar a inexistência de apenas uma resposta correta serve para demonstrar ao legislador que ele se encontra distante da exigência técnica da formulação de normas jurídicas inequívocas. Assim, defende que a formulação das normas busque a redução da pluralidade de significações ao mínimo, a fim de obter uma maior segurança jurídica.

Em suma, o sistema da teoria pura do direito é positivista e, por tal razão, não comporta análise a partir da moral, de uma lei natural ou de um direito natural. Também não deve analisar se a lei é justa ou injusta. O objeto da teoria pura é verificar se a norma jurídica está de acordo com a norma superior hierárquica numa cadeia sucessória. Se ela é válida, deve ser aplicada.

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016 E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

Em decorrência do conteúdo da Emenda Constitucional n° 95/2016, que instituiu o "Novo Regime Fiscal" para vigorar por 20 anos, houve considerável redução dos recursos previstos no orçamento público para a implementação de ações com vistas à promoção de direitos fundamentais, como o direito à saúde.

Por essa razão, faz-se necessário analisar, no contexto da promoção, pelo Estado, dos direitos fundamentais, principalmente no tocante ao direito prestacional à saúde, se e em que medida o conteúdo da Emenda Constitucional n° 95 se apresenta condizente com o sistema jurídico constitucional brasileiro.

Conforme disposto no artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para cada exercício haverá limite individualizado para despesas primárias, correspondentes ao montante da despesa total antes do pagamento dos juros da dívida. Com isso, resta vedado o aumento real do limite de despesa, possibilitando apenas aumento nominal.

Isso faz com que não seja possível, até o término do período de vigência do "Novo Regime Fiscal", o crescimento de despesas totais e reais do governo que estejam acima da inflação. Mesmo que ocorra crescimento econômico, com melhoras nas condições financeiras do país como um todo, ainda assim restará o Estado impossibilitado de realizar maior distribuição de recursos a diversas áreas, inclusive para a concretização de políticas prestacionais de direito à saúde.

A possibilidade de aumento de investimentos em alguma área abarcada pela Emenda Constitucional n° 95/2016 fica vinculada a ajuste em outra área. Ou seja, para aumentar o investimento de uma área, faz-se necessário corte, na mesma proporção, em outra área. A consequência dessa medida é que restam desconsideradas as taxas de crescimento econômico e também demográficas pelos 20 anos subsequentes à entrada em vigor da EC 95/2016, situação que poderá resultar no sucateamento das políticas sociais, comprometendo a qualidade de vida da população brasileira.

O conteúdo da Emenda Constitucional n° 95/2016 acabou por colocar em risco a satisfação do projeto constituinte de 1988, visto impedir os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos. Ao mesmo tempo, retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento e de cada cidadão o direito de escolher, nas eleições, o programa de governo a partir das propostas orçamentárias.

A prioridade estabelecida quando do pacto fundante correspondia à promoção democrática dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, objetivando uma cidadania inclusiva e ativa. Nesse cenário restou instituído o regime de vinculação de recursos obrigatórios às prestações pelo Estado em áreas como a saúde pública, mostrando-se um exitoso instrumento de efetividade de direitos.

Porém, pela Emenda Constitucional n° 95/2016 ocorre a inversão do piso para o teto, além de desvincular os investimentos mínimos e resultar no perecimento das noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento de direitos fundamentais. Ao menos em tese, a partir da análise do texto constitucional, a salvaguarda da saúde dos cidadãos deve ser prioridade nos orçamentos públicos, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social.

Tem-se, então, a necessidade de análise acerca dos direitos fundamentais impactados pela EC 95/2016, especialmente o direito à saúde, como ocorre a sua concretização e os seus respectivos limites. Nesse passo, as restrições a direitos fundamentais, aqui especialmente em relação ao direito à saúde, não poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial desse direito. A amplitude conferida aos direitos fundamentais na Constituição reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos.

Da análise dos direitos individuais é possível extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição, sendo que as restrições possivelmente aplicáveis são limitadas. Os limites imanentes ou “limites dos limites”, postos nesse sentido, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito

fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais, aqui representado pelo direito social à saúde, está atrelado ao mínimo necessário para uma existência condigna. A garantia desse mínimo, em forma de proteção à dignidade da pessoa humana, justifica a existência de uma reserva última de eficácia sob a forma de um direito fundamental autônomo.

A questão posta, então, é a análise da existência ou não de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n° 95/2016 face ao possível retrocesso social e proteção insuficiente dos direitos prestacionais, como o direito à saúde, sendo no presente caso a análise acerca da (in)constitucionalidade realizada a partir da ótica da teoria desenvolvida por Hans Kelsen.

A modificação da norma constitucional, mediante a edição da EC 95/2016 pode vir a impossibilitar a manutenção dos investimentos mínimos na área de saúde, sendo que a fixação de teto de despesas pode resultar não apenas em retrocesso social, mas também em proteção insuficiente, visto que o direito prestacional à saúde, com base no conteúdo da EC 86 não se mostrava bastante ao atendimento das necessidades básicas.

No tocante à proibição de retrocesso, o que se apresenta em debate não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a drástica diminuição das prestações sociais já disponibilizadas mediante a implementação de políticas públicas, sendo discutível, por consequência, a possibilidade de exclusão abruptamente das considerações sobre o quanto integram o conteúdo essencial do direito.

É nesse sentido que, segundo Canotilho, o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito social previsto na Constituição se perfaz em direito de defesa face à supressão ou restrição arbitrária e desproporcional, especialmente se não houver outro mecanismo hábil para assegurar tal conteúdo essencial.

O aumento do custo para a manutenção da prestação e a impossibilidade de aumento de investimento na área da saúde podem resultar na proteção insuficiente, pois possivelmente a tentativa de proteção restará abaixo do mínimo, fomentando ainda mais o debate acerca do dever de efetivação progressiva dos direitos fundamentais sociais que o Estado possui, se há ou não uma contrariedade à sistemática constitucional.

Mostra-se relevante, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, que deve atuar como norteador da atuação do Estado e também dos particulares, objetivando ao mesmo tempo impedir a ocorrência de excesso e também de insuficiência, bem como servindo de parâmetro necessário de controle dos atos em relação à vinculação ao dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição de países como Portugal e Espanha ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

No Brasil, no entanto, não foi contemplado na Constituição qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, nos termos do seu artigo 60, § 4º, IV.

A expressão tendente a abolir tem por escopo ser definidora acerca da existência ou não de ofensa à cláusula pétrea. Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que abolir a essência protetora dos direitos sociais estará eivada de inconstitucionalidade, por afrontar diretamente direitos e garantias individuais, correspondentes a cláusula pétrea, pois correspondem ao espírito e natureza do ordenamento maior.

Em relação à concretização dos direitos sociais, a satisfação das demandas da coletividade equivale a disponibilização de acesso a direitos fundamentais individuais do homem, tanto que, uma vez realizados, compõem um núcleo que perfaz a essência da dignidade humana.

A demanda cresce diariamente, no entanto os recursos destinados ao seu atendimento não poderão superar o teto de investimentos previamente estabelecido. A mera correção dos limites estabelecidos pela EC 95, a partir da inflação do país, não acrescentará recursos, eventualmente não sendo suficiente para repor as perdas, deixando de acompanhar o crescimento populacional, os custos com medicamentos, profissionais, matérias primas, insumos e tantos outros custos necessários à manutenção dos serviços de saúde.

A relativização da força normativa dos direitos fundamentais que vem implicada no reconhecimento da referida reserva geral imanente dos direitos fundamentais não pode significar o seu esvaziamento ou entrega aos poderes constituídos. Sendo certo que a ausência de reservas de limitação expressamente apostas a uma norma de direito fundamental não é critério suficiente de conclusão pela sua ilimitabilidade, é, todavia, necessário apurar, independentemente de haver ou não previsão constitucional expressa de restrição, em que casos terá já o legislador constituinte, e em que medida, conferido uma proteção absoluta, definitiva, aos direitos fundamentais.

Considerando, portanto, que a redução do orçamento direcionado à saúde poderá resultar na supressão de atendimento, em violação a direitos sociais, estar-se-ia diante de norma

potencialmente inconstitucional, afrontando o princípio da vedação ao retrocesso, elevado pela Constituição à condição de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4°.

Portanto, a adoção do Novo Regime Fiscal, alterando as previsões constitucionais acerca do orçamento público destinado a diversas áreas, inclusive na saúde, passando do mínimo ao máximo possível de investimentos em cada setor, estabelece uma restrição, que pode ser desproporcional ou não, ao direito fundamental à saúde.

Diversos são os fatores que constantemente proporcionam o aumento da necessidade de investimento na área da saúde, como o crescimento populacional, os custos com medicamentos, profissionais, matérias primas, insumos, entre tantos outros. Entretanto, os valores máximos que poderão ser destinados à área da saúde não serão elevados na mesma proporção que a demanda.

Por mais que a EC 95 não tenha expressamente asseverado que o direito à saúde foi abolido da Constituição, considerando que os investimentos destinados à promoção do direito à saúde, antes da entrada em vigor da EC 95, eram evidentemente insuficientes aos anseios existentes na Constituição, o estabelecimento de teto para os investimentos na área da saúde poderá resultar em menor atenção pelo Estado às demandas dos cidadãos e, por consequência, em menor cumprimento dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Desse modo, o conteúdo da Emenda Constitucional n° 95/2016 demanda aprofundada investigação acerca da sua (in)constitucionalidade, havendo a possibilidade de ser compreendida como tendente a abolir direitos fundamentais, sendo no presente estudo a análise voltada ao direito social à saúde, visto que a restrição ao direito fundamental pode afetar o conteúdo essencial do direito.

4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95/2016 A PARTIR DA ÓTICA KELSENIANA

A análise acerca da (in)constitucionalidade acarreta a possibilidade de adoção de distintas correntes de pensamento, que conduzirão aos mais diversos resultados para a definição da forma como os tribunais, neste caso o brasileiro, deve se posicionar frente à EC 95/2016.

Para os realistas, o papel que os tribunais dos Estados Unidos assumem ao monitorar a forma e o conteúdo das legislações, o que muitas vezes acarreta na criação de um novo direito seria, como definido por Herbert Hart, “Pesadelo”, pois os tribunais ao criar direito, estariam indo além do que os demandantes buscam, que seria a mera aplicação do direito já existente. (HART, 2010)

Ademais, ao criarem um novo direito, os tribunais estariam usurpando poder do Legislativo. Em contraponto, na perspectiva do "Nobre Sonho" definido por Hart, a atuação de tais tribunais se dá de modo a atender à expectativa das partes, em aplicar o direito existente, mesmo quando ele pareça não apontar a uma decisão determinada. Nesse ponto de vista, os tribunais não estariam criando direito.

Dentre os "sonhadores", Hart cita Dworkin, para quem os juízes não podem legislar, entendendo que o juiz somente pode dizer o que a lei é diante da decisão a ser tomada. Na visão de Dworkin, sempre há uma solução prévia a todos os casos. Para Hart, o "Nobre Sonho" de Dworkin funda-se na ideia que as partes teriam direito de receber uma (única) resposta correta, mesmo em casos de incompletude ou indeterminação. Também, Hart acusa Dworkin de afastar o utilitarismo, mesmo em casos em que os juízes podem e devem considerar a utilidade geral, pois entende que os tribunais não poderiam entrar nesse campo. Na concepção hartiana, tanto a visão de "Pesadelo" como a de "Nobre Sonho" são meras ilusões, pois os juristas ora agem de uma forma, ora de outra. (HART, 2010)

Embora ainda dentro de uma perspectiva positivista, com algumas ressalvas, especialmente quanto a separação do Direito e da Moral, Hart concebe o Direito como fenômeno social, uma vez que compreende as normas como fundadas em padrões de comportamento.

Na mesma linha, Alf Ross, filósofo e jurista dinamarquês nascido em 1899, é considerado um dos principais nomes do realismo jurídico. Para o autor, não é possível explicar o direito por meio da metafísica, mas apenas através das experiências. Em sua perspectiva, o direito é constituído de normas – as quais são dirigidas ao juiz – e de fenômenos jurídicos. O juiz, nesta perspectiva, é quem aplica e realiza o direito. Importante destacar que o realismo de Ross é intermediário em relação ao realismo psicológico e ao realismo sociológico ou comportamental. (ROSS, 2000)

O objetivo de Ross é de fundamentar a validade do direito a partir da sua eficácia – isto é, da sua realidade social –, negando a ideia de validez específica e racionalmente subsistente. De acordo com o autor, "ao fazer da validade uma relação internormativa (a validade de uma norma deriva da validade de outra), Kelsen se impediu, desde o começo, de lidar com o cerne do problema da vigência do direito: a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social".

Na obra "Direito e Justiça", de 1953, Ross centraliza sua atenção no desenvolvimento de princípios empiristas para a ciência do Direito, afastando dela qualquer aspecto metafísico. A proposta do autor, na obra mencionada, é de estudar o direito como uma ciência empírica,

bem como de fundamentar as noções jurídicas a partir de uma interpretação analítica, baseada em concepções da realidade social. Em oposição ao idealismo, Ross defende o direito como conjunto de fatos sociais, o qual deve ser analisado a partir da realidade empírica e da sua efetividade social.

Quanto à vigência do ordenamento jurídico, afirma Ross que um sistema de normas será vigente se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto de ações sociais. Nesse sentido, explica que a vigência é a observância externa da norma – a qual, no entanto, não se dirige aos cidadãos, mas aos juízes. Nesse sentido, pode-se compreender as normas como vigentes na medida em que são aplicadas pelo magistrado.

Também nesse sentido, o critério para aferição da validade do direito é a sua aplicação pelos juízes nos casos concretos, e não a busca pela justiça ou a obediência aos parâmetros da norma fundamental. De acordo com o autor, o direito somente é válido quando reflete a realidade dos fatos, verificáveis empiricamente por meio da experiência, sendo respeitado pelos indivíduos porque é por eles compreendido como obrigatório. Assim, "o temor da sanção e o sentimento de se achar obrigado pelo que é válido operam conjuntamente como motivos integrantes da mesma ação." (ROSS, 2000, p. 88). Possível afirmar, então, que a vigência jurídica resulta da conduta dos tribunais ao exercerem a força contida nas regras de direito (elemento comportamental), com o sentimento de obrigatoriedade social que deriva deste comportamento judicial (elemento psicológico).

Por outro lado, Kelsen estabelece que a Constituição é o fundamento jurídico de organização do Estado, tratando-se de regra para criação das normas jurídicas essenciais do Estado. Para ele, a função política da Constituição é a de impor limites jurídicos ao exercício do poder e que a garantia constitucional significa gerar a segurança de que esses limites jurídicos não serão violados.

Kelsen, preocupado com a democracia e a vida em sociedade, buscou estabelecer uma forma eficiente de funcionamento do Estado a partir do estabelecimento de uma regulamentação proveniente da vontade da maioria. As normas estabelecidas pelo Estado são legitimadas pela atuação dos representantes da coletividade, que fazem as escolhas aclamadas pela maioria, conformando as vontades, independente da existência prévia de uma análise de "justiça" acerca dos possíveis resultados práticos da aplicação dessas normas.

Por tratar a democracia como um compromisso constante entre maioria e minoria, para Kelsen não existiria uma natureza política incompatível com a judicial, visto que a política compõe a própria essência do ato decisório, sendo a sentença um ato de poder. Com isso, Kelsen

sustenta a importância do exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, que possui imparcialidade derivada da forma de escolha dos juristas.

A teoria desenvolvida por Kelsen encontra grandes barreiras especialmente frente aos jusnaturalistas, que insistem em analisar em ensinamentos de Kelsen pelo sentido mais comum. Por essa razão, tendem a defender que Kelsen se afasta da análise de justiça, desenvolvendo uma teoria que não consegue subsistir na prática.

Ocorre, porém, que a análise do "outro Kelsen" conduz à verificação, de forma mais aprofundada, do verdadeiro anseio por trás da obra desenvolvida por ele, que em nada se aproxima da suposta abordagem rasa, superficial e distante da realidade que alegam os jusnaturalistas. Em verdade, Kelsen tenta justamente demonstrar as razões de ser do Estado, ou ao menos como as normas devem ser vistas dentro do conceito de Estado, afastando-se diametralmente das posições jusnaturalistas. (CORREAS, 1989)

O que Kelsen objetiva, por esta ótica, é demonstrar que a liberdade dos indivíduos demanda a vida em sociedade, de forma democrática. Ainda, por intermédio da democracia é que se pode ocorrer a regulamentação da vida em sociedade. Porém, essa regulamentação não pode ser proveniente das leis da natureza. A regulamentação da vida em sociedade deve ser decorrente das vontades da maioria, capazes de embasar a escolha dos representantes da coletividade. (CORREAS, 1989)

A obra de Hans Kelsen e toda a sua trajetória profissional evidentemente sofreu impactos consideráveis em razão das situações que ocorreram durante a sua vida, desde a sua infância até a sua aposentadoria. Inicialmente, em sua infância e juventude, problemas como dificuldades financeiras fizeram com que tivesse que encerrar o período escolar no ensino público. Em seguida, no início da sua jornada profissional, Hans Kelsen passou a atender às demandas familiares após o falecimento de seu pai e por ser ele o filho mais velho, sendo compelido, por consequência, a assumir a responsabilidade pela estrutura familiar. (MÉTALL, 1976)

Entretanto, o que acabou sendo ainda mais impactante para o desenvolvimento de suas teses foram as questões políticas, que ao menos de forma direta não deveriam impactar em suas questões profissionais. Em verdade essas questões políticas foram extremamente impactantes nos rumos que ele passou a trilhar, seja para o seu ingresso no Ministério da Guerra, seja para os boicotes que acabou sofrendo nos diversos países em que esteve durante sua carreira. (MÉTALL, 1976)

Por consequência, Kelsen acabou por desenvolver seus estudos no sentido de purificar o direito, afastando-o das ciências naturais e, assim, dificultando que fatores externos,

especialmente interesses escusos, fossem capazes de manipular o direito a ser desenvolvido pelo Estado.

Com isso, o direito, possuindo a norma fundamental como ponto central e irradiador de efeitos, passa a ser criado pelos representantes previamente escolhidos para tal finalidade, que devem atuar, pautados nessa legitimidade, no sentido de desenvolver as normas capazes de conformar a vida em sociedade.

Kelsen enfatiza a necessidade de observar as leis de uma disciplina normativa a partir do dever ser. Isso, pois, as leis que são objeto da teoria pura do direito são juízos hipotéticos fundados sobre o princípio da imputação, enquanto as leis que são objeto das ciências naturais são juízos explicativos fundados sobre o princípio da causalidade. Ou seja, o método utilizado é determinante. (TREVES, 1989)

Enquanto a sociologia do direito é responsável por investigar o que realmente acontece na sociedade, existindo certa probabilidade de que seus membros creiam na validade de uma determinada ordem e orientem sua conduta a partir dessa ordem, a sociologia da ideia de justiça é uma disciplina que desenvolve investigações a partir do ponto de vista do que a moral deveria determinar para a formação das normas jurídicas, analisando a função social de certas ideias que existem na mente das pessoas e que operam como causa de seu comportamento. Por isso, a sociologia da ideia de justiça não pode atribuir valor objetivo e absoluto, devendo ser uma concepção relativista de valor. (TREVES, 1989)

A justiça social acaba sendo afastada do debate central, ficando em segundo plano, visto que a validade da norma decorreria da forma pela qual ela foi criada e passou a vigorar, não da análise de seus efeitos concretos a partir da sua vigência.

Para Kelsen, a teoria pura, como ciência normativa, não se confunde com a sociologia do direito, entendida como ciência natural enquanto esta última "não considera os fatos concretos como causa e efeito". Também, essa teoria não se confunde com a sociologia da ideia de justiça, que se ocupa de um problema que possui "um decisivo significado para a política jurídica", mas que "como problema valorativo, ocupa a uma teoria jurídica que se limita a uma análise do direito positivo como uma realidade jurídica". (TREVES, 1989)

Após definir a teoria pura do exterior dela, separando da sociologia do direito de um lado e da sociologia da ideia de justiça de outro, Kelsen passa a analisar a teoria pura em seu próprio interior, individualizando a presença de elementos sociológicos e ideológicos nos conceitos de ciência jurídica tradicional e procedendo a uma redefinição a mesma de modo a eliminar dela esses elementos.

Então, pela análise kelseniana, não há que se falar, previamente, se a norma será justa ou injusta, mas apenas que é proveniente do exercício da soberania do Estado, que é o responsável por conformar a vida em sociedade, possibilitando um convívio minimamente harmônico entre os indivíduos.

> Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância. (KELSEN, 2001, p. 25)

Nesse sentido, a consequência é que a edição da Emenda Constitucional n° 95/2016, após observar integralmente o competente processo legislativo, se encontra em conformidade com a Constituição, tendo em vista que restou definida mediante o exercício legítimo do poder outorgado aos representantes da coletividade, previamente escolhidos para tal finalidade.

A preocupação prévia existente acerca da possível desproporcionalidade entre o constante aumento da demanda e o irrisório aumento do investimento, atrelado à correção monetária anual, pela ótica kelseniana, não pode servir como base para a análise da (in)constitucionalidade da EC 95/2016.

Isso, pois, a referida emenda não trouxe em seu conteúdo, ao menos não de forma direta, uma contrariedade em relação ao conteúdo de qualquer outra norma constitucional, estando essa emenda enquadrada no sistema constitucional e sendo capaz de vigorar, produzindo integralmente os seus efeitos.

A partir dela não se pode constatar, *prima facie*, uma supressão de qualquer direito fundamental, mantendo-se, nesse sentido, incólume o sistema constitucional vigente. Nesse ponto é que reside, portanto, a constitucionalidade da norma, a partir da análise kelseniana.

A análise acerca da justiça social, mais especificamente sobre as peculiaridades dos efeitos práticos da EC 95/2016, segundo a ótica kelseniana, acaba se afastando das

possibilidades dentro do controle de constitucionalidade, visto que escapa ao campo da ciência do direito e pela teoria pura não consegue ser enfrentado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria kelseniana possui o propósito de esquadrinhar uma ciência jurídica afastada de qualquer elemento externo. Conferir cientificidade ao direito dependeria do seu isolamento. Assim, a Teoria Pura do Direito tem por objetivo afastar do interior da ciência jurídica a justiça, a sociologia, as origens históricas. Ressalte-se, não é o Direito que é puro, mas a metodologia aplicada à sua análise.

A partir desse conceito, as normas jurídicas teriam como aspecto essencial a sua validade, analisada pela pirâmide normativa. A análise da validade, em última instância, é feita a partir da norma hipotética fundamental – fundamento último de validade do sistema jurídico.

Com isso, o sistema jurídico se torna autossuficiente, unitário, orgânico e fechado. A ciência jurídica não teria espaços para juízos de justiça, impondo uma separação absoluta entre direito e moral (direito pode ser e pode não ser justo). O Direito continua sendo válido mesmo quando imoral, em razão da interpretação como fenômeno de literalidade.

Essa posição adotada por Kelsen demonstra, também, que sua teoria foi muito influenciada pelo seu próprio histórico, pelos fatos aos quais Kelsen foi submetido durante sua vida, especialmente as perseguições sofridas em razão de ideologias difundidas por grupos que prezavam por diversas “leis naturais”, que resultavam, em verdade, em graves prejuízos sociais.

Baseando-se nesses conceitos, demonstrados os fundamentos e a posição defendida por Kelsen, quando utilizada a sua teoria aplicada à Emenda Constitucional n° 95/2016 se constata a constitucionalidade da medida, por inexistir, ao menos em juízo de cognição sumária, afronta a qualquer dispositivo constitucional previamente existente.

Em que pese a possibilidade de se entender que as restrições proporcionadas pela Emenda Constitucional n° 95/2016 foram drásticas e ser discutível se suficiente ao ponto de afetar o conteúdo essencial de direitos fundamentais, como o direito à saúde, tornando-se tendente a abolir direitos fundamentais, certo é que, analisando o contexto sob a ótica kelseniana, resta inviável a verificação imediata das possíveis consequências práticas da medida para a verificação da sua (in)constitucionalidade.

Tratando-se de norma editada a partir do atendimento aos requisitos existentes no ordenamento jurídico, sendo proveniente de decisão emanada pelos representantes previamente

escolhidos para essa finalidade, constata-se a constitucionalidade da medida, visto que a análise segue apartada do aspecto de justiça social.

REFERÊNCIAS

CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.

GUASTINI, Riccardo. Kelsen e Marx. *In*: CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.

HART, Herbert L. A. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. El concepto de estado de la sociologia comprensiva. *In*: CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans, **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MANERO, Juan Ruiz. **Sobre la crítica de Kelsen ao marxismo**. *In*: CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.

MÉTALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen:** Vida y Obra. Trad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: 1976.

ORDÓÑEZ, Ulises Schmill. **El concepto de derecho en las teorías de Weber y de Kelsen**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: EDIPRO, 2000.

SERBENA, Cesar Antonio. **Novas perspectivas do realismo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

TREVES, Renato. Kelsen y la sociologia. *In*: CORREAS, Oscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.