



A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: CAUTELAS E CAMINHOS POSSÍVEIS

THE MATTER OF LEGITIMACY OF LAW: CAUTIONS AND POSSIBLE PATHS

SERGIO SAID STAUT JÚNIOR* | PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ**

RESUMO

Objetiva-se estudar diferentes modelos de legitimidade do direito, em especial aqueles construídos durante e após o medievo, pautados inicialmente pela multiplicidade de fontes e caracterizado na figura do "coureiro", ou daquele que observa e respeita uma ordem preestabelecida; pela Escola da Exegese, centrada nas fontes jurídicas estatais, representante da *volonté générale*, e, por fim, pela Escola Histórica Alemã, em que o direito seria resultado da historicidade e estaria plasmado no *volksgeist*. Após essas investigações preliminares de modelos de legitimidade, apresentam-se os pilares gerais do movimento chamado de neoconstitucionalismo, fruto do pós-guerra, colocado como uma tentativa de aproximação das normas constitucionais, em especial os princípios, com a realidade fática, tendo ainda a característica de resgate da moral no cerne do direito. Critica-se que esse modelo descamba, por vezes, em um protagonismo exacerbado do Poder Judiciário, que deveria operar em um sentido de autocontenção em alguns casos, deixando aos poderes políticos algumas escolhas fundamentais.

Palavras-chave: legitimidade do direito; neoconstitucionalismo; Poder Judiciário; autocontenção judicial.

ABSTRACT

The objective of this article is to study different models of legitimacy of the law, especially those built during and after the Middle Ages, guided initially by the multiplicity of sources and characterized in the figure of the "keeper", or of the one who observes and respects a preestablished order; by the School of Exegesis, whose only possible source of law would be state-centered and law-centered, representative of the *volonté générale*, and, finally, by the German Historical School, in which law would be the result of history and would be embodied in the *volksgeist*. After these preliminary investigations regarding models of legitimacy, the general pillars of the so-called neoconstitutionalism movement, the fruit of the post-war period, are presented as an attempt to approximate constitutional norms, especially principles, with factual reality. characteristic of the rescue of the moral in the core of the juridical system. Detractors of this model say it sometimes undermines in an exacerbated protagonism of the Judiciary, which should operate in a sense of self-restraint in some cases, conceding to the political powers some fundamental choices.

Keywords: legitimacy of law; neoconstitutionalism; Judiciary; self-restraint; granting of medicines

* Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Professor Associado do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR.
Membro do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI).
sergiostaut@gmail.com

** Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisador do GEDAI.
pedrohmluz@gmail.com

Recebido em 7-4-2020 | Aprovado em 26-5-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 OS DEBATES ACERCA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: “COISA” DE LEGISLADORES, JURISTAS OU JUÍZES? 2 O ESTADO DA ARTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O OBJETO DA CRÍTICA 3 REEQUILIBRANDO A BALANÇA: A (NECESSÁRIA) AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Falar em legitimidade do direito implica em revisitar construções históricas bastante particulares que, cada uma a seu modo, tentaram jogar luzes às questões mais elementares para aquele que observa o fenômeno jurídico tais como: "o que pode e o que não pode ser direito?"; "a quem pertence o direito?"; "quem tem o papel de dizer o direito em sociedade?"; e "qual (ou quais) a(s) fonte(s) primordial(is) do direito em um determinado tempo e lugar?".

A tradição jurídica dos dois últimos séculos (pelo menos na maior parte dos países ocidentais de *Civil Law*) primou por um Legislativo relativamente forte e produtor, em larga medida, do direito por intermédio do instrumento “Lei”. Essa visão, longe de ser unânime, ganhou muita força no findar do século XVIII e início do XIX, especialmente na França, no complexo processo de formação de uma modernidade que almeja romper radicalmente com a complicada e, muitas vezes, imprevisível forma de compreender a dimensão jurídica no Antigo Regime. O valor máximo almejado nos grandes Códigos, do qual o Napoleônico (1804) é o mais emblemático, embalados pela pretensão de simplicidade e abstração, era o da segurança jurídica.

Nesse sentido, o primeiro item do estudo trará, sem pretensão de esgotamento do tema, algumas considerações acerca da legitimidade¹ do direito trazidas por algumas diferentes formas de compreender a dimensão jurídica. Estas visões sobre o local (ou com quem) em que deve estar situada a legitimidade do direito sedimentarão um quadro fértil para uma melhor compreensão dos próximos itens. Assim, serão colocados em foco certas noções de direito no medievo e também em duas Escolas Europeias que estiveram no coração da modernidade jurídica: a Escola da Exegese (direito como coisa de legisladores) e a Escola Histórica (direito como coisa de juristas).

Esse movimento, que tem na Codificação e na Escola da Exegese momentos fundamentais para a compreensão do que se entende como direito inclusive em tempos atuais, não foi o único no Ocidente a procurar responder às questões já mencionadas. Em parte do que se denomina hoje de Alemanha, em período muito próximo, outra escola, chamada de Escola Histórica, coexistia com aquela. Para os juristas germânicos, a legitimidade

¹ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da legitimidade e das possíveis respostas sobre quem seria seu principal agente: "Pode-se dizer, com a maior objetividade, que a aceitação dessas respostas tem variado de época para época. Tal aceitação depende da cosmovisão que prevalece na sociedade, num determinado momento, a qual muda com o passar do tempo. Essa aceitação é o cerne do chamado *consensus*, do qual deriva a *legitimidade* do governo estabelecido. De fato, a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*).” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

do direito não estava na lei e sim no espírito do povo (*Volksgeist*). Curiosamente, segundo as bases da Escola Histórica, seriam os próprios juristas e "grandes estudiosos" os responsáveis por identificar esse espírito. O maior aporte teórico dessa escola foi o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny. O estudo objetiva compreender esses movimentos iniciais e como a questão da legitimidade estava neles situada.

Busca-se também explorar o chamado neoconstitucionalismo. Almeja-se, igualmente, demonstrar que algumas das questões tidas como contemporâneas sobre a temática, colocadas por esse "novo" movimento, já tinham sido aventadas em outros momentos históricos. Ou seja, os problemas originados pelo protagonismo judicial não são novos. Não obstante, apontam-se possíveis problemas trazidos por esse direito produzido por juristas e juízes, como a questão da sua legitimidade democrática.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, ao final propõe-se um estudo de caso acerca de uma oportunidade perdida de autocontenção judicial, por intermédio da análise de um julgado do Supremo Tribunal Federal no tocante a concessão de medicamentos de alto custo fora da lista do SUS pelo Poder Público.

1 OS DEBATES ACERCA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO: "COISA" DE LEGISLADORES, JURISTAS OU JUÍZES?

Dentre os principais movimentos jurídicos ocorridos no século XX, aquele que parecer ter tido maior aderência no cenário brasileiro, cuja gestação se deu principalmente após a 2ª Grande Guerra, foi o chamado "neoconstitucionalismo". Segundo Luis Roberto Barroso, a redemocratização do Brasil, após um turbulento período de ditadura militar, foi o marco histórico deste movimento.²

Antes de ingressar propriamente nas linhas mestras que o constituem, cumpre ponderar que estudar este tema e suas repercussões na estrutura democrática do país envolve questões bastante debatidas na Teoria do Direito, como por exemplo a noção de "legitimidade" ou a quem (ou a qual poder) caberia dizer o direito. Afinal: "[no Brasil] a perspectiva de um direito que não é (ou não é apenas) fruto do trabalho do Legislador é uma questão que sempre desperta interesses e debates".³

Essa proposta preliminar de exploração da questão, atinente à legitimidade do direito, justifica-se por servir de um alerta ao fato de que a temática, apesar de dispor de contornos muito próprios, não apresenta tanta novidade. Por conta disso, um aporte com a História do Direito merece ser colocado, a fim de que não se perca de vista a importância de situar o debate em um tempo e espaço determinados, longe, portanto, de uma pretensa ideia de trazer respostas absolutas aos problemas atuais com os olhos voltados para o passado, incorrendo em anacronismos⁴.

² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 21.

³ STAUT JUNIOR, S. S.. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, p. 1343-1358, 2015. p. 1344.

⁴ Para maiores debates acerca do direito e sua feição de produto dotado de historicidade (portanto sujeito aos ventos dos tempos e dos espaços), ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

Nesse sentido, o primeiro item do estudo trará, sem pretensão de esgotamento do tema, algumas considerações acerca da legitimidade⁵ do direito trazidas por algumas diferentes formas de compreender a dimensão jurídica. Estas visões sobre o local (ou com quem) em que deve estar situada a legitimidade do direito sedimentarão um quadro fértil para uma melhor compreensão dos próximos itens. Assim, serão colocadas em foco certas noções de duas Escolas Europeias que estiveram no coração da modernidade jurídica: a Escola da Exegese (direito como coisa de legisladores) e a Escola Histórica (direito como coisa de juristas). Justifica-se essa escolha porquanto as bases do direito que hoje dispomos começaram a ser mais bem sistematizadas na Modernidade, por intermédio dos estudos dessas escolas.

A dimensão jurídica no medievo, considerando o tempo histórico na sua longa duração, não é colonizada por um poder político único e monopolizador⁶. Observa-se aí um direito que, por estar enraizado no social, se manifesta muito mais como produto da atividade interpretativa do que um ato voluntário. O personagem principal neste tempo e espaço é o intérprete, em especial os juristas, e não o legislador.⁷ Enfatiza-se que durante muito tempo o direito foi concebido de maneira bastante diversa da forma como é conhecido comumente na época presente.⁸

Para Antonio Manuel Hespanha, a definição mais precisa para os juristas medievais seria a de "couteiros", colocados em uma ordem pré-estabelecida fruto de um ato de amor do Criador, ocasião em que o direito serviria como um mero corretor de pequenas hachuras ou desarmonias causadas pelos indivíduos — seres naturalmente imperfeitos e submetidos a uma vontade aportada em mandamentos extraterrenos.⁹ Nesse espaço, os juízes criminais,

⁵ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da legitimidade e das possíveis respostas sobre quem seria seu principal agente: "Pode-se dizer, com a maior objetividade, que a aceitação dessas respostas tem variado de época para época. Tal aceitação depende da cosmovisão que prevalece na sociedade, num determinado momento, a qual muda com o passar do tempo. Essa aceitação é o cerne do chamado *consensus*, do qual deriva a *legitimidade* do governo estabelecido. De fato, a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*)."
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

⁶ Segundo Karine Salgado, a pluralidade de fontes é um marco evidente do período medieval. "Como resolver o inevitável contraste entre o direito uno e a multiplicidade de sistemas jurídicos que se ergueram. Este é o desafio que os últimos séculos da Idade Média colocaram".
SALGADO, Karine. O direito tardo Medieval: entre o *Ius Commune* e o *Ius Proprium*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, 2010, p. 244.

⁷ GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Martins Fontes, São Paulo, 2014.

⁸ António Manuel Hespanha, ao explicar como o direito era compreendido no Antigo Regime português, assevera "que o direito é considerado como muito mais do que o produto da vontade, momentânea e aleatória, dos detentores do poder político; que é considerado como uma 'razão escrita' (*ratioscripta*), objectiva, ligada à natureza das coisas, não instrumentalizável pelo poder, que se manifestava numa longa tradição intelectual e textual."
(HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 111-112).

⁹ Conforme aponta HESPANHA: "Os juristas seriam os guardiões deste mundo multiordenado, auto-ordenado. O seu papel não seria o de criarem ou retificarem [sic] a ordem. Nem o de determinarem autoritariamente o equilíbrio justo. Seria antes o de o induzirem da natureza, tirando proveito de todos os recursos (*virtutes*) da sensibilidade humana (*amor, bonitas, intellectus, sensus*) numa era em que os métodos intelectuais da definição do direito não estavam ainda privados de abordagens não «racionais». Assim, os juristas desempenhavam o seu papel assumindo o direito como um dado adquirido, deixando-o ser tal como era, já que emergiria das disposições espontâneas das coisas (nomeadamente as coisas humanas).
HESPANHA, António Manuel. Os

por exemplo, tinham a incumbência de atenuar a dureza do direito legal (*rigor legis*) através da misericórdia (*miser cordia*)¹⁰.

O papel do juiz, portanto, era flexível e não exclusivamente enclausurado pela lei, com o condão de "fornecer uma solução arbitrativa (*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*) em torno da qual a harmonia [no sentido de ordem] podia ser encontrada".¹¹ Este intento não era, contudo, inteiramente arbitrário, eis que regido por uma ordem superior pressuposta ao juiz¹²; Hespanha está a caracterizar, assim, as bases de um direito moderno europeu, embebido nas concepções de Tomás de Aquino, sobretudo após o Concílio de Trento (1545-1563).¹³

A quebra de noções fundamentais que compuseram a ideia de direito na sociedade medieval ocorreu, em especial, com o advento dos Estados Soberanos e a progressiva vinculação da dimensão jurídica com esta nova realidade.¹⁴ É com o processo de construção e consolidação dos Estados nacionais, com a posterior centralização e monopolização dos poderes político e jurídico (ocorrida na Europa ocidental principalmente durante o século XIX), que essa maneira de trabalhar o direito começa a ser questionada e parece não mais se adequar aos novos tempos. Trata-se, contudo, de um processo muito lento, permeado de contradições e renitências,¹⁵ mas progressivo, de dissolução da sociedade medieval e da sua ordem jurídica.

Pietro Costa aponta que a apressada aproximação entre o Estado de Direito e a limitação do poder soberano não coincide apenas com o tempo da modernidade, mas já é tratada muito antes pela filosofia clássica grega, sendo posteriormente redescoberta pelos teólogos e juristas do mundo medieval. Não obstante, o poder do soberano era de fato muito mais limitado do que possa parecer, pois este: "encontra uma ordem já constituída, defronta-

juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002. p. 1189.

¹⁰ Chega a ser curioso notar que a noção de misericórdia (*miser cordia*) possui o mesmo resultado prático da contemporânea ideia de "princípio jurídico", pois implica na superação de uma regra positivada em lei através de uma abstração (positivada ou não) sem significado apriorístico. Com isso, não se está a dizer que são significantes iguais em momentos históricos diversos, eis que tal assertiva incorreria em um profundo anacronismo e na carência de uma análise historiográfica do direito. Diz-se, assim, que a "superação" de uma lei por uma ideia abstrata já ocorria desde o medievo.

¹¹HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002. p. 1191.

¹² "A graça não é uma decisão arbitrária, já que a sua invocação deve estar de acordo com uma causa justa e elevada" HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002. p. 1193.

¹³ HESPANHA, *Ibid.*, p. 1188.

¹⁴GROSSI, Paolo. Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXV, Milano: Giuffrè, p. 267-284, 1996.

¹⁵ Como demonstra Hespanha, esse processo de centralização do poder político e de monismo jurídico é lento e gradual, além de ser bastante desigual dependendo do momento e do espaço territorial analisado. Não se deve ignorar, conforme alerta o mesmo autor, a manutenção de pluralismos jurídicos e políticos durante todo o período histórico compreendido como antigo regime. (HESPANHA, António Manuel. *Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma*. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 07-58).

se com direitos e privilégios que florescem à sua sombra e sofre os inevitáveis condicionamentos de um e de outros."¹⁶

O Estado de Direito, termo cuja definição e balizas necessitam de cuidados historiográficos¹⁷, influirá nas revoluções liberais preparando o terreno para a Escola da Exegese, que tem suas raízes entre os séculos XVII e XVIII, por ocasião de uma reconfiguração do léxico político-jurídico vigente, visualizável nas novas noções de sujeito, de soberania e de direitos.¹⁸

Nessa quadra da história, fruto de uma antropologia filosófica centrada no indivíduo¹⁹, os valores de maior envergadura axiológica são a liberdade e a igualdade. A lei seria, então, na lógica de Rousseau o instrumento responsável pela consagração do primado da igualdade (afinal, todos a ela se submetem) e, de igual modo, o marco da liberdade, pois a lei teria sido formulada por homens iguais reunidos no Parlamento representantes da vontade geral (*volonté générale*).²⁰ Aqui, o "soberano monarca" cede lugar ao "soberano população"²¹, sendo o texto legal a representação da soberania popular em um instrumento amplo e geral.

Todos esses componentes são essenciais para que se compreenda como a legitimidade do direito está colocada no movimento jurídico conhecido como Escola da Exegese, surgido na França do século XIX e cujos principais autores foram Proudhon, Melville, Blondeau, Delvincourt, Huc, Aubry, Laurent, Marcadé²². Para Paolo Grossi, um dos mais notórios estudiosos da referida escola, seu advento coincide com o processo histórico definido esquematicamente por ele de *absolutismo jurídico*²³, calcado na redução da complexidade do direito, própria da Modernidade, por decorrência da estatização do direito e sua confusão com a figura da lei²⁴.

Sistematicamente, as marcas da Escola da Exegese são: a) a identificação do direito como lei emanada do Estado (monismo jurídico)²⁵; b) a preponderância da figura do

¹⁶COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 102.

¹⁷ Ibid., p. 95-96.

¹⁸ Ibid., p. 102-103.

¹⁹ Fruto também do paradigma kantiano do sujeito, que enxerga o indivíduo como um fim em si mesmo e não mais como um meio de se atingir determinados fins. Para mais: KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Cambridge University Press, 2017.

²⁰ CHAUI, Marilena. *Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau*. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000. p. 220.

²¹ Para entender a gênese da ideia de Poder Constituinte originário, com a teorização do poder ilimitado à população, verificar a clássica obra: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Liber Juris, 1988.

²² Uma explicação mais detalhada sobre o movimento como um todo e não apenas a questão da legitimidade do direito pode ser encontrada na obra: JÚNIOR, Sérgio Said Staut. *A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do Direito*.

²³ Para uma conceituação do autor acerca do absolutismo jurídico, ver: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004; GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

²⁴ Antonio Manuel Hespanha aponta a *arrogância legislativa* que marcou a referida Escola, porquanto os exegetas franceses pretendiam, através da figura Código, regular a existência dos indivíduos desde sua concepção até depois de sua vida (direitos sucessórios). HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.p. 408.

²⁵ Segundo Paolo Grossi: " no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sóciopolítica e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político,

legislador; c) a adoção da forma código como modelo de direito; d) a redução da figura do juiz e do jurista a meros replicadores dos conteúdos dispostos nos textos legais (verdadeiros exegetas); e) a rejeição a concepções metajurídicas como a dos princípios.

O objetivo primeiro dos exegetas era o de acabar com um estado de insegurança trazido pela noção de direito típica do Antigo Regime, como o *ius commune*. Afinal, uma ordem multifacetada composta de diversas fontes não (exclusivamente) escritas, todas em certa medida aplicáveis, não correspondia aos anseios de uma burguesia recém chegada ao poder, que prezava, como dito, pela proteção à liberdade e à igualdade, e desejava certa simplicidade e certeza no âmbito jurídico e em suas relações comerciais. O *Code Civil* napoleônico de 1804 representou o auge dessa visão jurídica de mundo.

Se, no medievo, os pontos chaves que guiavam o debate acerca da legitimidade do jurídico eram o de ordem e flexibilidade, caracterizando a citada insegurança, no período da Escola da Exegese há a supremacia legal e sua decorrente rigidez, anulando qualquer empenho criativo no ato de interpretação²⁶ e fechando o direito nos limites da lei estatal. Isso tudo culminou na colocação da legitimidade daquele modelo jurídico, ao menos do ponto de vista teórico, na mão do Parlamento.²⁷

Em outra parte do mundo, contudo, outra importante Escola jurídica estava a conquistar espaço na mente dos juristas: está-se a falar da Escola Histórica do Direito, nascida na Alemanha, fruto dos construtos teóricos de Friedrich Carl Von Savigny (discípulo de Gustav Hugo) e que perdura do final do século XVIII até o início do século XIX, advinda de um movimento anterior mais amplo denominado de historicismo²⁸. Um dos principais frutos do trabalho intelectual dessa escola foi a Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos, cujos anseios consistiam na construção sistemática do direito.²⁹

A origem dos pilares dessa escola, como dito, vem de Savigny, principalmente em seu trabalho denominado “Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência”, escrito em 1814 como resposta às provocações de Anton Friedrich Justus Thibaut, que

o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político”. GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142.

²⁶ Entende-se hoje, com o aporte da hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer, que todo ato de compreensão contém, em seu interior, um ato anterior, chamado de “pré-compreensivo”. Portanto, segundo essa corrente filosófica, ao interpretar a lei, o sujeito (jurista ou não) nunca consegue afastar suas próprias subjetividades do objeto a que se está a analisar; desse modo, objeto e sujeito estão intrinsecamente correlacionados, ao contrário do que acreditavam os exegetas e de certa forma os positivistas contemporâneos como Kelsen, que visavam a transpor o direito à condição de uma ciência autônoma. Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Nova rev. da trad. por Enio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Vozes, 2003.

²⁷ No entanto, ainda conforme Hespanha, mesmo no auge da Escola da Exegese, o jurista ao declarar o direito (ou ser a boca que pronunciava as palavras da lei) também o criava. Se há algo de que os juristas procuram não “abrir mão” é o “dizer o direito em sociedade.”

²⁸ As bases do historicismo, movimento que inspirou a Escola Histórica Alemã, não serão tratadas neste estudo. Para compreender mais detidamente o tema, ver: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone. 1995. p. 47-51.

²⁹ HESAPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 391.

pretendia transplantar o modelo codificador francês aos territórios germânicos, episódio conhecido como “disputa sobre codificação”.³⁰

Esse empenho construtivo e sistemático seria especialmente relevante pois o direito se revestiria, no entendimento da Escola Histórica, da emanção de uma totalidade orgânica³¹, ou ainda do espírito do povo (*Volksgeist*). Por essa linha, os princípios gerais teriam elevada importância no entendimento do direito, derivando-se deles outros princípios inferiores, compondo uma verdadeira pirâmide conceitual.³² A principal obra

Contrapondo-se à Escola da Exegese, a Escola Histórica fazia uma crítica radical ao direito natural iluminista, pois o aludido espírito do povo não se situaria no direito representado nos monumentos legislativos que eram os Códigos, mas estaria, outrossim, presente nas práticas consuetudinárias. Segundo Franz Wieacker, para a Escola Histórica do Direito: “o objeto da ciência jurídica é pré-determinado pela historicidade do direito do presente (e não pelas abstrações do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas)”.³³ A ideia central, portanto, seria de que o direito não é um produto advindo do legislador e sim algo que parte da cultura global dos povos, “como um tranquilo desabrochar a partir do inconsciente dos povos”.³⁴ Para essa corrente do pensamento jurídico, o direito está plasmado na sociedade. É encontrado na sua história, nas suas tradições, está no “espírito do povo”. Não pode ser reduzido a esquemas legislados e autoritários. É muito mais tradição do que vontade. Não decorre de um comando emanado do Estado (até porque Estado, nos termos contemporâneos, ainda não é uma realidade na Alemanha nesse momento). Aqui, ainda se diz que o direito vem antes do que a Lei.

Apresentando-se os pilares do movimento conhecido como Escola Histórica do Direito, coloca-se a seguinte questão: na lógica dessa Escola, a quem incumbiria sistematizar o direito ou, em questionamento ainda mais basilar, quem teria legitimidade sobre esse direito com feição consuetudinária (que vem antes da lei) e histórica? A resposta é que todas essas tarefas caberiam a uma *elite cultural* composta de professores, juristas e cientistas, que seriam, como na alegoria platônica de sofocracia³⁵, as “grandes mentes” responsáveis pela condução dos rumos e dos interesses gerais. Chega a ser, certamente, um direito com pouco ou nenhum substrato “democrático”, apesar de todas as complicações que esse último significativo, no seu significado mais contemporâneo, possa ter na condição de avaliador de construções passadas.³⁶

³⁰ Para maior detalhamento acerca da disputa teórica entre Thibaut e Savigny, que culminou na formulação das principais bases da Escola Histórica, recomenda-se a leitura de: LESSA, PEDRO. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.

³¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone. 1995, p. 53.

³² HESPANHA, *Op. cit.*, 392.

³³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2.ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 403.

³⁴ *Ibid.*, p. 408.

³⁵ OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. *Revista Estudos Filosóficos*, n. 12, p. 28-47, 2017. p. 33.

³⁶ STAUT JUNIOR, S. S.. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, p. 1343-1358, 2015. p. 1354.

2 O ESTADO DA ARTE DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O OBJETO DA CRÍTICA

Qual é a origem do "neoconstitucionalismo"? Quais as suas características que o tornam um fenômeno díspar dos demais modelos de legitimidade apresentados? Essas indagações serão exploradas no presente item. Desse modo, almeja-se correlacionar as supostas "novidades hermenêuticas" ou, na toada do que propõe o título, procura-se investigar a hipótese de uma suposta realocação da legitimidade do direito nas mãos do Poder Judiciário.

Segundo Daniel Sarmento, o verbete "neoconstitucionalismo" teve sua origem na Itália e na Espanha e ganhou grande repercussão na doutrina brasileira por conta de uma coletânea publicada em 2003 pelo espanhol Miguel Carbonell intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*.³⁷ Dentre os principais juristas que, em tese, poderiam capitanear a corrente neoconstitucionalista, geralmente colocam-se Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino (apesar de nenhum desses ter jamais se definido na pecha de neoconstitucionalistas).³⁸

Salta aos olhos, de início, a maneira com que aportes teóricos tão distintos consigam ser agrupados em um mesmo movimento jurídico. Afinal, não são autores apenas com visões diferentes acerca da legitimidade do direito, mas sim juristas que advêm de realidades jurídicas multifacetadas, integrantes de sistemas jurídicos diversos, com problemas práticos muito particulares e típicos. Desse modo, a opção de Carbonell por empregar o plural no título de seu livro explicita uma escolha sábia em apontar que são vários os neoconstitucionalismos existentes.³⁹

Definir o neoconstitucionalismo, portanto, é tarefa deveras espinhosa e suscita divergências doutrinárias. Para Luís Roberto Barroso, seu marco filosófico seria o pós-positivismo⁴⁰, entendido como a superação dos modelos puros⁴¹ por um agrupamento difuso e abrangente de ideias. Esse pós-positivismo, segundo o autor, "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas". Ademais, atribui-se uma suposta normatividade perdida aos princípios e põe-se como pedra de toque de todo o ordenamento a noção de dignidade da pessoa humana.⁴²

Coloca-se ainda como característica do movimento a noção de que a Constituição deixa de ser apenas uma carta de promessas, comandando um dever-ser dos particulares e do Estado; Gustavo Zagrebelsky coloca: "[...] já não se pode pensar na Constituição como centro em que tudo deriva por irradiação através da soberania do Estado em que se apoiava,

³⁷SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. p. 113.

³⁸ Ibid., p. 114.

³⁹ Ibid., p. 114.

⁴⁰ Um dos poucos consensos acerca da delimitação de uma base comum ao neoconstitucionalismo reside justamente na temporalidade do conceito, que seria decorrente do pós segunda guerra mundial, atingindo, nos anos seguintes, demais países como o Brasil.

⁴¹ Neste ponto, o autor faz clara alusão ao positivismo kelseniano do início do século XX, cujas premissas eram o legalismo (lei vista como um objeto neutro do cientista do direito), uma estrutura normativa escalonada e a cisão, na esteira de Hume, do mundo do "ser" do mundo do "dever-ser".

⁴²BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.p. 4-5

mas como centro sobre o qual tudo deve convergir; é dizer, trata-se de um centro a se alcançar e não de se partir".⁴³

Humberto Bergmann Ávila, teorizando tal conceito, coloca como pontos fundamentais: "[a preferência por] princípios em vez de regras; ponderação no lugar de subsunção; justiça particular em vez de justiça geral; Poder Judiciário em vez de Poderes Legislativo e Executivo; Constituição em substituição à lei".⁴⁴ Além de todas essas características, cita-se ainda o recurso à técnica hermenêutica da proporcionalidade e seus três passos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para a resolução de casos em que determinada ação estatal destinada a promoção de determinado direito fundamental acarrete na restrição de um ou mais direitos fundamentais.⁴⁵

Observando os problemas apontados por Humberto Bergmann Ávila no cerne de um modelo de direito tido como neoconstitucionalista, Marcelo Neves levanta algumas objeções. Primeiro, como já dito, o neoconstitucionalismo, se considerado como corrente, apresenta diversas ramificações ou, em outras palavras, trata-se de um movimento não unitário, em que seus diferentes "representantes" poderiam ou não concordar com os dogmas gerais colocados pelo autor.⁴⁶ Ainda, a diferenciação feita por este entre "Constituição principiológica" e "Constituição regulatória", atenta a uma equação referente ao número de princípios e regras presentes na Constituição Federal de 1988, para Marcelo Neves, estaria muito presa ao texto constitucional, pois: "O relevante para o direito não é a textualização em si, mas as normas que se atribuem ao texto".⁴⁷

Ainda caracterizando de forma geral o neoconstitucionalismo, com as ressalvas apresentadas, Daniel Sarmento coloca a abertura e indeterminação semântica como próprias desse movimento, em que as normas constitucionais: "são, em grande parte, princípios e não regras"⁴⁸. Além disso, segundo o autor esse contexto foi propício para o crescimento da importância política do Poder Judiciário, através da judicialização de temas que antes ficavam restritos a arena legislativa⁴⁹. Assim: "De poder quase 'nulo', mera 'boca que pronuncia as palavras da lei', como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo".⁵⁰

Um modelo que privilegia abertamente princípios sobre regras tem como efeito o uso alargado do método da ponderação principalmente pelos intérpretes e no predomínio de

⁴³(tradução livre) "[...] ya no se puedepensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir". ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il dirittomite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 14.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista brasileira de direito público*, 2008. p. 2.

⁴⁵ Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila avocam, na esteira do que Robert Alexy propõe, o uso do termo "regra" e não princípio da proporcionalidade. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002, p. 25ss; ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*, v. 215, p. 151-179, 1999, p. 154-158.

⁴⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. WMF Martins Fontes, 2013. p. 177-178.

⁴⁷Ibid., p. 178.

⁴⁸SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. p. 116.

⁴⁹ Cita-se como exemplo o tema da judicialização da saúde através da concessão de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde, tema esse enfrentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175.

⁵⁰SARMENTO, *Op. cit.*, p. 116.

uma dimensão particularista de justiça (a justiça de cada caso concreto).⁵¹ O vácuo dessa nova concepção de justiça seria preenchido pelo Poder Judiciário, que passaria a assumir para si o papel de protagonista no sistema jurídico, rebaixando o Poder Legislativo para uma função secundária, visto que as leis, construídas principalmente com o aporte de regras jurídicas, estariam submetidas à ditadura dos princípios.

Marcelo Neves argumenta que as críticas de Humberto Bergmann Ávila ao excesso de ênfase que o neoconstitucionalismo proporciona ao Poder Judiciário, delegando ao Poder Legislativo um papel preponderante na construção de regras capazes de estabilizar conflitos, esquece que, em alguns casos, tais regras, fruto do trabalho legislativo, podem produzir efeitos que necessitem de uma atividade de estabilização pelo próprio Poder Judiciário, o que só pode ser feito com o aporte de princípios jurídicos. Portanto: "(...) tanto o legislativo e as regras quanto o judiciário e os princípios têm um papel determinante e desempenham funções decisivas na estabilização de expectativas".⁵²

São esses, em síntese, os elos do chamado neoconstitucionalismo, embora cada um desses elementos possa variar dentro do espaço conferido pelas obras dos autores e de seus contextos. Pode-se dizer, em síntese, que se trata de um movimento jurídico gestado no pós segunda guerra que visa a trazer uma nova dinâmica ao direito, sobrepondo as concepções positivistas mais clássicas e (re)colocando aspectos morais no âmbito do jurídico, através da carga axiológica dos princípios e de novas noções que servem de fundamento às constituições, trazendo ainda uma dita "nova hermenêutica" pautada em soluções abertas e "flexíveis" para casos que não podem ser resolvidos por mera subsunção⁵³, com o aporte de métodos como a ponderação e a razoabilidade em detrimento da subsunção.

Percebe-se, assim, que esse modelo recoloca a legitimidade do direito de uma forma mais proeminente nas mãos do Poder Judiciário, rompendo com uma pretendida e avocada (art. 2º, Constituição Federal/88) harmonia entre os Poderes da República. Se a hermenêutica do medievo era modesta e passiva, cabendo ao jurista e principalmente ao julgador apenas o papel de recolocar as coisas de acordo com uma ordem divina pré-estabelecida e, por isso mesmo, limitadora às suas ações, hoje a hermenêutica neoconstitucionalista é ativa, cabendo ao juiz promover a aproximação entre a norma constitucional e os fatos. Contudo, verifica-se um traço em comum entre o julgador atual e aquele do medievo; isso advém da adoção de significantes abertos, tal como a *misericórdia*. Ocorre o mesmo com a *dignidade da pessoa humana*, capaz de justificar a mais vasta plêiade de decisões — com caráter progressista ou conservador — justamente por ser um axioma aberto.

Apresentado o tema, seus problemas, principais discussões e ligação com outros modelos estudados, o terceiro item almeja provocar reflexões acerca desse novo quadro por intermédio da crítica a algumas bases do neoconstitucionalismo. Somente assim será possível, ao final, propor um método legitimatório do direito que não apresente, como solução, uma carga subjetivista tão acentuada quanto a da ditadura dos princípios e que, por

⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista brasileira de direito público*, 2008. p. 3.

⁵² NEVES, *Op. cit.*, p. 181.

⁵³ Para mais: DWORKIN, Ronald. *Is Law a Sistem of Rules*. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law. Oxford*: Oxford University Press, 1971.

outro lado, volte a equilibrar os Poderes da República, afastando o protagonismo do poder com maior déficit democrático, justamente por não ter sido eleito.⁵⁴

3 REEQUILIBRANDO A BALANÇA: A (NECESSÁRIA) AUTOCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Argumenta-se que um dos fatores que levaram ao protagonismo judicial ocorreu em razão de promessas plasmadas no texto da Constituição Federal de 1988 que, por carecerem de efetivação pelos Poderes da República com viés tipicamente político (Executivo e Legislativo), deveriam ser promovidas — por intermédio do critério da eliminação — pelo Poder Judiciário, ou seja, pelo campo jurídico em detrimento do político.⁵⁵ Esse raciocínio, que será melhor explicado em seguida, não parece acertado na medida que o desenho institucional e da separação harmônica (art. 2º, CF/88) entre Poderes trazido pela Constituição é silente quanto ao Poder "mais legítimo" para trazer ao mundo dos fatos suas normas dirigentes.⁵⁶ Fala, em verdade, na harmonia entre Poderes para a consecução dos objetivos da república e das demais normas, na esteira do argumento de igual importância entre os Poderes apresentado por Marcelo Neves.⁵⁷

No cerne do tema, interessa-nos a chamada jurisdição constitucional (e seus limites), que nada mais é do que a possibilidade de um Tribunal de cúpula promover a interpretação da Constituição e conformar as leis infraconstitucionais, valendo-se do princípio da supremacia da Constituição. Essa conformação, no Brasil, ocorre com a atuação do Supremo Tribunal Federal a quem cabe, entre diversas atribuições delineadas na Seção II do Capítulo III da Constituição Federal/88 (art. 101 e seguintes), a de declarar inconstitucionais normas (não apenas leis *stricto sensu*) que contrariem a Constituição. Paulo Bonavides aduz que: "o termo 'jurisdição constitucional', em sua versão contemporânea, está fundamentado na necessidade de estabelecimento de uma instância mediadora, neutra e imparcial para a solução de conflitos em âmbito constitucional."⁵⁸

Parte-se da ideia de que os juízes em geral e o Supremo Tribunal Federal em particular devem concentrar e pautar o mérito de seus julgamentos apoiando-se no ordenamento jurídico, sem ingressar no campo de escolhas políticas. Essa premissa, entretanto, não é de tão simples observância, eis que política e direito caminham lado a lado quando não formam uma coisa só.

⁵⁴ Rememora-se que, ao contrário de modelo tal qual o norte-americano, em solo brasileiro os juízes são submetidos a concursos públicos para admissão do cargo. Concordamos com essa sábia escolha do constituinte, eis que a politização da atividade judiciária serviria ao prejuízo da essencial independência funcional do magistrado.

⁵⁵ AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington BoiguesCorbalan. Da legitimação democrática do Poder Judiciário. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 2, n. 1, p. 141-164, 2014. p. 143.

⁵⁶ O termo Constituição dirigente (ou ainda compromissória) é trazido por José Joaquim Gomes Canotilho e indica um modelo constitucional que coloca linhas mestras a serem alcançadas pelo Estado. A Constituição Brasileira, principalmente em seu art. 3º, pode ser tida como exemplo disso. Ressalta-se que, mais tarde, o aludido autor acaba por abandonar esse termo. Para mais: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.

⁵⁷ NEVES, *Op. cit.*, p. 181.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. p. 128.

É possível minimizar o impasse, entretanto, com a adoção da chamada autocontenção. Pontes, Gomes Neto e Teixeira apresentam o conceito de autocontenção judicial "como sendo a adoção de uma postura respeitosa dos juízes para com os demais poderes estatais, ao evitar interferir nas ações do Executivo e do Legislativo".⁵⁹

Fato é que cada vez mais questões controvertidas, com impacto sobre o sistema jurídico, a economia e a política do país têm sido postas para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Antonio Umberto de Souza Junior aponta que a jurisdição, *per se*, já é a manifestação de um poder político.⁶⁰ Não obstante, rememora-se que a própria Constituição é fruto da política⁶¹ e de escolhas políticas.

Um exemplo prático de uma oportunidade perdida de autocontenção refere-se ao voto de dois ministros do STF no julgamento dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, em setembro de 2016. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal precisou enfrentar casos com repercussões bastante trágicas⁶²; tais julgados tratavam da possibilidade de fornecimento pelo Judiciário de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e também, em situação diversa, de medicamentos não registrados na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

O relator, ministro Marco Aurélio, primeiro a votar⁶³ sobre os dois Recursos Extraordinários, entendeu que o Estado está de fato obrigado a fornecer tais medicamentos a depender da demonstração: a) de imprescindibilidade (adequação e necessidade); b) da impossibilidade de substituição do fármaco; c) da incapacidade financeira do enfermo; d) da falta de espontaneidade dos membros de sua família em custear tais medicamentos. O ministro Luís Roberto Barroso, antes de proferir seu voto, pontuou que seria necessária a desjudicialização da saúde, porquanto "o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde".⁶⁴ Seguindo, manifestou entendimento de que já existe um modelo gerencial instalado para esse fim, através do Conitec (Conselho Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS), órgão responsável pela decisão de inclusão ou não de medicamentos na lista do SUS.

Se a decisão do ministro tivesse ido até esse ponto, dando-se prevalência às diretrizes traçadas pelo Poder Executivo por intermédio da lista do Conitec, teria sido exercida a

⁵⁹PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mario Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 15, n. 20, p. 138-159, 2017. p. 143.

⁶⁰SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre, Síntese, 2004.

⁶¹Para mais, observar a clássica obra: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Liber Juris, 1988.

⁶²Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. *Supremo Tribunal Federal*, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 27 mar. 2018.

⁶³O voto do ministro Luiz Edson Fachin no caso não será trazido pois a situação que se quer demonstrar pode ser posta com o voto dos dois ministros, a fim de se evitar uma tautologia na exposição dos argumentos.

⁶⁴Em consulta à tramitação desses processos no Supremo Tribunal Federal, constata-se que o inteiro teor dos votos ainda não foi publicado e a última movimentação do processo ocorreu em 20/11/2017, estando concluso ao relator. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 27 mar. 2018.

autocontenção judicial. Isso porque haveria, em alusão à definição trazida, uma postura de deferência ou não interferência do judiciário na seara dos demais Poderes. Seguindo em seu voto, pontuou que na hipótese de demanda judicial acerca de medicamentos fora da lista do SUS, o Estado não estaria obrigado a fornecê-lo de modo geral, mas apenas em casos específicos quando estivessem presentes 5 (cinco) requisitos cumulativos: a) incapacidade financeira do demandante; b) demonstração de que a não incorporação do medicamento na referida lista não foi resultado de uma decisão administrativa do Conitec; c) inexistência de um substituto terapêutico já incorporado ao SUS; d) comprovação de eficácia do medicamento por critérios empíricos da medicina; e) propositura de ação judicial em face da União, por se tratar do ente federativo competente para analisar tal matéria.

Já no que toca à concessão de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o ministro Barroso recomendou a seguinte tese com repercussão geral:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.⁶⁵

Resta certo, com os votos dos dois ministros, que em tais casos é no mínimo aceitável a tese de que o Poder Judiciário criou um rol com alcance amplo e geral, aos moldes de uma lei formal, para a questão dos medicamentos, ingressando no campo de uma escolha política sensível. A lide aguarda decisão dos demais ministros. Tratou-se, assim, de um caso jurídico com múltiplas repercussões, evidenciada pelo profundo impacto financeiro na Administração Pública e nas políticas públicas de saúde. O primeiro voto, portanto, trouxe 3 (três) requisitos cumulativos para a concessão dos medicamentos em qualquer hipótese. Já o segundo voto, embora tenha reconhecido que o Poder Executivo já aborda tal matéria com órgão técnico especializado, também calhou em erigir diversos requisitos para tanto a hipótese de medicamentos fora da lista do SUS quanto aqueles não registrados na ANVISA.

Agindo assim, o Supremo Tribunal Federal, pelo entendimento desses dois ministros, efetivamente trouxe requisitos gerais típicos de leis em matéria que seria de competência do Poder Legislativo, avocando para si o papel de ditar parâmetros sem enfrentar o debate qualificado e mais aliado ao princípio democrático que ocorre na arena legislativa, desprezando ainda as linhas anteriormente traçadas pelo Poder Executivo por meio do Conitec. Esse caso foi trazido a fim de demonstrar um exemplo prático de autocontenção não exercida.

⁶⁵ Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. *Supremo Tribunal Federal*, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 27 mar. 2018.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou a assentar diferentes visões no que toca ao debate sobre a legitimidade do direito, explorando noções que vão desde o complexo e multifacetado medievo até o que se calhou chamar de neoconstitucionalismo. Essa última "escola", ao promover um estado de coisas que supera o positivismo, traz vantagens e algumas inquietações. Por reaproximar o direito da moral através da carga axiológica dos princípios — e sua normatização — abandonou-se, em parte, o chamado *absolutismo jurídico* que via na lei estatal a fonte exclusiva do direito.

Entretanto, ao ganhar com a pretensão de correção própria da moral, o neoconstitucionalismo, pontificado por um papel ativo do juiz na aproximação entre a norma e o fato, acabou por descambar, em certos casos, no ativismo e na ditadura dos princípios, a justificar a produção do direito por um caminho pouco democrático e que despreza a arena legislativa. Bem por isso, são necessárias cautelas nesse cenário, visto que os princípios não podem ser tidos como superiores às regras, mas apenas como desdobramentos normativos distintos.

Analisou-se ainda um julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da concessão de medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS. Ao refletir-se sobre os votos dos ministros, conclui-se que a parte dispositiva de seus votos criou disposições gerais e amplas que extrapolam a competência da Corte Constitucional.

Embora o julgado estudado seja um extremo, existirão situações limítrofes em que o Judiciário, valendo-se da inafastabilidade da jurisdição, não poderá se furtar de decidir sobre determinados temas. Não é possível ainda criar métricas que coloquem quando o Poder Judiciário deve se autoconter. Essa é, em última análise, uma tarefa dos próprios intérpretes, sujeita a críticas e observações da doutrina, como aqui se fez. As contribuições trazidas pelas escolas francesas, alemã e pela nova leitura constitucional demonstram a complexidade do problema e eternizam a questão: a quem cabe dizer o direito?

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Da legitimação democrática do Poder Judiciário. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 2, n. 1, p. 141-164, 2014. p. 143.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista brasileira de direito público*, 2008.

_____. Redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*, v. 215, p. 151-179, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.



- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.
- CARBONEL, Miguel. El neoconstitucionalismo es un laberinto. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, p. 9-14, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. *Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau*. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000.
- COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules. In: Ronald Dworkin (Ed.). *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1971.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*/trad. de Flávio Paulo Meurer. Nova rev. da trad. por Enio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Vozes, 2003.
- GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Martins Fontes, São Paulo, 2014.
- _____. Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. XXV, Milano: Giuffrè, p. 267-284, 1996.
- _____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- _____. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- _____. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da Idade Moderna. *Análise Social*, p. 1183-1208, 2002.
- _____. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- _____. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.
- KANT, Immanuel. *The metaphysics of morals*. Cambridge University Press, 2017.
- LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Richard Romeiro. Platão e a questão da democracia na República. *Revista Estudos Filosóficos*, n. 12, p. 28-47, 2017.

Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. *Supremo Tribunal Federal*, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 27 mar. 2018.

PONTES, Juliana de Brito; GOMES NETO, José Mario Wanderley; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma análise das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 15, n. 20, p. 138-159, 2017.

SALGADO, Karine. O direito tardo Medieval: entre o *lus Commune* e o *lus Proprium*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, 2010, p. 244.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SAVIGNY, Carl von. Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência. *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, p. 296, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Liber Juris, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*. Porto Alegre, Síntese, 2004.

STAUT JUNIOR, S. S. Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 5, p. 1343-1358, 2015.

_____. *A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do Direito*.

STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. *Consultor jurídico*, 2014 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em 27 mar. 2018.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2.ed., Lisboa: CalousteGulbenkian, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il dirittomite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.