

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS AMPARADAS EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO SENSO COMUM TEÓRICO NO BRASIL¹

THE MOTIVATION OF JUDGMENTS IN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES SUPPORTED: SENSE OF OVERCOMING THE NEED FOR COMMON THEORY IN BRAZIL

Cesar Luiz Pasold²

Sandra Krieger Gonçalves³

Pablo Dietrich⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. Algumas teorias e sua recepção equivocada; 2. Positivismo exegético e kelseniano e sua repercussão nas decisões judiciais ; 3. Decisões judiciais que se amparam em Princípios Constitucionais para decidir casos relacionados ao Direito Fundamental à saúde; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO: Em razão do exercício do poder jurisdicional e seu alargamento constante, o Poder Judiciário intervém cada vez mais nas relações jurídicas, seja para extingui-las, seja para constitui-las ou, por fim, seja para modificá-las. Para o estudo do tema, divide-se esta abordagem em duas vertentes. A primeira, que expõe o que integra o senso comum teórico no Brasil por conta de recepções teóricas equivocadas e que podem gerar consequências perniciosas às decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito. Na segunda, destacam-se decisões que têm por intuito estabelecer – ao menos por amostragem não

¹ O presente artigo é resultado de um conjunto de pesquisas e publicações dos autores, cujo foco é a análise crítica de determinadas fundamentações de decisões judiciais.

² Doutor em Direito do Estado pela USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR; Professor e Orientador de Dissertações e Teses nos Cursos de Mestrado e de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. cesarpasold@gmail.com

³ Mestre em Ciência Jurídica e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, sandra@kriegeradvogados.com.br

⁴ Acadêmico do Décimo Semestre de Direito na Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB; pablodietrichh@hotmail.com

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

aleatória e a título ilustrativo – o que os fenômenos diagnosticados por juristas têm significado quando aludem a alguns dos direitos fundamentais e princípios relacionados ao Direito à Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Senso Comum Teórico; Decisão Judicial; Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: Because of the exercise of judicial power and its constant enlargement, the Judiciary intervenes increasingly in the legal relations, either to extinguish them, either to build them, or, lastly, either to modify them. To the subject of study, this approach divides into two strands. The first, which exposes what integrates the theoretical common sense in Brazil because of misleading theoretical receptions and generates a negative impact to the judicial decisions in a Democratic State. The outstanding decisions have meant to provide - at least by nonrandom sampling and illustratively - what diagnosed phenomena by lawyers mentioned have operated when allude to some of the fundamental rights and principles relating to the Right to Health.

KEYWORDS: Theoretical Common Sense; Judicial Decision; Constitutional Principles

INTRODUÇÃO

O **objetivo** deste artigo é, ao abordar algumas decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais, cujo conteúdo está intimamente ligado ao direito fundamental à saúde, procurando estabelecer aporte crítico com a análise doutrinária acerca do senso comum teórico no Brasil, em especial sob a perspectiva de Lênio Streck.

Em razão do exercício do poder jurisdicional e seu alargamento constante, o Poder Judiciário intervém cada vez mais nas relações jurídicas, seja para extingui-las, seja para constitui-las ou, por fim, seja para modificá-las. No entanto, essa intervenção pode estar consolidando o protagonismo judicial⁵ pernicioso em um Estado Democrático de Direito.⁶

⁵ Por meio desta categoria, STRECK visa desnudar o paradigma da consciência segundo o qual o direito é aquilo que os juízes dizem que ele é. O protagonismo/ativismo do julgador é, nesse contexto, meio pelo qual se acoberta uma atividade subjetiva (não raro, arbitrária), ancorada na

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Não é demais enfatizar-se que o **objeto** deste artigo não está na intervenção do Poder Judiciário por si só, mas na maneira pela qual este intervém e nas questões hermenêuticas subjacentes nesse ato. Ou seja, a crítica é dirigida ao protagonismo judicial e não à intervenção em si mesma, algo, mister reconhecer, inseparável da natureza da função jurisdicional.

Com efeito, quando se determina por decisão judicial a obrigação de fazer com base em contrato de seguro, deve-se fundamentar de forma democrática e responsável; e não apenas albergar a decisão em normas de conteúdo indeterminado, cláusulas gerais e pseudoprincípios jurídicos⁷ – de cunho arbitrário, eis que com fulcro na consciência do judicante – ou simplesmente se basear na vulgata da ponderação alexyana.

Informa-se, enfim, que na fase de investigação foi utilizado o método dedutivo, na fase de relato dos resultados que se consuma no presente artigo, o método empregado foi o indutivo. Na fase de tratamento de dados, o método analítico.

ultrapassada filosofia da consciência. O autor também nomeia o protagonismo por meio da expressão solipsismo judicial, a denotar a falta de rompimento com o paradigma sujeito-objeto, que serve de ancora para aqueles que decidem conforme sua consciência. In: STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

⁶ O Estado Democrático de Direito é uma espécie de conciliação do individual com o social, da legalidade com a igualdade e de máxima legitimação do poder. CANOTILHO assevera que essa espécie de Estado é caracterizada por um “mais” ao Estado de direito. Com efeito, apresenta uma ruptura com os modelos anteriores, liberal e social, a fim de acrescentar uma transformação social e econômica, incluindo-se valores voltados à qualidade de vida da sociedade e suas relações pluralizadas. Entre esses acréscimos (“mais”) de conteúdo à função do Estado estão inseridas as normas que garantem as eleições livres, com o poder exercido pela vontade soberana do povo, a partir de sua participação no voto secreto, direto e universal. A soberania popular e a participação dos indivíduos revelam assim a máxima expressão do princípio democrático. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

⁷ “[...] com o advento da ‘era dos princípios constitucionais’ – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito –, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los *um sucedâneo dos princípios gerais do direito* ou o ‘suporte dos valores da sociedade’ (o que seria isso ninguém sabe). ‘Positivaram-se os valores’: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a ‘criação’, em segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser tirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem” In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 518.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

As técnicas empregadas foram a do referente, do fichamento, da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.⁸

1. ALGUMAS TEORIAS E SUA RECEPÇÃO EQUIVOCADA

Arroga-se ao positivismo exegético, cujo surgimento se deu na França do século XIX, o rigor interpretativo, visto que se circunscrevia à análise literal do texto normativo. O juiz, nesse período, era considerado a boca da lei, no sentido de que apenas funcionava na qualidade de porta-voz da estrita vontade do legislador, à época monarca.

Essa constatação decorre da postura científica imperante naquela quadra da história, cuja base positivista exegética determinava que tão somente os fatos, em razão de sua submissão à experiência, detinham natureza científica. Daí não tardar a eleição no âmbito jurídico, desse objeto fático de natureza científica, que para os juristas tornou-se a lei. Portanto, os estudos jurídicos adstringiam-se a leis e/ou códigos.⁹

Diante disso, o positivismo era uma concepção segundo a qual apenas o positivado era considerado parte da ciência jurídica; ao passo que o restante, direito natural, não mais faria parte do mundo jurídico, visto que não existiria outro direito que não o positivo.¹⁰

Para BOBBIO, esse entendimento relacionado à ciência jurídica surgiu com a formação do Estado moderno, após a dissolução da Sociedade medieval, que era pluralista e reputava o direito como fenômeno social. Por outro lado, com o desenvolvimento do Estado moderno, o Estado assume estrutura monista, de

⁸Sobre os Métodos e Técnicas e as Fases da Pesquisa, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. Florianópolis: São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.81 a 92.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

modo a encontrar os poderes em si, pois é visto como o criador e mantenedor do direito.¹¹

Daí que se afastar da lei implicava olvidar a ciência jurídica, na medida em que qualquer outro elemento pudesse ser reputado anticientífico e despiciendo. É destacável que as experiências positivistas exegéticas variam a depender da tradição jurídica do país, recebendo contornos distintos, embora o núcleo seja sempre aquele decorrente da França.¹²

No particular dos resquícios do positivismo exegético, entendido nos termos acima expostos, constata-se que este repercute na atual quadra da história em sentido anverso a sua própria natureza exegética, quer dizer, o juiz no intuito de não ser a boca da lei – algo que hoje é condenável – acaba por subvertê-la com o protagonismo judicial.¹³

Ocorre que, por conta do aumento dos problemas relacionados ao positivismo exegético, cuidou-se de aperfeiçoar o rigor científico ligado ao positivo, ao fato submetido à experiência, sobretudo porque a abrangência desse fato aumentou significativamente em decorrência da intensificação, no século XX, da intervenção do Estado na Sociedade.¹⁴ Esse colimado aperfeiçoamento é chamado por Streck de positivismo normativista.¹⁵ Ademais, o modelo sintático-semântico de interpretação – nominado também de interpretação literal – não mais se coadunava com a Sociedade em constante desenvolvimento.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 26-27.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31

¹⁴ No que concerne à grafia da palavra Sociedade com o S maiúsculo, Pasold leciona que “[...] se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E em maiúscula, também e principalmente a criatura/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S em maiúscula”. In: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. Florianópolis: São Paulo : Conceito Editorial, 2011, p. 169, nota de rodapé nº 162.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Kelsen colimou desenvolver uma teoria do direito pura, isto é, sem intervenções externas. Assim, o autor queria purificar a ciência jurídica da metafísica, das ideologias, da política, da moral e de outros ramos científicos. Mesmo porque só dessa forma se conseguiria a pureza científica, a exatidão de método científico. Em uma só frase: Kelsen queria que a ciência jurídica de fato fosse ciência, e não aquilo que estava se tornando – e, diga-se de passagem, volta a estar hoje.¹⁶

A própria justiça, segundo Kelsen, não deveria ser computada para fins de ciência jurídica e purismo, em face de sua indeterminação e subjetivismo. Sabiamente o referido autor já enfrentava isso na medida em que buscava meios de obstar o uso de juízos de justo e injusto no âmbito jurídico.¹⁷

Em consequência, KELSEN se adstringiu, em sua teoria, ao conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico positivo do Estado, ao que atribui o nome de positivismo jurídico¹⁸. É bom lembrar que tal corrente jurídica é pouco compreendida pelos operadores do direito na atualidade, quer dizer, grande parte deles confunde o positivismo exegético com o positivismo kelseniano ou, como Streck o rotula, normativista.

Para Kelsen, pois, a ordem jurídica é composta por: a) Constituição; b) emendas constitucionais; c) leis complementares; d) leis ordinárias; e) decretos governamentais; f) atos normativos; e g) norma individual. O que não destoa da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88¹⁹, como se denota do art. 59.²⁰

Outro ponto fundamental é a interpretação jurídica, pois Kelsen a liga à formação escalonada do ordenamento, ou seja, vê a interpretação como operação mental

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XI.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 54.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

¹⁹ A sigla CRFB/88 é utilizada, em certos momentos no presente artigo, para indicar a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

que desvela o sentido da norma superior para, nos termos desta, fundamentar a norma inferior, que, por exemplo, pode ser uma norma individual expedida por um juiz.²¹

Ocorre que as normas de escalão superior não são completas, de maneira a dar margem, plena ou não, de liberdade ao aplicador-criador. Daí Kelsen lecionar que as normas de escalão superior têm caráter de moldura a ser preenchida pelo aplicador-criador.²²

Com a finalidade de completar, nos limites da moldura, esse espaço vazio deixado pela norma superior, o aplicador-criador exerce ato de escolha/vontade que poderá acarretar mais de uma consequência aceita pelo ordenamento.²³ Destarte, Kelsen lança outra base de sua Teoria, que é a discricionariedade no ato de aplicação/criação da norma inferior diante da incompletude das normas superiores e da aceitação de mais de uma resposta correta à luz do ordenamento.²⁴

A despeito de os positivismo exegéticos e normativistas guardarem suas diferenças basilares, ambos adotavam, com diferença de grau, a subsunção das normas aos fatos como critério de aplicação do direito, de maneira que essa fórmula hermenêutica foi a única durante muito tempo. Esse raciocínio de aplicação continua sendo fundamental para a dinâmica do direito, porém recentemente a dogmática jurídica sofreu uma mudança paradigmática, ao tomar-se conta da insuficiência da subsunção como critério de aplicação do direito.²⁵

²¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

²² Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

²³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 392-395.

²⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 396.

²⁵ Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 358.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Luís Roberto Barros traz exemplo pertinente, em que apresenta hipótese de duas normas que incidem sobre o mesmo conjunto de fatos. De um lado, a liberdade de imprensa e expressão e, doutro, a honra, vida privada e intimidade, ambos possuem previsão constitucional expressa e se aplicam ao mesmo caso, isto é, a mesma situação fática. Ocorre que as normas apontam soluções diversas, na medida em que salvagam valores diferentes e apontam para finalidades distintas. Dentro da lógica da subsunção, apenas uma norma seria aplicada porque a outra seria imediatamente descartada; a premissa maior seria uma das normas, sendo a outra excluída. Por outro lado, dentro da fórmula da ponderação, o trabalho ocorre por meio multidirecional, isto é, sem descartar normas; pelo contrário, são reunidas de forma a criar uma síntese aplicável ao conjunto fático.²⁶

Na prática, tal tarefa se torna árdua para o hermenauta, visto que deverá considerar a importância e pertinência das normas para o caso, quer dizer, medirá com percuciência as consequências de sua decisão. Dito de outro modo, o juiz se torna um pintor porque, com base nas normas incidentes, ele pintará o quadro, de forma que algumas cores, ao final, se destacarão.²⁷

Portanto, essa fórmula exposta em linhas gerais é denominada técnica de ponderação, cuja base se encontra na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. A ponderação se afigura como técnica de decidir *hard cases* (casos difíceis), devido a insuficiência da subsunção nessas situações.

O conteúdo do raciocínio ponderativo ainda é incerto, porém ele é ligado, por grande parte da doutrina, ao balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores e normas. Contudo, Barroso afirma que a ponderação é um processo formado por três etapas. Na primeira, o intérprete detecta as normas incidentes no caso; na segunda, examinam-se os fatos e circunstâncias concretas e sua correspondência com os elementos normativos escolhidos na primeira etapa; e, por fim, a terceira fase consiste na ponderação propriamente dita, entendida

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

como antípoda da subsunção. O suprassumo hermenêutico está na terceira etapa, pois é nesta que o intérprete aplicará a norma ao caso concreto.²⁸

Os *hard cases* são justamente aqueles que exigem do juiz a passagem pelas três etapas citadas, impondo, em face da impossibilidade de aplicar a subsunção, a ponderação de normas sobre dado conjunto fático. A norma jurídica é jacente de todo o processo ponderativo nos *hard cases*, razão pela qual se deve entender claramente o seu conceito em Alexy. Inicialmente, destaca-se que normas compreendem princípios e regras, cada qual com suas características específicas.

Robert Alexy leciona sobre a diferença entre normas-regras e normas-princípios. Para este cientista "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Por outro lado, regras são normas satisfeitas ou não satisfeitas, de forma a não haver possibilidade de ponderação, do que resulta a necessidade de fazer-se exatamente o que a regra determina.²⁹

Nessa ordem de ideias, Alexy afirma que havendo colisão entre princípios um deles terá de ceder para que o outro seja aplicado. Entretanto, isso não implica invalidação ou exclusão do princípio, tampouco inserção de cláusula de exceção; há apenas uma aplicação casual e necessária de um princípio em supremacia a outro.³⁰

Daí a existência de decisões em sentidos opostos sobre o mesmo conteúdo, posições doutrinárias diversas e votos contrários em um mesmo julgamento, pois os intérpretes, diante dos mesmos fatos e normas, chegam a conclusões diversas em razão da própria natureza do processo ponderativo.³¹ Diante disso, a teoria

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 361.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 92-93

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 364.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

da argumentação de Robert Alexy visa a eleger a argumentação melhor, ou seja, não se presta a fixar a decisão correta, pois para tal teoria não há única decisão correta, e sim fundamentação racional apontando a melhor decisão entre as possíveis.³²

Destarte, a teoria constata a imprescindibilidade de uma argumentação apresentada explicitamente, a exigir motivação profunda quando se utilizar a técnica da ponderação, visto que o julgador percorre as mencionadas etapas com maior grau de discricionariedade, e, com efeito, deve guiar as partes, e a própria sociedade, por esse caminho hermenêutico que o conduziu a certa decisão em detrimento de outras possíveis.³³

Diante desse quadro, surge o problema do controle da racionalidade do discurso jurídico, que se torna mais grave conforme o grau de liberdade concedida a quem decide, sobretudo em virtude da carência motivacional das decisões judiciais.

A dogmática jurídica é preenchida por valores, crenças e justificativas fornecidas por disciplinas específicas, cuja legitimação decorre de entes institucionalizados, tais como parlamento, tribunais e faculdades de direito. Warat denomina isso de sentido comum teórico dos juristas, que traduz o acúmulo de práticas jurídicas institucionais, culminando em um emaranhado de representações funcionais decorrentes de conhecimento moral, teológico, metafísico, estético, político, tecnológico, científico, epistemológico, profissional e familiar, que os operadores do direito acatam diariamente como verdade.³⁴

Muito embora não se constate expressa e diretamente, o senso comum teórico, que serve de sustentação aos operadores do direito, é permeado pelas teorias e movimentos aludidos, de maneira que as ações dos profissionais jurídicos são norteadas por elas, conscientemente ou não. Entender, influir e/ou detectar

³² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 365.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 366.

³⁴ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 54.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

(n)esse contexto é trabalho da crítica do direito, que impele se negue os pressupostos sobre os quais o processo intelectual-conformista dos profissionais do direito se inicia e se mantém, quer dizer, ataca-se diretamente a base da dogmática jurídica. Para tanto, urge ter em foco que o direito é mais do que palavras, consiste também em comportamentos, símbolos e conhecimentos expressados por meio da linguagem. Enfim, trata-se de um discurso de construção jurídica.³⁵

Portanto, deve-se abandonar o sufocamento interpretativo que deriva do senso comum teórico e ampliar as possibilidades críticas, sobretudo de modo a compatibilizar efetivamente as decisões judiciais com a Constituição vigente.

2. POSITIVISMO EXEGÉTICO E KELSENIANO E SUA REPERCUSSÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

O positivismo exegético restou superado de há muito, na medida em que não se concebe o juiz como um mero reproduzidor de textos legais, a exemplo de um computador que opera limitadamente um rígido sistema.

Entretanto, repercutem ainda certos resquícios do positivismo exegético, porquanto operadores do direito, em um momento, fogem da lei e, noutro, agarram-se a ela, sempre com a finalidade de assegurar a observância de sua consciência.

Constata-se, assim, que o exegetismo repercute na atualidade em sentido anverso à própria natureza exegética, quer dizer, o juiz no intuito de não ser a boca da lei – algo que hoje é condenável, se perceptível (como se disse) – acaba por subvertê-la com o protagonismo judicial.³⁶

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 239-241.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Diante disso, existe uma mixagem teórica entre os positivismos exegéticos e normativismos e neopositivismos.³⁷ Os operadores do direito, embora muitas vezes não o notem, aplicam e usam como base de seus raciocínios as três vertentes teóricas citadas e, com efeito, implicam insegurança jurídica e, não raro, arbitrariedade mascarada de discricionariedade.

Como já alertado, o positivismo exegético era rigoroso demais e, por tal razão, surgiram teóricos que tencionavam mitigar esta rigidez. O maior expoente foi Hans Kelsen e seu positivismo normativista.

Kelsen colimou desenvolver uma teoria do direito pura, isto é, sem intervenções externas. Assim, o autor queria purificar a ciência jurídica da metafísica, das ideologias, da política, da moral e de outros ramos científicos. Mesmo porque só dessa forma se conseguiria a pureza científica, a exatidão de método científico. Kelsen afirma que o desvio implicado pelos subjetivismos no momento da interpretação da norma jurídica não pode ser corrigido. No capítulo VIII da obra "Teoria Pura do Direito", o autor menciona que normas jurídicas não equivalem à lei e são aplicadas dentro da moldura semântica.³⁸

Para Streck, Kelsen não tratou do principal problema do direito, que é a aplicação da norma (interpretação concreta), de modo que sua tese foi ferida de morte por isso.³⁹ É elementar que tanto em relação ao positivismo exegético quanto ao positivismo normativista, não se admite hodiernamente que o operador do direito seja conduzido por argumentos antidemocráticos e fundados na vontade anacrônica e despicienda de superar a literalidade do texto legal.⁴⁰ Logo, os positivismos ou seus aprimoramentos com sufixo *neo* não mais subsistem em face do princípio democrático e do atual estágio da ciência jurídica e da filosofia. Por outro lado, Streck constata que as correntes positivistas em

³⁷ As teorias neopositivistas, entendidas como aprimoramentos do positivismo normativista de Hans Kelsen, não serão objeto deste artigo, uma vez que "[...] O ovo da serpente do irracionalismo, da discricionariedade e do decisionismo está em Kelsen [...]" In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 489.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

geral (do exegético ao normativista) foram se petrificando, de modo a tornarem-se instituições e conduzirem o modo de ser do operador do direito, ou seja, fazem parte de dispositivos legais e, além disso, funcionam como meios de resistência ao novo.⁴¹

Observa-se uma recepção desse aparato teórico, na medida em que os operadores do direito no Brasil conjugaram a ponderação alexyana com a jurisprudência dos valores, sobretudo, porque se utilizam da ideia de que a Constituição é uma ordem de valores. Essa ideia, que serviu de fulcro para a jurisprudência dos valores, serve, no Brasil, também para a ponderação alexyana, de forma que a racionalização propugnada por esta corrente teórica tornou-se inalcançável.⁴²

Dito de outro modo, os pressupostos da ponderação alexyana são desconsiderados, pois se retorna às estratégias de fundamentação da jurisprudência dos valores, segundo a qual a rigidez da norma deve ser mitigada por intermédio de valorações e moralizações operadas pelo intérprete – como se explanou no início deste trabalho.⁴³

Diante disso, muitos constitucionalistas foram inebriados pela teoria da argumentação jurídica alexyana, nos moldes equivocadamente recepcionados no Brasil, de modo que esta intrincada teoria foi reduzida a mera operação na qual se colocam dois princípios em uma balança e, com efeito, se observa qual deles terá maior peso no caso em julgamento.

Acresce que a teoria alexyana não autoriza a escolha direta no processo ponderativo; pelo contrário, busca conduzir o intérprete à formação de uma regra, que, como em Kelsen, será aplicada ao caso por subsunção. Não é certo utilizar-se da teoria alexyana como álibi teórico para fundamentar posicionamentos diversos e sem amparo na democracia.⁴⁴

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O principal problema do uso indiscriminado da teoria da argumentação alexyana é o respaldo pleno à discricionariedade do julgador, que passa a ter uma porta aberta para decidir conforme sua consciência e fundamentar tal decisão na panaceia alexyana, cujos pressupostos nada tem a ver com o que realmente Robert Alexy propugnava na fórmula original.⁴⁵

Streck sustenta a irracionalidade do método ponderativo na existência de votos discrepantes em um único julgado, a despeito de todos os julgadores terem conduzido os seus discursos com base nas mesmas premissas e justificações. O referido autor cita o caso Ellwanger (HC n. 82.424, julgado pelo Supremo Tribunal Federal), em que argumentos baseados na ponderação acarretaram votos distintos por parte dos Ministros.⁴⁶

Concessa venia esta situação não é compatível com o Estado Democrático e o atual estágio da ciência jurídica. Com efeito, fundamentada a necessidade de superar o atual senso comum teórico, no sentido de ensejar uma mudança de postura, no específico, por parte daqueles que julgam.

Por fim, deve-se tratar das consequências perniciosas. Inicialmente, observe-se que o senso comum teórico é formado, entre outros fatores, pelas recepções equivocadas e, neste contexto, apresenta o problema do panprincipiologismo, que consiste na crença segundo a qual os valores foram positivados e se transformaram em princípios hábeis para solver casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem.⁴⁷ Os princípios se tornaram a panaceia hermenêutica, de modo a ensejar ambiente favorável para a introdução da moral e opinião do julgador na resolução dos casos que lhe sejam apresentados.

Streck elenca mais de quarenta supostos princípios usados cotidianamente pelos operadores do direito e demonstra que não passam de *Standards* interpretativos, que têm caráter pragmático inicialmente e, num segundo momento, adquirem

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 518.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

foros de universalização.⁴⁸ O referido autor leciona que a proliferação de princípios enfraquece o direito, ofende sua autonomia, vilipendia a Constituição e o Estado Democrático, uma vez que os supostos princípios são dotados de conteúdo corretivo, no sentido de possibilitar ao operador do direito vencer os limites do texto normativo.⁴⁹

Losano leciona que no século XX a razão é substituída pela vontade do julgador, de modo a abandonarem-se as leis da lógica. Com efeito, Streck afirma que desde a Escola do Direito Livre, passando pela jurisprudência dos interesses, normativismo kelseniano, positivismo moderado de Hart e, posteriormente, argumentativistas como Alexy, há uma constante, que é crença segundo a qual no momento da decisão judicial sempre haverá um espaço livre para ser preenchido pelo julgador, que procederá conforme sua vontade/consciência. Portanto, nesse contexto, não haveria meios para elidir o referido espaço livre (discricionariedade judicial), pois a lei jamais preveria plenamente os fatos sociais. Nessa ordem de ideias, Streck conclui que, no plano da linguagem, discricionariedade e arbitrariedade são sinônimos e nada tem a ver com a separação simplista operada pelo direito administrativo, em que de um lado estão os atos vinculados e, doutro, os atos discricionários.⁵⁰ Em verdade, discute-se o grau de liberdade conferido ao operador do direito em um Estado Democrático.⁵¹

Hart, ao enfrentar o problema da aplicação da regra jurídica, descortinou a tese de que no direito existe uma textura aberta. Streck informa que Hart, com tal proposição teórica, fez aparecer uma gritante diferença entre a

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 519-534.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 538.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38-39.

⁵¹ “[...] não é correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discricionariedade judicial). Também não se trata da distinção entre discricionariedade na *civil law* e na *commow law*. Para os limites dessa discussão, não se compreende a discricionariedade interpretativa (ou discricionariedade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas sim tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação, no qual – e isso parece óbvio – seria impróprio falar de vinculação. Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele existentes.” In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

discricionariedade administrativa e judicial. O administrador está livre para eleger meios necessários à consecução dos fins estabelecidos em lei, sempre observando o princípio da legalidade; já a discricionariedade judicial enseja a criação de nova regulação para o caso em análise, que não encontrava precedente ou respaldo legal até então.⁵² Em consequência, o que se chama hodiernamente de discricionariedade judicial nada mais é do que uma desculpa para implicitamente legitimar a arbitrariedade que seja perpetrada pelo Poder Judiciário.⁵³

Não há sentido que se descumpra a legislação construída democraticamente – no dia seguinte a sua promulgação – com base em decisões que simplesmente não a querem seguir, seja pelo motivo que for. Em regra, o fundamento implícito encontra eco no protagonismo, arbitrariedade, panprincipiologismo, pseudoponderação, porexemplo.⁵⁴ Diante disso, o senso comum teórico deve ser superado, com a finalidade de que a lei democraticamente editada seja mantida incólume.

3. DECISÕES JUDICIAIS QUE SE AMPARAM EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA DECIDIR CASOS RELACIONADOS AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

As decisões destacadas a seguir têm por intuito estabelecer – na condição de amostragem não aleatória e a título ilustrativo – o que os fenômenos diagnosticados pelos juristas mencionados têm significado no ambiente das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça que aludem a alguns dos direitos fundamentais e princípios relacionados ao direito à saúde. Ademais, diante das críticas apresentadas, busca-se ponderar a necessidade de superar o senso comum.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomum. Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Consultor Jurídico. Novembro de 2013. p. 4. <http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>. Acesso: 27/10/2014.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Inicialmente, destaca-se um direito fundamental intimamente ligado ao direito à saúde, que é o direito fundamental à vida. Este decorre da própria essência do ser humano, é inerente à existência da Sociedade, do Estado, de qualquer organização social, política e jurídica. Talvez por tal motivo tenha sido considerado um direito natural, inato e inalienável do ser humano. Consiste nos dizeres de SARLET “no direito de todos os seres humanos de viverem abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano”.⁵⁵

Na condição de direito fundamental inviolável, conforme estabelecido no art. 5.º, *caput*, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB/88, vem associado como direito inalienável e intrínseco ao direito à saúde, estatuído no art. 196 da própria CRFB/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A esse respeito, manifestou-se o STF por força do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 685.230/MS⁵⁶, cuja relatoria foi do Ministro Celso de Mello. Neste caso, discutiu-se o fornecimento gratuito de medicamento pelo Sistema Único de Saúde – SUS, em vista de pessoa acometida de “Diabetes Melitus” e carente de recursos financeiros. O STF consignou que as normas constitucionais estão entrelaçadas, sobretudo quando diante daquelas que tutelam a saúde e vida.

Assim, nos termos do relator, “[...] O direito à saúde – além de qualificar-se como Direito Fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida [...]”.⁵⁷

⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p. 352.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O significado de fundamentalidade impõe ao Poder Público um dever de proteção máxima ao direito fundamental. Em outros termos, impõe-se “[...] ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional [...]”.⁵⁸

Neste diapasão, o direito à saúde está ligado diretamente ao direito à vida, sendo, pois, indissociáveis um do outro. “[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) [...]”.⁵⁹ Traduz-se bem constitucionalmente protegido, devendo ser velado de maneira adequada, a quem incumbe formular e implementar – como já dito anteriormente – políticas sociais e econômicas idôneas “[...] que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar [...]”.⁶⁰

O Poder Público, portanto, qualquer que seja o âmbito de funcionamento e o caráter institucional, não deve mostrar-se alheio ao problema da saúde da população, sob pena de recair em omissão e/ou grave comportamento inconstitucional.

Ressalta-se, nesse aspecto, a parametrização das condutas do Poder Público pela Constituição vigente. Não se aceitando, com efeito, argumentos baseados no caráter programático da norma constitucional, como decidiu o STF no julgado citado anteriormente.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Dito de outro modo, o caráter limitador programático da regra do art. 196 da CRFB/88 – que se destina a todos os entes do Poder Público – não deve converter-se em promessa constitucional inconsequente, “[...] sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...]”.⁶¹

Enfim, o Estado tem “[...] inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais [...]”.⁶²

É insuficiente, portanto, que o Estado apenas proclame o reconhecimento formal de um direito, sobretudo quando fundamental. “Torna-se, pois, essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação dos direitos [...]”.⁶³

O julgado colacionado assegura a “impostergabilidade” da efetivação dos direitos fundamentais, bem como citando caso semelhante (Pet 1.246-MC/SC), afirma que a interpretação e aplicação das normas jurídicas devem ser de maneira a privilegiar a deferência inarredável à vida e à saúde humanas.⁶⁴

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁶⁴ “[...] Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde,

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Portanto, o STF preconiza que a interpretação consentânea com a Constituição reafirma o direito à vida entrelaçado com o direito à saúde e, nessa linha, negou provimento ao agravo interposto para obstar a concessão gratuita de medicamento ao paciente desprovido de condições financeiras e detentor da doença "Diabetes Melitus".⁶⁵ O direito à vida e o direito à saúde vêm sendo tratados de forma conjunta, além de pugnar-se por sua efetividade e aplicação imediata.

Com efeito, à luz do caso concreto referido, impõe-se o alcance e as dimensões que anulam as iniciativas estatais de disciplinar e normatizar seu atendimento, impondo a efetivação do direito à saúde de maneira incondicionada e sem medir as consequências disso em longo prazo.

De outro giro, exsurge-se o direito fundamental à dignidade da pessoa humana como atributo inerente ao ser humano, que lhe confere não apenas a integridade física, mas também o respeito ao seu ser social, moral e sua integridade ética.

Conforme BONAVIDES, o Estado democrático de direito, a legitimidade do poder e do próprio Estado perpassa este princípio, que traduz a "[...] unidade material

representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa pelo ora recorrido. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5.º, "caput", e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas [...]" *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

⁶⁵ "[...] DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada. É o meu voto". *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso: 17/09/2013.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

da Constituição [...]”, e cuja “[...] densidade jurídica há de ser máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo em torno da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.⁶⁶

Associam-se tais assertivas à distinção kantiana de pessoas e coisas, segundo a qual as coisas têm preço, podem ser substituídas, são meios; as pessoas não podem ser empregadas como meio, não se admite qualquer equivalência; são as pessoas dotadas de “[...] dignidade, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar”.⁶⁷

O reducionismo dos seres humanos a um meio para tomada do poder, transformando-os em meros objetos do Estado como se deu com a ascensão do Nazismo é a mais veemente negação do ideal kantiano em torno da dignidade da pessoa humana.

Registre-se, em se tratando de tal direito fundamental, que no curso da história são marcantes os momentos em que a dignidade do ser humano foi relativizada ou adquiriu contornos impensáveis. Depois de reconhecida em todas as Declarações de Direitos mencionadas anteriormente, e mesmo após as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), marcantes para o Constitucionalismo moderno, todos os postulados acerca da dignidade da pessoa humana viram-se vilipendiados pelos horrores da Segunda Guerra Mundial e da perseguição pelo Nazismo a judeus, ciganos, homossexuais, comunistas e deficientes físicos.⁶⁸

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 233.

⁶⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 59.

⁶⁸ Conforme Hannah Arendt, durante a segunda guerra mundial houve certos contornos de negociação entre as comunidades judaicas e o regime nazista, que envolvia tanto a obtenção de recursos para que os judeus alemães recentemente expropriados deixassem o país alemão, quanto na escolha daqueles que seriam deportados ou enviados aos campos nazistas, conforme seu nível de importância para a própria comunidade, em clara demonstração que as próprias vítimas perderam totalmente a perspectiva do valor da vida humana e da sua dignidade. A passividade

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A lembrança deste deplorável acontecimento invoca a concepção negativa do seu significado para, a partir do que se revelou uma grave violação ao princípio, entender o alcance da dignidade em um episódio que a violou sistematicamente, reduzindo seres humanos a condições absurdamente indignas. A memória do que trouxe o nazismo deve estar sempre latente para que a humanidade não corra o risco de permitir que algo minimamente similar se repita.

O ultraje e o desrespeito para com os direitos essenciais do homem nesse momento histórico foram rechaçados após três anos do final da Segunda Guerra Mundial, quando em 1948 foi aprovada pela Assembleia das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 1.º proclamou: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".⁶⁹

No atual disciplinamento constitucional brasileiro, os Princípios Constitucionais vêm arrolados no texto da CRFB/88, art. 34, inciso VII, alíneas a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) Direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e, por último, e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde⁷⁰. Estes, cuja natureza jurídica é de Princípio Constitucional⁷¹, eis que atrelados àqueles constantes do art. 1.º da CRFB/88.

Mais que Princípio, o Direito da dignidade da pessoa humana traduz-se em valor supremo de uma Sociedade. Conforme preâmbulo da CRFB/88: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte

com que os prisioneiros seguiam para a tortura e a morte também exemplifica de forma veemente a perda da dignidade em grupo, cujos integrantes não percebem o próprio sentido de sua existência e se conformam ante o poder de seus algozes. *In*: ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 58 e segs.

⁶⁹ Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso: 06/11/2013.

⁷⁰ BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 06/11/2013.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista [...]”.⁷²

Ao relacionar o direito à vida com a dignidade da pessoa humana, afirma SARLET que a despeito de toda vida humana ser “digna de ser vivida”, e reconhecendo tal conexão, afirma que dignidade e vida não se equivalem, na medida em que “Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia”.⁷³

FERRARI, a seu turno, estabelece um elo indissociável do direito à vida ao direito à dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em um direito à vida digna. Para a autora, “[...] o direito à vida digna é valor pré e supraestatal, e seu reconhecimento e proteção representam um requisito indispensável, na medida em que todos os direitos e garantias fundamentais têm a dignidade humana como seu alicerce, direto e imediato, sendo dela meras concretizações”.⁷⁴

De tais ideias é lícito inferir que o Direito à vida é inerente, pois, à condição de vida digna e o respeito à dignidade do homem confere legitimidade ao Estado.

Ao estabelecer um contraponto com o núcleo básico e as diversas concepções do princípio da dignidade com o mínimo existencial, afirma BARCELLOS que

[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, [...] a não garantia de tais condições elementares – importa o

⁷²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 06/11/2013.

⁷³SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p. 354.

⁷⁴FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 570.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

desrespeito do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material [...]. Em suma, mínimo existencial e núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.⁷⁵

Talvez seja este fenômeno o mais facilmente identificável nas decisões em seguida colacionadas, cuja aplicação do princípio da dignidade adquire um contorno específico.

O caso que se traz à baila – Recurso em Mandado de Segurança n.º 24.197/PR⁷⁶ – tem como busílis a concessão do medicamento "Interferon Peguilado Alfa-2a ou Alfa-2b e Ribavirina", usado para tratar Hepatite Crônica, do Tipo C.

Este caso concreto teve origem com a impetração de Mandado de Segurança por portador da moléstia, argumentando, em apertada síntese, (a) necessita de medicamentos "Interferon Peguilado Alfa-2a ou Alfa-2b e Ribavirina", para o tratamento da doença Hepatite Crônica, do Tipo C; (b) não formulou pedido administrativo, para recebimento dos referidos medicamentos, em razão da sistemática negativa, por parte dos impetrados, quanto ao fornecimento dos referidos medicamentos a outros pacientes infectados pelo vírus com genótipo 3, como é o caso do impetrante; (c) não possuir condições financeiras para fazer face aos custos do tratamento da doença Hepatite Crônica, do Tipo C, da qual é portador, possuindo direito líquido e certo de recebê-lo gratuitamente do Estado.

O impetrante teve, após recurso de agravo de instrumento, o pedido de liminar em mandado de segurança acolhido, de maneira que se lhe assegurou fornecimento dos medicamentos descritos na inicial, pelo tempo determinado por seu médico, garantindo-se, ainda, o fornecimento do produto do mesmo fabricante durante toda a duração do tratamento.

No entanto, na análise final teve seu pleito principal negado – e, por conseguinte, revogada a liminar anteriormente concedida – por não preencher os

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

⁷⁶ Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942>. Acesso: 07/11/2013.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

requisitos previstos no protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, eis que este prevê critérios de inclusão específicos para cada enfermidade.

Em face disso, o Ministério Público do Estado do Paraná – na qualidade de personificação do interesse público em juízo –, interpôs Recurso Ordinário alegando entre outros argumentos, que o paciente tem a última chance de lutar pela sua vida.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando o aludido recurso em mandado de segurança, julgou procedente o pedido para reformar a decisão proferida, concedendo a segurança e, em consequência, determinando o fornecimento do medicamento necessário ao tratamento do impetrante, uma vez que a proteção à dignidade da pessoa humana, vida e saúde vence exigências formais.⁷⁷

⁷⁷ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 24.197 - PR (2007/0112500-5) EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. 2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana. [...] 4. Last but not least, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente. [...] 6. In casu, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria n.º 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27.

7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame "pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)" realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado "positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV" (fl. 26).

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

As normas emanadas do Estado, estabelecendo as diretrizes de fornecimento da medicação e os argumentos técnicos acerca da inconveniência do tratamento para o tipo de moléstia, foram rechaçadas pelo Supremo por desdobramento do princípio da dignidade humana e vida, pois havendo chance de tratamento, e podendo o Estado oferecê-lo, não há como obstar o acesso do cidadão e sua consequente possibilidade de sobrevivência.

O julgamento em tela não reconhece como programáticas as normas e Princípios Constitucionais relativas ao direito à saúde. Muito pelo contrário, as conjuga com o princípio da dignidade da pessoa humana e fixa a efetividade dos postulados constitucionais.

Para o STJ, portanto, as questões fáticas do caso concreto sopesadas não têm o condão de obstar o direito à dignidade humana, à vida e à Saúde do indivíduo; tampouco simples questões burocráticas.

Ao lado do princípio do direito à vida e da dignidade da pessoa humana figura o direito à saúde, uma vez que é condição necessária para a vida digna do homem e formação do plexo de direitos básicos imprescindíveis à existência humana. A despeito disso, tardou-se a alçá-lo à qualidade de Direito Fundamental expressamente previsto na Constituição vigente. Contudo, hoje foi superada essa lacuna quanto ao direito à saúde.

A CRFB/88 previu expressamente no art. 196 que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Com efeito, o serviço de saúde passou a orientar-se pelo princípio da universalidade e

8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942>. Acesso: 07/11/2013.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

foi erigido à categoria de direito fundamental, cuja norma instituidora é de eficácia plena.⁷⁸

Ademais, a nossa Constituição vinculou o poder público à prestação de assistência à saúde, bem como à regulamentação, fiscalização e controle das ações públicas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto, criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que além das citadas atribuições, deve: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; b) executar as ações de vigilância sanitária; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; e d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. A esse sistema encabeçado pelo SUS e suas atribuições alimentadas por verba pública dá-se o nome de sistema público de saúde.

Em outros termos, o SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, atendendo de forma incondicionada aos que necessitem de tratamento de saúde – independentemente do grau de complexidade –, de sorte que, ficando evidenciado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada doença, necessitando, com efeito, de determinado medicamento para fulminá-la, este deve ser fornecido, a fim de atender ao princípio maior, que é a vida digna.

Nesse sentido, consagra-se o princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos acarreta igualmente que, em caso de moléstia, cada ser tem Direito a tratamento capaz de debelar a doença – de acordo com a mais avançada técnica médica –, independentemente de sua capacidade econômica. Do contrário, estar-se-ia tornando inócua a norma constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 92.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O objetivo do presente artigo é, com sustentação nos autores mencionados e consideradas as decisões judiciais emanadas das Cortes Superiores Brasileiras trazidas à colação, ressaltar o momento pelo qual passa a formulação da jurisprudência e as preocupações dele advindas.

A ruptura dos modelos teóricos do positivismo exegético e normativismo jurídico que capitaneavam a interpretação jurisdicional foi necessária para o desenvolvimento do Estado Moderno e deste para o alcance do Estado contemporâneo, Constitucional Democrático.

De outro prisma, as decisões destacadas neste trabalho revelam a dificuldade de se eleger um novo paradigma para solução dos dilemas sociais, que para serem resolvidos, impõem a intervenção do Poder Judiciário, não só para dirimir o litígio, como para a formulação de políticas públicas.

Se de um lado, a rigidez do sistema anterior implicava na atividade judicial de mera reprodução de textos legislativos, ressalta-se, a partir dos julgados retro destacados, que é possível perceber uma tendência à construção de decisões judiciais fundadas em conteúdo valorativo a partir da consciência do próprio Magistrado e justificadas na aplicação de direitos fundamentais e princípios constitucionais. O quanto sopesar estas vertentes, é a questão nodal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título Original: *Eichmann in Jerusalem*.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross ; Poética : tradução, comentários e

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991. Título original: *Nicomachean Ethics*.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 24.197/PR**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 04.05.2010. T1 – Primeira Turma). Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/certidao-de-julgamento-16825944>. Acesso: 21 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 78.013/RJ**. Rel. Sepúlveda Pertence. Julgado: 19.03.1999. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo142.htm>. Acesso: 29 de junho de 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo na suprema corte norte-americana. **Instituto de direito brasileiro**. Lisboa, Ano 2 (2013), nº 6, 4693- 4741, 2013/06. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf. Acesso: 12 de agosto de

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. Título Original: *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: *Reine Rechtslehre*.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. Florianópolis: São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. **Reexame necessário em mandado de segurança n. 2014.001035-8, de Itajaí**. Rel. Des. Cid Goulart. Julgado em 18.02.2014. Disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000QPKU0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6579702&pdf=true>. Acesso: 14 de março de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz; GONÇALVES, Sandre Krieger; DIETRICH, Pablo. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? Brasília: **os constitucionalistas**, 2013. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>. Acesso: 14/08/2014.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** Consultor Jurídico. Novembro de 2013. p. 4. <http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada>. Acesso: 27/10/2014.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

Submetido em: Dezembro/2014

Aprovado em: Dezembro/2014