



Estes são os ícones que você encontrará ao longo de sua leitura. Eles servem para destacar e chamar atenção para partes importantes, estimular o pensamento crítico, memorizar conteúdos, sugerir informação complementar, dar dicas e sintetizar partes do estudo.



Disciplina 2

Direito Sanitário II

Professor Jarbas Ricardo Almeida Cunha

http://lattes.cnpq.br/7327299265101277

APRESENTAÇÃO

Neste estudo, objetiva-se descrever – de modo compendioso – a evolução da ciência jurídica, sistematizando conceitos, como sistema e estrutura do Direito; momentos de transição, como a passagem da dogmática à construção jurídica; importantes escolas teóricas, como o direito natural, o positivismo jurídico e o pós-positivismo, tentando, ao final, elaborar a função e gênese da norma jurídica e apresentando como base argumentativa o escalonamento hierárquico proposto por Hans Kelsen.

1 SISTEMA E ESTRUTURA DO DIREITO

Nesta primeira parte, com o auxílio de grandes clássicos do Direito, tentaremos abordar os principais pontos responsáveis por costurar uma capa coesa ao corpo jurídico, organizando, de modo sucinto, as principais características que formam o sistema e a estrutura do Direito. Tal entendimento é fundamental para posterior compreensão sobre a norma jurídica.

Segundo Coing (2002), um **sistema** jurídico integral e completo deveria conter dois pontos essenciais:



categórico em que fossem assinalados os devidos critérios de justiça.

1) Todos os princípios que poderiam ser interpretados e normatizados em um ordenamento jurídico, ou seja, um mapa

2) Todas as situações existenciais – e as respectivas regras que as regem – que, assim como o primeiro ponto, também deveriam ser devidamente interpretadas e normatizadas.

números):

Bobbio (2010), complementando a análise anterior, define o sistema de Direito em torno de três significados (clique nos

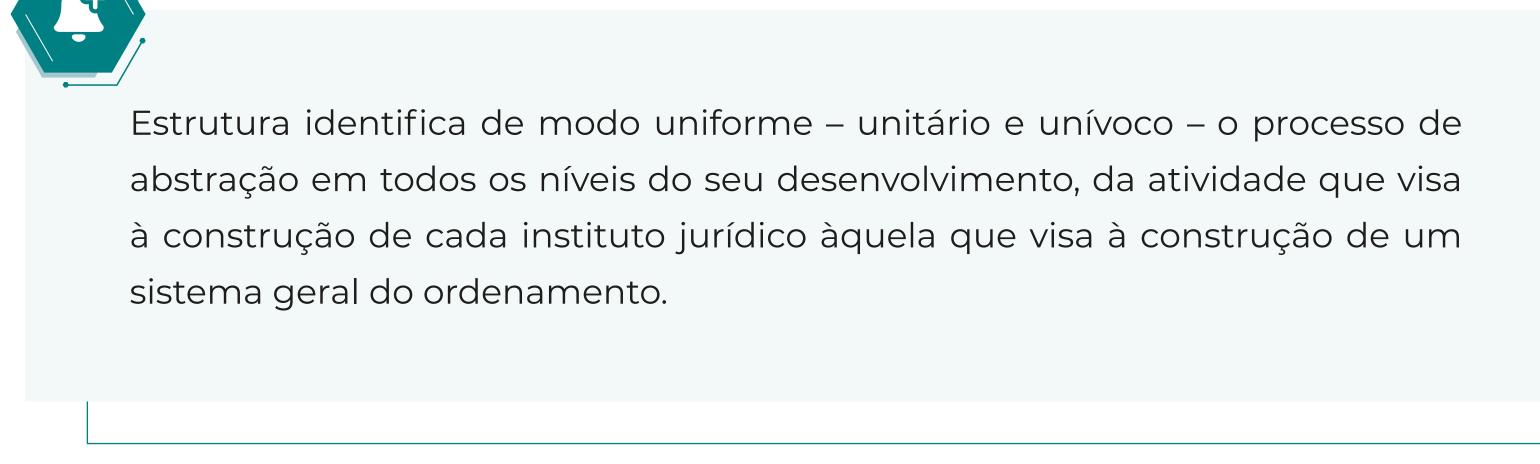
- princípios gerais, o que seria classificado como um sistema dedutivo.

Um ordenamento jurídico é um sistema se as normas que o compõem são deduzíveis de alguns

- Reunião dos dados fornecidos pela práxis (experiência), apresentando como lastro semelhanças no intuito de formar conceitos cada vez mais gerais até culminar em conceitos generalíssimos que possam, por fim, unificar todo o material de análise. Se o primeiro significado seria um sistema dedutivo, este apresenta-se como um sistema indutivo, pois há um ordenamento da matéria partindo do conteúdo de cada norma, com o propósito de construir conceitos gerais.
- - Princípio da coerência de um sistema jurídico, ou seja, as normas do mesmo ordenamento não podem se contradizer. Portanto, haveria um nexo de não contraditoriedade.

um fio condutor para o entrelaçamento conceitual de **estrutura** evocado por Losano (2008), nos seguintes termos:

Finalizando este primeiro ponto, os conceitos de sistema expostos acima por Coing (2002) e Bobbio (2010) servem como

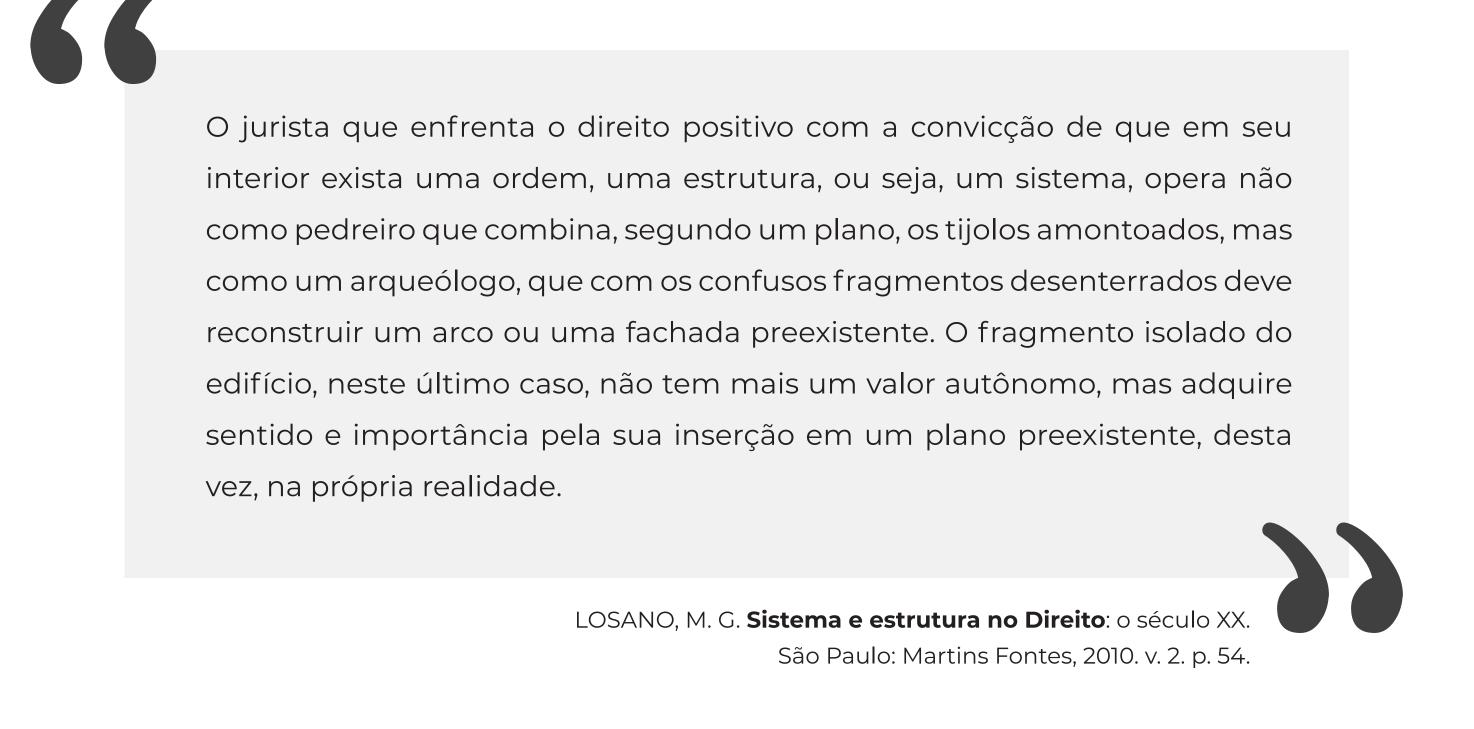


Portanto, a estrutura seria o gênero – um amplo e coeso ordenamento – que incluiria sua espécie – o sistema jurídico, com

exercício da hermenêutica jurídica em nosso dia a dia.

O historiador italiano Mario Losano apresenta uma bela metáfora sobre sistema e estrutura no Direito:

suas normas e princípios gerais. Compreender o sistema e estrutura do Direito torna-se ferramenta principal para o



2 A PASSAGEM DA DOGMÁTICA À CONSTRUÇÃO JURÍDICA

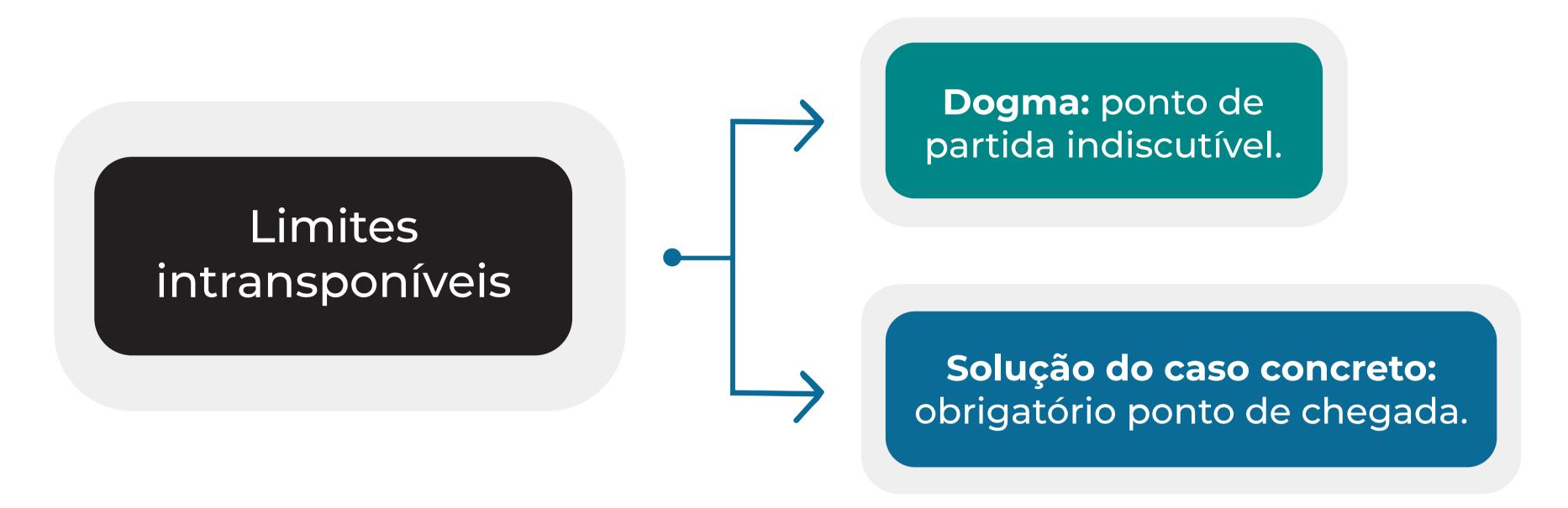
Neste segundo ponto sobre a passagem da dogmática à construção jurídica, Losano (2008) ensina que **dogma** remete a um elemento conceitual que desempenha específicas tarefas no **pensamento teológico.**



Dogmas demonstram-se tanto como ponto de partida relevante de todas as considerações suscitadas sobre a matéria quanto são chancelados como **indiscutíveis.**

Especificamente em relação à **dogmática jurídica**, Losano (2008) sustenta que se deve estritamente observar o elemento interpretado como ponto de partida e a respectiva indiscutibilidade da base fulcral contida na interpretação do Direito: a **norma jurídica**. Sem esta, a atividade teleológica – e não teológica! – do jurista não faria qualquer sentido.

O modus operandi do jurista, na praticidade de seu cotidiano, devia se mover, portanto, entre dois limites intransponíveis:

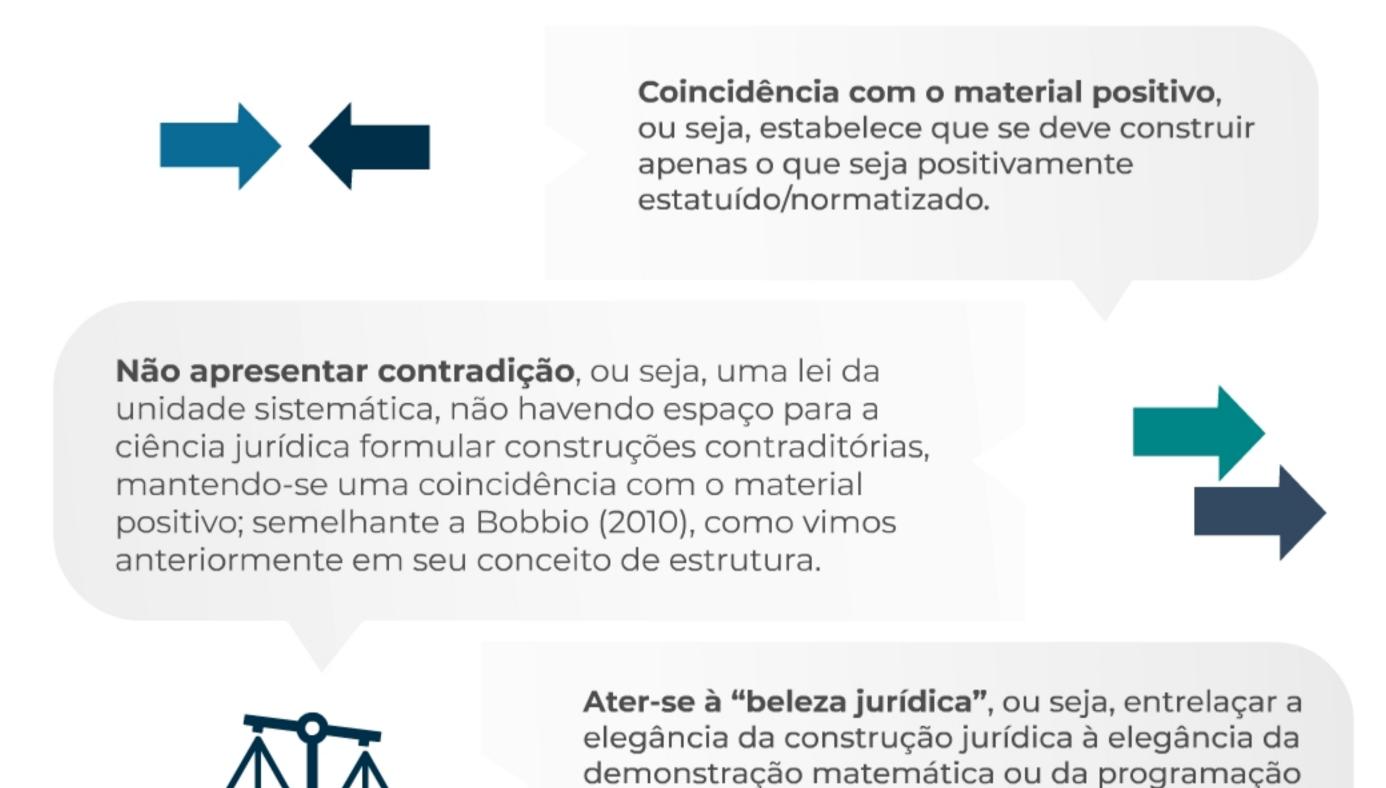


LOSANO, M. G. Sistema e estrutura no Direito: das origens à escola histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

O ponto de partida é a norma jurídica como dogma que auxiliaria na resolução do caso concreto, este como um ponto de chegada.

Em um segundo momento, com a construção jurídica, passa-se à fase criativa da atividade do jurista, sem se prender a dogmas, ou seja, sem se prender à intepretação formal e obtusa da norma jurídica.

O conceito de **construção jurídica** pode ser evidenciado por Jhering (2001), definido como **qualquer atividade que tenha por objeto a estrutura de um corpo jurídico**. Esse jurista alemão também desenvolve três leis que regem a construção jurídica dessa mesma estrutura:



informática, em uma lógica dialética

encadeada nos respectivos graus normativos

Desse modo, Jhering (2001) sintetiza que o direito plasmado pela construção normativa teria o sistema como a forma mais benéfica para a matéria positivamente constituída e que o mesmo sistema não deixaria de ser a fonte de nova matéria. É importante ressaltar que, neste momento, a criatividade do jurista faria parte da positivação normativa, impondose aos dogmas. Assim, houve a passagem histórica da dogmática à construção jurídica, em uma interpretação mais criativa da norma jurídica.

hierárquicos.

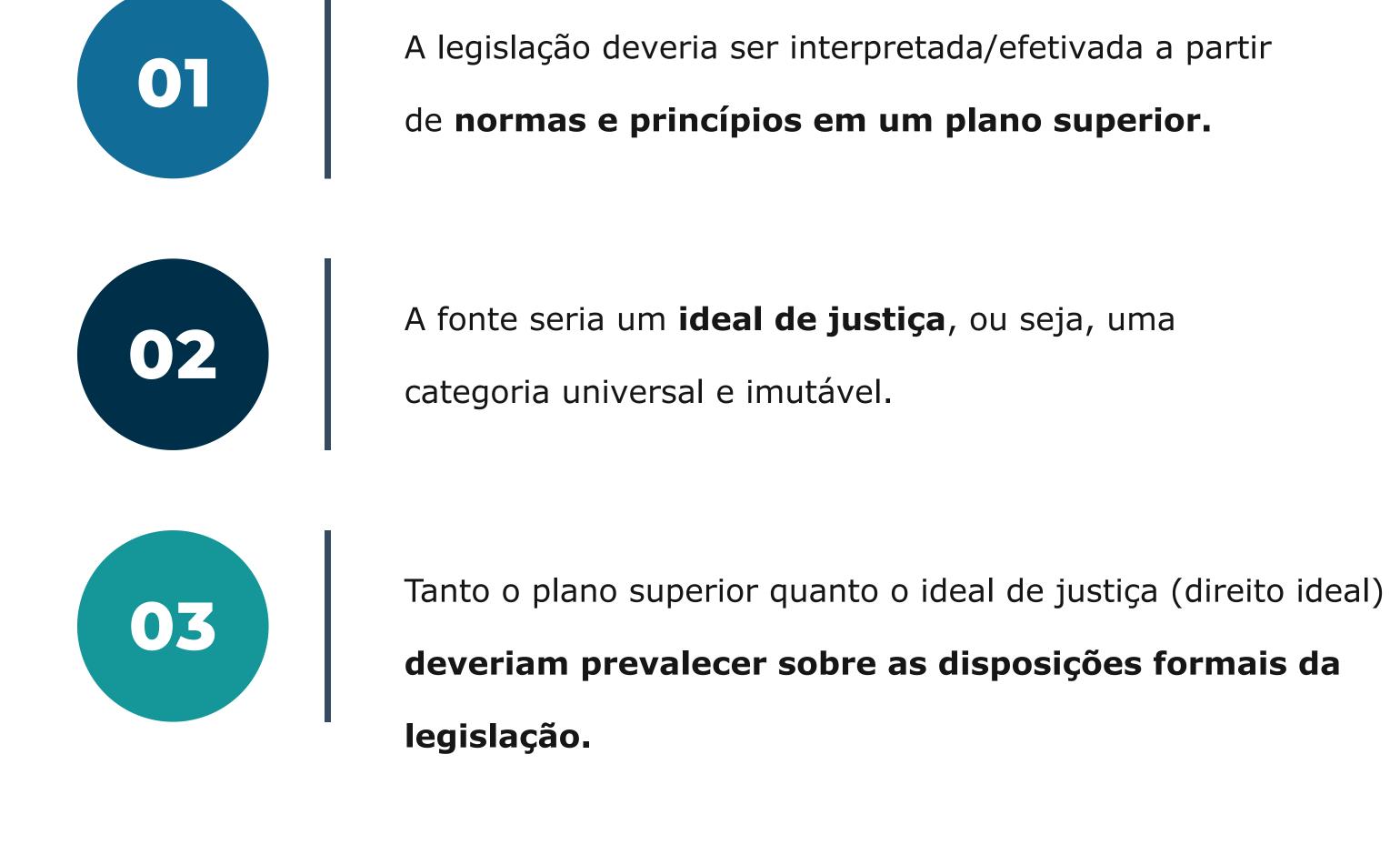
Percebemos, por fim, que a passagem da dogmática à construção jurídica apresenta um diálogo efetivo com o primeiro ponto sobre sistema e estrutura do Direito, realçando uma incipiente ciência do Direito. Também veremos que esse debate inicial serve como introito às discussões sobre direito natural e positivismo jurídico.

Vamos estudar um pouco mais sobre essas escolas teóricas adiante.

3.1 O DIREITO NATURAL

Segundo Bedin (2014), o **direito natural** – também conhecido como jusnaturalismo – iniciou-se na Grécia Antiga, sendo relevante até o final do século XVIII, representando um **direito ideal** que condicionaria validade, de acordo com as seguintes características (**clique** nos números):

Direito Natural



Direito Natural Cosmológico

corretamente interpretadas pelos homens.

- Normas condizentes com a natureza das coisas, que são justas à medida que forem

humana, respectivamente, Direito Natural Cosmológico, Direito Natural Teológico e Direito Natural Antropológico.

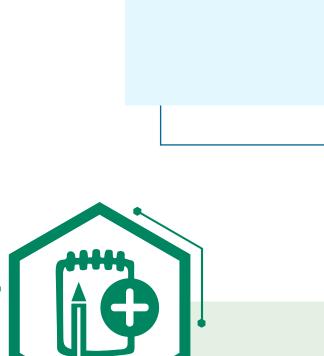
Bedin (2014) relata três influências sobre o direito natural (ou jusnaturalismo): natureza em si, Deus e natureza



Seria o direito natural uma espécie de dogma jurídico?

Teriam diferenciações ou seriam semelhantes?

conhecemos como direito natural, entramos em uma nova fase do direito com o assim denominado positivismo jurídico,



com a tarefa de contrapor-se a esse jusnaturalismo.

3.2 O POSITIVISMO JURÍDICO

Manifestando-se com base na ineficácia do idealismo principiológico e na recusa em incluir juízos de valor no raciocínio

jurídico é que se forma, no início do século XX, o **positivismo jurídico**. Teoria essa em explícito contraponto ao direito

Exerça sua curiosidade intelectual e pesquise sobre a vida e obra dos

grandes pensadores da humanidade defensores do direito natural:

Aristóteles, Tomás de Aquino e John Locke.

O principal nome do positivismo jurídico é **Hans Kelsen**, que formulou a **Teoria Pura do Direito**, com o objetivo de

natural.

delimitar o campo do conhecimento jurídico à possibilidade descritiva e de conhecimento do sistema normativo. A partir dessa análise normativa, o **Direito posto (norma) seria o objeto científico** sobre o qual o jurista deveria se debruçar.

Figura 1. Hans Kelsen.



Fonte: https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/.

Kelsen (2009) concebe o positivismo jurídico de modo "puro", esvaziando os elementos metafísicos e idealistas sobre a

natureza do Direito. Na visão de Kelsen (2009), ratificada por Losano (2010), há três características fundamentais do



01 02 03

Na visão de Kelsen, o Direito deveria ser independente e autônomo em relação às outras ciências, como a Sociologia,

Economia, Política etc. Estas poderiam servir até como ciências auxiliares, mas o Direito deveria se constituir como uma

cido.

da norma.

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto.

Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.

O positivismo jurídico foi deturpado como justificativa normativa dos regimes totalitários do século XX (nazismo, fascismo e

comunismo), caindo em descrédito perante o mundo do Direito e abrindo as portas para entrada de uma nova teoria: o

Segundo Marmelstein (2019), o principal objetivo do pós-positivismo – e muito em decorrência do desastre perpetrado

pelos totalitarismos – seria a **proteção da dignidade humana**, devendo haver um considerável **conteúdo humanitário**

Bonavides (2020) complementa esse viés afirmando que não somente a lei teria preponderância, mas também os valores e

pós-positivismo jurídico. Um detalhe importante: apesar de algumas críticas ao excessivo apego à norma, Kelsen

ciência pura, soberana, sem se "contagiar" por esses outros ramos da realidade.

Dessa forma, o positivismo jurídico contém uma validade consubstanciada em força obrigatória: suas normas devem ser incondicionalmente obedecidas pelas autoridades públicas e por todos os cidadãos, independentemente de seu conteúdo. Sendo assim, não caberia ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do Direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos (MARMELSTEIN, 2019).

Logo no início da clássica obra "Teoria Pura do Direito", Kelsen define o que seria sua proposta de positivismo jurídico:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo

feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

continuaria como grande referência e inspiração.

na normatização positivada.

de Direito.

3.3 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

princípios que, em sua visão, constituiriam um pedestal normativo sobre o qual assentaria todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais a serem refeitos.

autonomia da vontade, da liberdade de expressão, da democracia etc., reconhecendo-se, finalmente, **a força, eficácia e concretude jurídico-normativa dos princípios**, base celular do Estado Democrático de Direito.

Assim, resumimos as principais características do pós-positivismo como as seguintes:

Princípios e regras são

Crítica ao excessivo

legalismo e formalismo

interpretação jurídica em

o desenvolvimento da

jurídico, que obstaculizariam

Dessarte, no pós-positivismo, a norma continuaria a ser a maior estrela da constelação jurídica. E Kelsen preservaria

sua importância no sentido de revigorar a força normativa dos direitos fundamentais. Haveria destaque, portanto, para a

normatização dos princípios jurídicos, tal como a já mencionada dignidade da pessoa humana, além da igualdade, da

Os princípios possuem um forte conteúdo ético-valorativo, principalmente a dignidade da pessoa humana.

Os princípios possuem um ratificados, de modo definitivo, como normas jurídicas, pesando sua respectiva validade em cada situação.

Consolida-se a força

guarida aos novos

normativa da Constituição,

documento supremo de

princípios.

prol da dinâmica democrática.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2019.

As constituições das repúblicas pós-guerra – formadas principalmente na segunda metade do século XX – foram influenciadas pelo pós-positivismo, enunciando princípios e regras como normas eficazmente válidas e apresentando como primado fulcral a dignidade da pessoa humana. É o caso da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e vigente até os dias atuais como baluarte em defesa do Estado Democrático e Social

4 A FUNÇÃO E GÊNESE DA NORMA JURÍDICA: A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO E DA NORMA FUNDAMENTAL KELSENIANA

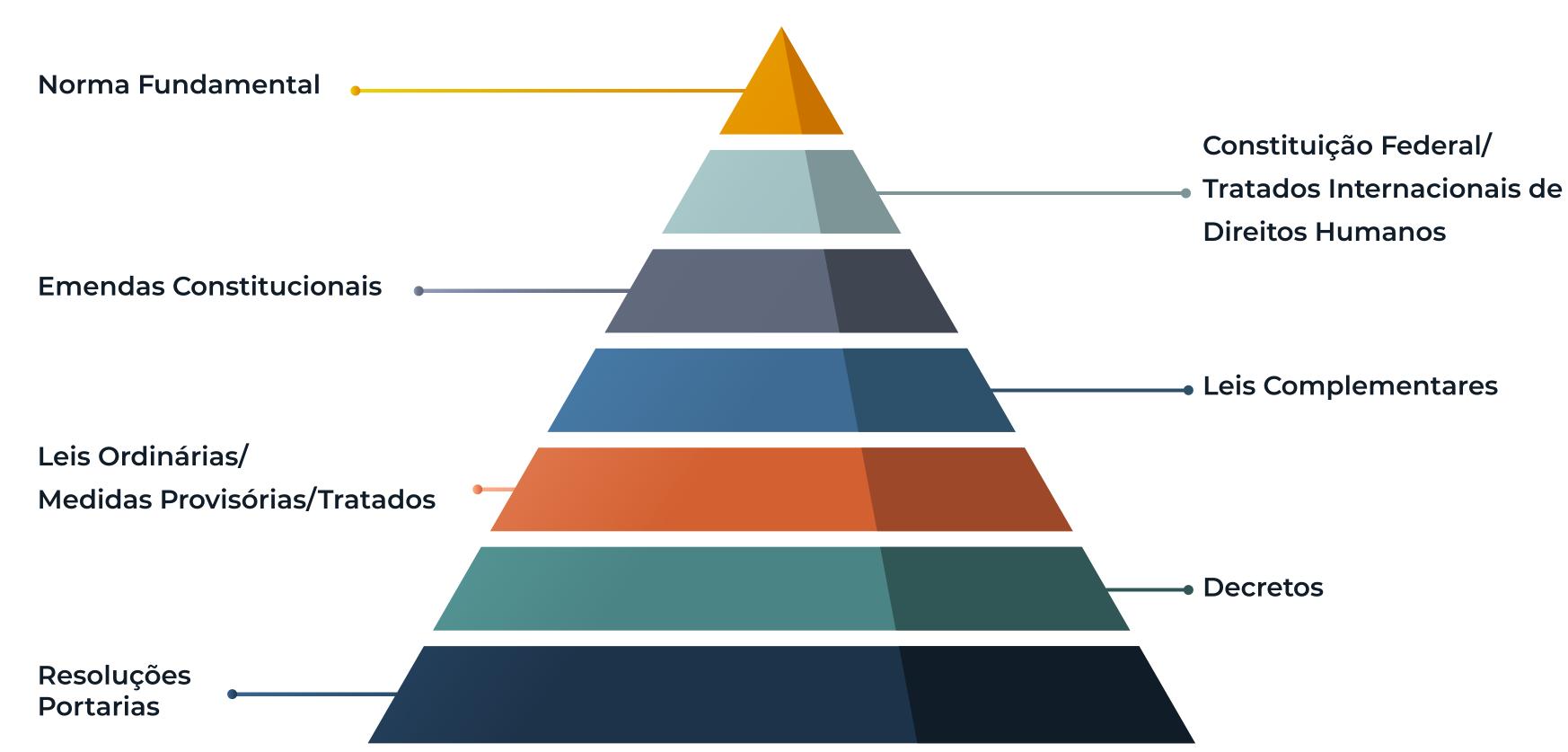
Depois de enunciarmos uma linha evolutiva da ciência do Direito subsumida em conceitos como estrutura e sistema, doutrinas como o direito natural, o positivismo e o pós-positivismo, descreveremos nesta parte a função e gênese da norma jurídica, realçando ainda mais o pensamento do clássico Hans Kelsen.

Como já anteriormente citado, Kelsen foi um dos maiores teóricos da ciência jurídica, responsável por uma **Teoria Pura do Direito**, objetivando uma sistematização científica por meio de seu **escalonamento hierárquico de normas jurídicas** – a assim denominada "pirâmide kelseniana".

O nome desse jurista austríaco está acima de qualquer polêmica juspolítica e é utilizado não somente pelos defensores do positivismo, mas também pelos adeptos das inovações e atualidades demonstradas pela escola do pós-positivismo.

Na sua obra principal, "Teoria Pura do Direito", a validade do direito positivo é explicada por meio de uma **estrutura**piramidal de escalonamento hierárquico na qual as normas de nível inferior recebem a sua validade das normas superiores, e assim sucessivamente. Como exemplo atualizado, apenas para ilustrar o entendimento:

Figura 2. Pirâmide de Kelsen.



Veja que as resoluções e portarias estão na base ou piso da pirâmide e **seguem uma ordem de validação superposta até o respectivo topo hierárquico**: decretos, leis ordinárias, medidas provisórias e tratados, leis complementares, emendas constitucionais. Por fim, todas essas normas recebem sua validação pelo documento jurídico mais importante do escalonamento: a **Constituição Federal**.

Portanto, a norma positiva mais elevada e importante da pirâmide kelseniana é a Constituição, que incrivelmente também não deixa de receber sua validade pela, assim denominada por Kelsen (2009), "norma fundamental hipotética", que está no topo do topo da pirâmide.

Essa norma fundamental hipotética kelseniana fornece validade não somente para o corpo normativo principal (a Constituição), mas para todo o sistema e estrutura do Direito construído da base ao topo da pirâmide.

Losano (2010) conceitua a norma fundamental, elemento basilar para o entendimento da pirâmide kelseniana, da seguinte forma:



única norma fundamental. Tal norma fundamental não é uma norma estatuída (ou posta) pelo legislador, mas imaginada por quem examina o ordenamento: é uma norma pressuposta, mas não posta [...] a norma fundamental seja a arquitrave da teoria pura do direito, porque somente ela atribui unidade ao ordenamento jurídico.

[...] o direito é unitário porque todo o ordenamento deriva de uma



A concepção de Kelsen na formulação da pirâmide normativa parte do pressuposto de que, **para uma norma existir e ser**

válida, é necessário um respaldo nas normas superiores, que facultem ao legislador, então, produzir as normas inferiores. Das normas superiores, abre-se o campo lógico de validade das normas inferiores, mas a criação da norma, ainda assim, é um ato de vontade, que se abre aos impulsos reais da imbricação do direito com a totalidade social.

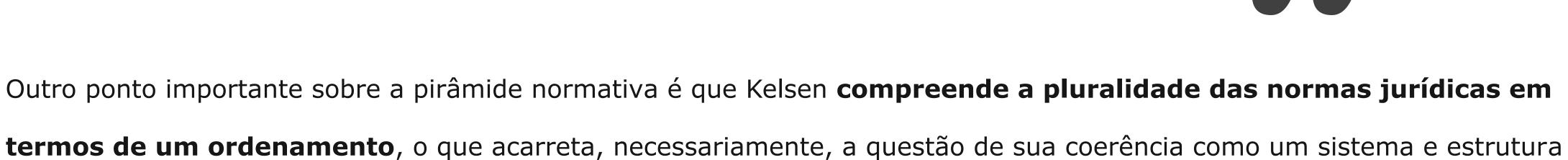
De acordo com Carvalho (2012, p. 76):



e irradia-se por todo o ordenamento jurídico.

É pacífico o entendimento de que todas as leis infraconstitucionais

devem buscar seu fundamento na Constituição do país, que assim atua



do Direito. Ou seja, as normas jurídicas são plurais e abundantes dentro de um Estado, muitas vezes até mesmo contraditórias. No entanto, para Kelsen, a ciência do Direito somente pode ser pensada a partir de uma construção escalonada do ordenamento jurídico, que estabelece patamares tendo por base a hierarquia das normas.

O sistema e a estrutura do ordenamento jurídico kelseniano se concretizam, ainda, por meio da validade das normas. A

porque normas hierarquicamente superiores lhe dão esse manto. Não é no mesmo patamar que se vislumbra a validade de uma norma: devem-se observar os escalões superiores para identificar a validade de uma norma inferior (LOSANO, 2010; MASCARO, 2010).

Em nosso país, por exemplo, podemos afirmar que existe relação

validade é a qualidade da norma que revela sua adequação formal e material ao ordenamento. Uma norma só é válida

Federal situa-se em um plano superior em relação a todas as demais. Por sua vez, a Constituição Estadual está situada de forma superior à Lei Orgânica Municipal, e a Lei Orgânica do Distrito Federal é equiparada à Constituição Estadual. Portanto, nenhuma norma do ordenamento pode se opor à Constituição Federal, sendo esta a Lei Maior de nossa nação.

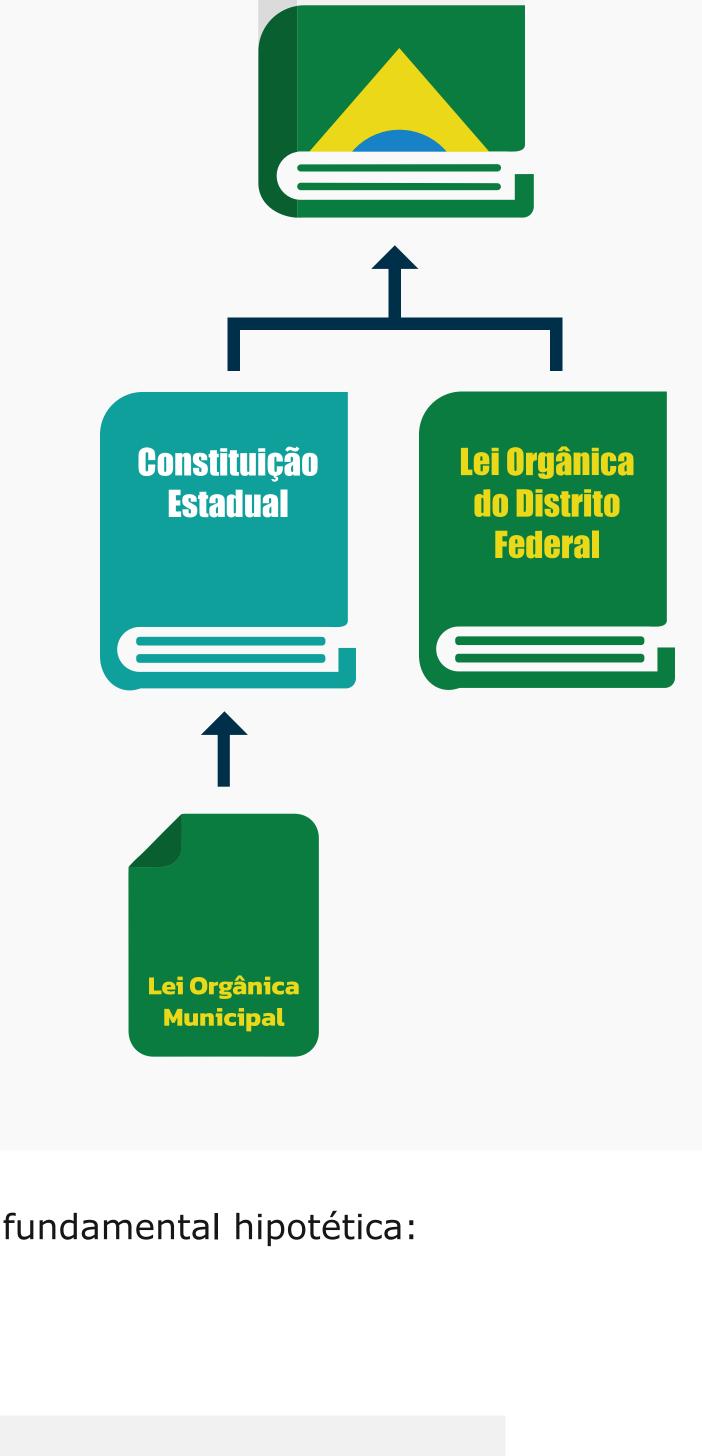
A importância da norma fundamental hipotética elaborada pelo gênio de Kelsen responde à indagação de como se sustenta a validade de todo o ordenamento jurídico estruturado em torno da

hierárquica entre a Constituição Federal e as Constituições

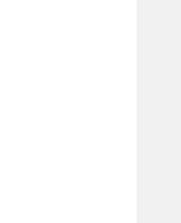
Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Nesse caso, a Constituição

Constituição. Ou melhor: quem dá validade às normas mais altas do ordenamento, isto é, às normas constitucionais?

O próprio Kelsen responde ratificando a importância da elaboração da norma fundamental hipotética:



A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é,



norma que se pressupõe com a última e a mais elevada. **Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta**, visto que não pode ser posta por
uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda
mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais
elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. **Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental** (Grundnorm).

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 217.

ortanto, é a diretriz do pensamento que **sinaliza ao jurista que tal ordena**

em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de

validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um

determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa

A norma fundamental, portanto, é a diretriz do pensamento que **sinaliza ao jurista que tal ordenamento é válido**, aquele a que se deve referir no que concerne às atividades jurídicas. A natureza da norma fundamental, segundo Kelsen (2009), refere-se imediatamente a uma Constituição determinada e efetivamente estabelecida.

uma condição para a compreensão da cadeia lógica das validades de um ordenamento. É necessário ter como pressuposto desse escalão hierárquico de normas jurídicas que, a partir do topo, deve-se seguir a Constituição.

Conforme Mascaro (2010), a norma fundamental é uma hipótese que permite pensar o ordenamento jurídico. Trata-se de

Pensando na pirâmide kelseniana – trazendo-a para nossa realidade – como analisamos a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em face da pandemia da covid-19 em relação à competência comum e concorrente dos entes federativos de nosso país, haja vista os arts. 23 e 24 da CF/88 c/c arts. 196 – 200 (direito à saúde – SUS)? Houve respeito à Constituição Federal, norma superior do ordenamento brasileiro?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste pequeno estudo, tentamos destacar o início de formação da Ciência do Direito, analisando a função e a gênese da norma jurídica, instrumento essencial para o trabalho do jurista.

Vimos a evolução em torno do debate das escolas jurídicas: a estrutura e o sistema do Direito; a passagem dos dogmas para a construção criativa da lei – com base sempre na norma, claro! E também alguns aspectos sobre o direito natural, o positivismo jurídico e o pós-positivismo, com seus principais conceitos, teóricos e polêmicas.

Finalizamos tentando compreender a importância da teoria do clássico Hans Kelsen e seu escalonamento normativo hierárquico, que ainda exerce grande influência nos sistemas jurídicos de todo o mundo, especialmente em nosso país.

Esperamos que os estudantes aprendam os principais conceitos apresentados e que possam utilizá-los como condutores para a resolução judicial e extrajudicial no dia a dia de seu trabalho em prol da efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDIN, G. A. A Doutrina Jusnaturalista ou do Direito Natural: uma introdução. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ, ano XXIII, n. 42, jul./dez. 2014.

BOBBIO, N. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodium, 2020.

CARVALHO, R. S. Pirâmide Normativa de Kelsen: análise sob as teorias constitucionalistas de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Norte Científico, v. 7, n. 1, 2012.

COING, H. Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor – SAFE, 2002.

JHERING, R. von. A finalidade do Direito. Porto Alegre: Casa do Advogado, 2001.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOSANO, M. G. Sistema e estrutura no Direito: das origens à escola histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

LOSANO, M. G. Sistema e estrutura no Direito: o século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

MARMELSTEIN, G. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2019.

MASCARO, A. L. Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2010.

FICHA TÉCNICA

© 2023. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Escola de Governo Fiocruz.

Alguns direitos reservados. É permitida a reprodução, disseminação e utilização desta obra, desde que citada a fonte. É vedada a utilização para fins comerciais.

Especialização em Direito Sanitário. Brasília: [Curso na modalidade à distância]. Escola de Governo Fiocruz, 2023.

Ministério da Saúde

Nísia Trindade Lima

Ministra da Saúde

Swedenberger Barbosa Secretário-Executivo

Conceição Aparecida Pereira Rezende

Diretora do Departamento de Gestão Interfederativa e Participativa (DGIP/SE/MS)

Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)

Mário Moreira

Presidente

Fiocruz Brasília (Gereb)

Maria Fabiana Damásio Passos

Diretora

Escola de Governo Fiocruz Brasília (EGF)

Luciana Sepúlveda Köptcke

Diretora Executiva

Sandra Mara Campos Alves

Escola de Governo Fiocruz Brasília

Programa de Direito Sanitário

Avenida L3 Norte, s/n, Campus Universitário Darcy

Ribeiro, Gleba A

CEP: 70.904-130 - Brasília - DF Telefone: (61) 3329-4550

CRÉDITOS

Coordenação-Geral do Curso

Sandra Mara Campos Alves

Professor

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

PRODUÇÃO DO CURSO

Núcleo de Educação a Distância da EGF-Brasília

Coordenação

Maria Rezende

Design Instrucional Erick Guilhon

Fabrícia Alves Juliana Bermudez Sarah Resende

Revisão Textual

Simone Aguiar

Erick Guilhon Filipe Lopes

Produção Multimídia

Márlon Lima Philippe Lepletier

Design Gráfico

Daniel Dias Eduardo Calazans

Thalisson Cruz

Produção Audiovisual

Arthur Gonzaga Thiago Barreto

Edição AVA

Ivelma Rodrigues Trevor Furtado

Desenvolvimento

Bruno Cardozo Gabriel Ferreira Joana D'Angeles Rafael Cotrim Douglas Fernandes Thiago Xavier Trevor Furtado

Supervisão de Oferta

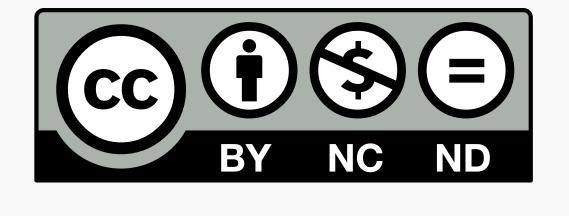
Meirirene Moslaves

Suporte Técnico

Dionete Sabate

Poliana Silva

Vando Pinto



Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons – Atribuição – Não Comercial - Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.









