



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ  
CENTRO DE EDUCAÇÃO, LETRAS E SAÚDE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM SOCIEDADE,  
CULTURA E FRONTEIRAS – NÍVEL DE DOUTORADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: SOCIEDADE, CULTURA E FRONTEIRAS**

**SAMUELLI CRISTINE FERNANDES HEIDEMANN**

**ESTUDO DE CASO SOBRE O “CABO DE GUERRA” ARGUMENTATIVO NA  
JUDICIALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

**FOZ DO IGUAÇU**

**2023**

SAMUELLI CRISTINE FERNANDES HEIDEMANN

**ESTUDO DE CASO SOBRE O “CABO DE GUERRA” ARGUMENTATIVO NA  
JUDICIALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Tese apresentada à Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – para obtenção do título de Doutor em Sociedade, Cultura e Fronteiras, junto ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Sociedade, Cultura e Fronteiras, nível de Doutorado – área de concentração Sociedade, Cultura e Fronteiras.

Linha de Pesquisa: Território, História e Memória.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Elaine Cristina Francisco Volpato

FOZ DO IGUAÇU

2023

Ficha de identificação da obra elaborada através do Formulário de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da Unioeste.

Heidemann, Samuelli Cristine Fernandes  
Estudo de caso sobre o cabo de guerra argumentativo na judicialização da reprodução assistida / Samuelli Cristine Fernandes Heidemann; orientadora Elaine Cristina Francisco Volpato. -- Foz do Iguaçu, 2023.  
186 p.

Tese (Doutorado Campus de Foz do Iguaçu) -- Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Centro de Educação, Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras, 2023.

1. Direitos reprodutivos. 2. Direito à saúde. 3. Planejamento familiar. I. Volpato, Elaine Cristina Francisco, orient. II. Título.

SAMUELLI CRISTINE FERNANDES HEIDEMANN

**ESTUDO DE CASO SOBRE O “CABO DE GUERRA” ARGUMENTATIVO NA  
JUDICIALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Sociedade, Cultura e Fronteiras, nível de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE em cumprimento parcial aos requisitos para a obtenção do título de Doutor em Sociedade, Cultura e Fronteiras, na linha de pesquisa em Linguagem, Cultura e Identidade, aprovada pela seguinte banca examinadora:

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Elaine Cristina Francisco Volpato  
Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Foz do Iguaçu (UNIOESTE)

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Luciana Vedovato  
Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Foz do Iguaçu (UNIOESTE)

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Eta  
Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA)

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fátima Regina Cividini  
Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ)

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Denise Rosana Silva Moraes  
Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus de Foz do Iguaçu (UNIOESTE)

Foz do Iguaçu, 05 de dezembro de 2023.

Dedico esta pesquisa à minha família, essencial durante todo o processo, em especial ao meu esposo, leal e companheiro, sinônimo de motivação em todos os momentos.

## AGRADECIMENTOS

Apesar de constantemente ouvir que o caminho do doutorado se percorre solitariamente, um árduo e solitário caminho, com muitas perguntas e poucas respostas, infinitas angústias e raras certezas, creio ter razões para discordar. Se tem algo que posso afirmar sem medo é que, certamente, um doutorado não se faz sozinho. Ainda que o período da pesquisa e da escrita se reserve quase que, exclusivamente ao pesquisador, trocas acadêmicas, dialógicas, afetivas acontecem simultaneamente. Claro, pois antes da pesquisadora, tem a filha, a esposa, a irmã, a tia/madrinha, a orientanda, a policial militar, a vizinha, a amiga, etc., os múltiplos papéis que cada qual desempenha e, invariavelmente, estabelece relações interpessoais, ora com viés profissional, ora afetivo.

Agradeço, primeiramente, ao nosso criador, àquele que todos os dias nos dá o nosso bem maior: a vida. Nos permite dia-a-dia escrever a nossa história, sem julgamentos nem dúvidas de nossa capacidade. Ao contrário, é nele, em nosso amado Deus, que nossas forças se ampliam e nos fortificamos de corpo e alma, especialmente, frente aos desafios que nos são impostos.

Sou grata à minha orientadora, Elaine Volpato, mulher de fibra e de uma competência sem igual, profissional dedicada e extremamente respeitada pelo que é dentro e fora da Universidade. Firme quando necessário, amável quando preciso. Sem a sua ajuda, paciência, compreensão e confiança nada disso seria possível.

Meu amado esposo Diogo, como não agradecer a ti, pessoa que conviveu e percorreu todo este caminho ao meu lado, com total incentivo e disponibilidade. Sempre se colocando à disposição para ajudar, ainda que fosse para se manter em silêncio durante meus momentos de extrema concentração.

Gratidão ao meus pais, Nilsy e Marino, que nunca me negaram a possibilidade do estudo, ao contrário, sempre fizeram o possível para que eu alcançasse os mais altos voos. Com eles aprendi que conhecimento nunca é demais, que é algo que ninguém lhe tira e que o estudo, é sim, um meio de transformação de vida, de possibilidades, de novas visões de si e de mundo.

Agradeço ao meu irmão Lucio, minha cunhada Aline e minha afilhada Isabella, os quais sempre participaram de todos os passos de minha caminhada, sem esconder o orgulho e a felicidade que sentem. Espero, de alguma maneira, servir de referência à Isabella, que ela continue seus estudos e esteja certa de meu apoio no caminho que escolher seguir.

Lembro ainda de agradecer aos meus sogros, Terezinha e Anselmo, por sempre acreditarem em meu potencial e se colocarem à disposição para eventual precisão.

No meio da doideira que é um doutorado, fui capaz de iniciar e finalizar um curso de formação policial. Pois é, se alguém duvidava que não seria possível, cá estou para mostrar o oposto, mas confesso que levei ao extremo todas as definições de loucura. O maior desafio que já superei até hoje, em que não foi uma, nem duas vezes que me questioneei o porquê daquilo, a razão pela qual optei por tamanho desconforto e abnegação. Hoje, afirmo que já não sou mais aquela de um ano atrás, cheia de medos e preocupações. Certamente, ainda possuo medo, mas o modo como lido com isso já não me impede de realizar o que precisa ser feito. Me sinto mudada, interna e externamente, mais resiliente e mentalmente forte, reflexo do treinamento que recebi nesses últimos 13 meses. Diante disso, só tenho a agradecer à Polícia Militar do Paraná, aos meus colegas, aos instrutores e coordenadores por me proporcionarem os meus piores e melhores momentos, entretanto, os mais decisivos para me fortalecerem enquanto pessoa.

Sempre serei grata à Universidade Estadual do Oeste do Paraná, instituição que escolhi e fui escolhida, num ato recíproco de acolhimento. São anos da minha vida, ligados a essa instituição de ensino, que muito mais que ensinar, educar e formar, nos permite sonhar e realizar, acreditar e concretizar. Sou defensora ferrenha da Unioeste, da instituição pública, gratuita e de qualidade, que possibilita a transformação de muitas realidades, imaginários e vidas supostamente condicionadas. Em paralelo, agradeço ao Programa de Pós-graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras, o qual não me canso de enaltecer pelo seu caráter interdisciplinar, aspecto que permite trocas inimagináveis e combinações impensadas. Aos professores do programa, aos agentes universitários da coordenação, aos colegas de doutorado e mestrado, cada qual tornando possível que o processo aconteça e os resultados apareçam.

Mais uma vez Vicky e Mabel não serão esquecidas. Agradeço às minhas duas cachorrinhas de estimação, que todos os dias de escrita estavam, literalmente, ao meu lado. Fonte de descontração e relaxamento, demonstrando a lealdade que lhes é inerente.

Enfim, são muitos os motivos para agradecer, e muitos destinatários de gratidão, daí a afirmação que, “um doutorado não se faz sozinho”. E, digo mais, longe de um empreendimento solitário, o vejo como uma obra coletiva, de modo que todos os que aqui foram lembrados, possuem parcela de contribuição para a materialização desta pesquisa. Muito obrigada!

*Quem está nas trincheiras ao teu lado?*

*– E isso importa?*

*– Mais do que a própria guerra.*

***Ernest Hemingway***

*"Foi o tempo que dedicaste à tua rosa que a  
fez tão importante."*

*Antoine de Saint-Exupéry*





Figura 1 – Ilustração de Luiz Oswaldo Carneiro Rodrigues (LOR) para a Cartilha “De quem é o SUS?” da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Disponível em <<https://www.medicina.ufmg.br/wp-content/uploads/sites/7/2020/05/Cartilha-SUS-final.pdf>>.

HEIDEMANN, Samuelli Cristine Fernandes. **Estudo de caso sobre o “cabo de guerra” argumentativo na judicialização da reprodução assistida**. 2023. 186 f. Tese (Doutorado Interdisciplinar em Sociedade, Cultura e Fronteiras) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu.

## RESUMO

Esta tese tem como objetivo analisar o fenômeno da judicialização da reprodução assistida, ao avaliar e interpretar os argumentos retóricos que compõem a divergência jurídica sobre a concepção de um bebê através de procedimentos tecnológicos, quando de pleitos jurídicos que imputam ao Poder Público, em regra, via Sistema Único de Saúde (SUS) e, excepcionalmente, via particular, arcar com os onerosos custos do uso das técnicas reprodutivas. As principais teses levantadas nas demandas compreendem por um lado que: a reprodução assistida não se engloba no direito fundamental à saúde, pois objetiva a concepção de um filho, de modo que a ausência de gestação não corresponde à ausência de saúde; ainda, não incomum é o argumento da reserva do possível, o qual destaca a permanente dificuldade orçamentária do Estado, alertando, sobretudo, para a desigualdade estatal em beneficiar alguns poucos em detrimento de toda a coletividade. De outro lado, a Organização Mundial de Saúde (OMS) abarca um amplo conceito de doença, no qual a infertilidade está inserida; igualmente, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o direito à saúde numa extensa categoria – prestação, promoção e prevenção – compreendendo a reprodução assistida. O planejamento familiar é outra alegação recorrente ao vincular-se aos direitos reprodutivos e de saúde, diz respeito à liberdade reprodutiva materializada na decisão individual sobre o uso de métodos contraceptivos e conceptivos, isto é, ter ou não filhos, quantos filhos e em qual intervalo de tempo. Esse confronto de argumentos, somado a falta de legislação específica sobre a reprodução assistida legitimam a sua judicialização e propiciam distintos posicionamentos dos magistrados que, conseqüentemente, resultam em distintas decisões. Logo, a polêmica jurídica instaurada legítima e nos motiva a avaliar esse “cabo de guerra” argumentativo. Para tanto, utilizaremos o estudo de caso como estratégia de pesquisa, por intermédio de uma análise descritiva/exploratória. A investigação empírica compreende um caso único, a Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, eleito por caracterizar o retrato ideal da divergência jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Reprodutivos, Direito à Saúde, Planejamento Familiar.

HEIDEMANN, Samuelli Cristine Fernandes. **Case study on the argumentative “tug of war” in the judicialization of assisted reproduction.** 2023. 186 p. Thesis (Interdisciplinary Doctorate in Society, Culture and Borders). Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu.

## **ABSTRACT**

This thesis aims to analyze the phenomenon of judicialization of assisted reproduction, by evaluating and interpreting the rhetorical arguments that make up the legal divergence about the conception of a baby through technological procedures, when legal claims are imputed to the Public Power, as a rule, via the Unified Health System (SUS) and, exceptionally, via private means, bear the onerous costs of using reproductive techniques. The main theses raised in the demands include, on the one hand, that: assisted reproduction is not included in the fundamental right to health, as it aims at the conception of a child, so that the absence of pregnancy does not correspond to the absence of health; yet, not uncommon is the argument of reserving the possible, which highlights the permanent budgetary difficulty of the State, alerting, above all, to the state inequality in benefiting a few to the detriment of the whole community. On the other hand, the World Health Organization (WHO) embraces a broad concept of disease, in which infertility is inserted; Likewise, the Federal Constitution of 1988 accepted the right to health in an extensive category – provision, promotion and prevention – comprising assisted reproduction. Family planning is another recurring claim when it is linked to reproductive and health rights, it concerns reproductive freedom materialized in the individual decision on the use of contraceptive and contraceptive methods, that is, whether or not to have children, how many children and at what interval of time. This confrontation of arguments, added to the lack of specific legislation on assisted reproduction, legitimize its judicialization and provide different positions of the magistrates that, consequently, result in different decisions. Therefore, the legal controversy established legitimates and motivates us to evaluate this argumentative “tug of war”. Therefore, we will use the case study as a research strategy, through a descriptive/exploratory analysis. The empirical investigation comprises a single case, the Civil Appeal 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, judged by the Third Panel of the Federal Regional Court of the 4th Region, elected for characterizing the ideal portrait of legal divergence.

**KEY-WORDS:** Reproductive Rights, Right to Health, Family Planning.

HEIDEMANN, Samuelli Cristine Fernandes. **Estudio de caso sobre el “tira y afloja” argumentativo en la judicialización de la reproducción asistida**. 2023. 186 f. Tesis (Doctorado Interdisciplinario en Sociedad, Cultura y Fronteras) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu.

## RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo analizar el fenómeno de la judicialización de la reproducción asistida, evaluando e interpretando los argumentos retóricos que componen la divergencia jurídica sobre la concepción de un bebé a través de procedimientos tecnológicos, cuando las pretensiones jurídicas son imputadas al Poder Público, por regla general, a través del Sistema Único de Salud (SUS) y, excepcionalmente, a través de medios privados, asumen los onerosos costos del uso de técnicas reproductivas. Las principales tesis planteadas en las demandas entienden, por un lado, que: la reproducción asistida no está incluida en el derecho fundamental a la salud, ya que tiene por objeto la concepción de un hijo, por lo que la ausencia de embarazo no corresponde a la ausencia de salud; sin embargo, no es raro el argumento de reservarse lo posible, que pone de manifiesto la permanente dificultad presupuestaria del Estado, alertando, sobre todo, de la desigualdad estatal en beneficio de unos pocos en detrimento de toda la comunidad. Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud (OMS) abraza un concepto amplio de enfermedad, en el que se inserta la infertilidad; Asimismo, la Constitución Federal de 1988 reconoció el derecho a la salud en una categoría amplia -prevención, promoción y prevención- que comprende la reproducción asistida. O planejamento familiar é outra alegação recorrente ao vincular-se aos direitos reprodutivos e de saúde, diz respeito à liberdade reprodutiva materializada na decisão individual sobre o uso de métodos contraceptivos e conceptivos, isto é, ter ou não filhos, quantos filhos e em qual intervalo de tempo. Esta confrontación de argumentos, sumada a la falta de legislación específica sobre reproducción asistida, legitiman su judicialización y aportan diferentes posiciones de los magistrados que, en consecuencia, derivan en decisiones diferentes. Por lo tanto, la controversia jurídica establecida legítima y motiva a evaluar este “tira y afloja” argumentativo. Por ello, utilizaremos el estudio de caso como estrategia de investigación, a través de un análisis descriptivo/exploratorio. La investigación empírica comprende un solo caso, el Recurso Civil 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, juzgado por la Tercera Sala del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, elegida por caracterizar el retrato ideal de la divergencia jurídica.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos reproductivos, Derecho a la Salud; Planificación familiar.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Ilustração de Luiz Oswaldo Carneiro Rodrigues (LOR) para a Cartilha “De quem é o SUS?” da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. ....	9
Figura 2 Laqueadura e vasectomia: veja as mudanças na lei que facilita a esterilização voluntária.....	46
Figura 3 – Charge de Miguel Paiva, o Estado de São Paulo, 05/10/88 - ed. histórica, p. 3 .....	75
Figura 4 Pirâmide de Kelsen. ....	79
Figura 5 – A Tríade Semiótica de Pierce.....	94
Figura 6 - Perfis de Classe.....	151
Figura 7 - Resumo Estatísticas .....	151
Figura 8 - Dados Classificação Hierárquica Descendente - CHD.....	151
Figura 9 - Classes do CHD .....	152
Figura 10 - Nuvem Palavras AFC .....	153
Figura 11 - Arvore Analise Similitude .....	154
Figura 12 - Nuvem de Palavras .....	155

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Análise Comparativa .....	156
--------------------------------------	-----

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

- RA** – Reprodução assistida
- IA** – Inseminação artificial
- FIV** – Fertilização *In Vitro*
- ICSI** – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides
- SUS** – Sistema Único de Saúde
- STA** – Suspensão de Tutela Antecipada
- RE** – Recurso Extraordinário
- OMS** – Organização Mundial de Saúde
- CFM** – Conselho Federal de Medicina
- TCC** – Trabalho de Conclusão de Curso
- STF** – Supremo Tribunal Federal
- PR** - Paraná
- CID** – Classificação Internacional de Doenças
- ANVISA** – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- CIPD** - Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas
- CF** – Constituição Federal
- DJ** – Diário da Justiça
- REsp** – Recurso Especial
- Agr** – Agravo Regimental
- ADI** – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- STJ** – Superior Tribunal de Justiça
- TJPR** – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
- AC** – Análise de Conteúdo
- AD** – Análise de Discurso
- BEMFAM** - Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar
- CC** – Código Civil
- CHD** – Classificação Hierárquica Descendente
- AFC** – Análise Fatorial por Correspondência
- CPC** – Código de Processo Civil
- TSE** – Tribunal Superior Eleitoral
- STM** - Superior Tribunal Militar

**TJ's** – Tribunais de Justiça

**TRF's** – Tribunais Regionais Federais

**TRF4** – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

**SAS** – Secretaria de Atenção à Saúde

**DST** – Doenças Sexualmente Transmissíveis

**HIV** - Sigla em inglês do Vírus da Imunodeficiência Humana

**SAE** - Serviços de Assistência Especializada

**PDR** - Plano Diretor de Regionalização

**ST** – Segmentos de Texto

**CHD** – Classificação Hierárquica Descendente

**AFC** – Análise Fatorial por Correspondência

**ADP** – Análise do Discurso Político



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>O CORPUS DA PESQUISA.....</b>	<b>22</b>
2.1	ELEMENTOS PECULIARES DO OBJETO E DA PESQUISA .....	22
2.2	DIREITOS REPRODUTIVOS E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	35
2.3	O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR .....	43
<b>3</b>	<b>O CASO ESCOLHIDO: O ACÓRDÃO.....</b>	<b>49</b>
3.1	A JURISPRUDÊNCIA REVISITADA DO TRF4 .....	49
3.2	LEVANDO A JUSTIÇA A SÉRIO .....	74
3.3	LEVANDO OS JUÍZES A SÉRIO .....	83
<b>4</b>	<b>INTERPRETAÇÃO, RACIOCÍNIO JURÍDICO E DECISÃO JURÍDICA .....</b>	<b>88</b>
4.1	ANÁLISE DE CONTEÚDO COMO FERRAMENTA PARA A COLETA DE DADOS.....	88
4.2	RACIOCÍNIO E INTERPRETAÇÃO NA DECISÃO JURÍDICA .....	97
4.3	LEVANDO A SAÚDE A SÉRIO .....	137
<b>5</b>	<b>ARGUMENTOS MAIS SIGNIFICATIVOS DOS JUÍZES .....</b>	<b>149</b>
5.1	ANÁLISE DE SIMILITUDE .....	149
5.2	ANÁLISE DE DADOS COM O USO DE FERRAMENTA ESTATÍSTICA .....	150
5.3	ANÁLISE JURÍDICA .....	157
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>167</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>171</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que aqui se apresenta é reflexo e resultado de alguns anos de estudo e dedicação sobre o tema da reprodução assistida (RA). Ora por um viés teórico e analítico, ora empírico e interdisciplinar. O desafio presente consiste em contextualizar reprodução assistida e judicialização por meio de análise jurisprudencial, de modo a destacar a análise de conteúdo.

Assim, para uma melhor compreensão da contenda proposta, será necessário um detalhamento de todos os aspectos envolvidos, de modo a esclarecer pontos adjacentes e desembaralhar o cenário.

A RA, ponto inicial desta pesquisa, desvenda um leque de possibilidades àqueles que se sentem desamparados quando em situações de infertilidade, por exemplo. A infertilidade de um ou de ambos os componentes do casal é a maior causa de procura pelos métodos reprodutivos tecnológicos. E começa aí, a partir da descoberta “deste novo mundo”, “o mundo da RA”, uma jornada que envolve tempo, dinheiro e ‘cabeça’.

A reprodução assistida comporta diferentes métodos com variados níveis de complexidade. Ela é classificada desde a baixa à alta complexidade, respectivamente: a estimulação hormonal com medicamentos, a inseminação artificial (IA) e a fertilização *in vitro* (FIV), esta última com a variação Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI). A recomendação para a escolha da técnica mais adequada é feita por profissional médico após avaliação clínica.

Ocorre que todos os procedimentos demandam um alto custo financeiro, seja pelo uso de medicações com um alto valor, não disponíveis na rede pública, seja pelo procedimento que, em geral, é realizado em clínicas privadas. Inclusive, não raro, são realizadas várias e várias tentativas até o êxito no procedimento, o que, por sua vez, demanda ainda mais gasto, tempo e equilíbrio emocional.

Em que pese muitas pessoas “afetadas” pela infertilidade consigam por meio da RA “corrigirem” esse “ato falho” em seus planos de vida, por possuírem condições que as permitam usufruir do aparato tecnológico que se apresenta em clínicas de reprodução privadas, muitas pessoas não possuem esse mesmo condão - disponibilidades múltiplas, tempo e dinheiro, sobretudo -, mas também almejam a mesma “correção” que aquelas, pois igualmente desejosos pelo filho biológico.

Esse desejo pelo filho biológico e a falta de alternativas pela indisponibilidade de recursos financeiros é o que motiva inúmeros casais a recorrerem ao Sistema Único de Saúde (SUS) em nosso país, como meio de acessarem as técnicas de reprodução humana. No entanto,

para surpresa de uns e desalento de outros, o serviço de RA no sistema público acontece em algumas poucas unidades, nas capitais de menos de uma dezena de estados brasileiros. Ou seja, a realidade que se deparam não é muito esperançosa, muito menos animadora. O cenário revela a ausência de hospitais públicos que ofereçam serviços de reprodução assistida e, dos que oferecem, ou estão com as inscrições suspensas ou possuem filas de espera enormes, que se prolongam por anos.

Frente a mais esta dificuldade imposta, muitos casais não encontram outro meio que não recorrer a um sistema famoso em nosso país pela lentidão que lhe é inerente, o sistema Judiciário. As demandas versam sobre a obrigatoriedade de o Estado fornecer o tratamento reprodutivo para os demandantes da ação, ainda que, como última *ratio*, seja o custeio particular do tratamento pelo Estado. O Estado é tomado aqui na sua mais ampla acepção, compreendendo Municípios, Estados e União.

Há quem sustente uma inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, poderes tradicionalmente responsáveis por políticas públicas, cabendo, em última instância, ao Poder Judiciário decidir sobre questões sociais e políticas, razão da chamada judicialização. A judicialização da saúde é, pois, tema controverso e polêmico, pois impreciso na resolução e na causa.

As demandas judiciais que imputam ao Ente Público custear os tratamentos de reprodução humana assistida carecem de embasamento jurídico específico, haja vista que o Estado brasileiro não conta com legislação própria. Disso resulta um cenário brasileiro disforme, onde as decisões são amparadas em resoluções e/ou portarias, não incomum, portanto, que os tribunais e os magistrados divirjam em suas posições.

Em geral, os pedidos judiciais pautam-se no direito ao livre planejamento familiar, constitucionalmente previsto e no direito à saúde reprodutiva, implicitamente abarcado no direito fundamental à saúde. Ambos considerados direitos humanos fundamentais, positivados no ordenamento jurídico pátrio através das reivindicações da coletividade, frutos do contexto histórico, político e econômico em que se inserem.

A aquisição dos direitos reprodutivos como direitos humanos foi possível mediante as lutas - feministas - em prol da liberdade reprodutiva e estão contidos na concepção do

planejamento familiar, materializados na autonomia do indivíduo em decidir quando quer ter filhos, quantos filhos desejam ter e em qual intervalo de tempo<sup>2</sup>.

Outro argumento jurídico recorrentemente invocado a fim de exigir do ente público o custeio das técnicas de reprodução é o direito fundamental à saúde, previsto entre os artigos 196 e 200 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que se traduz como um direito de todos e dever do Estado. Nesse ínterim, ainda se observa o fato da Organização Mundial da Saúde (OMS) adotar um conceito amplo de saúde, que conceitua a infertilidade como doença.

Entretanto, tem-se a ótica que refuta a presença da reprodução assistida no direito fundamental à saúde, pois sua finalidade é a gestação, a concepção de um filho. A ausência de uma gestação por si, não implica em ausência de saúde. Sob esta ótica, a reprodução assistida só será considerada parte integrante do direito fundamental à saúde, se atrelada a um problema de saúde de cunho reprodutivo, haja vista que no Brasil não há lei que regulamente a realização da reprodução assistida, apenas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), como a atual Resolução 2.294/2021, que abre muito o leque de possibilidades de quando e quem pode recorrer à mesma.

Nos deparamos frente a um cenário apinhado pelo dissenso nas decisões, onde a rejeição ou o acolhimento do pleito depende do entendimento do magistrado. De um lado tem-se a alegação de que o direito à reprodução assistida seria considerado fundamental e, de outro, a sua negativa não reconhece os direitos reprodutivos como constitucionalmente amparados.

Ainda que de modo muito sucinto, é oportuno revisitar o debate sobre o Direito, sua natureza enquanto uma construção humana útil para estabelecer as condições gerais de organização e de respeito interindividual, amplamente reconhecido como necessário ao desenvolvimento da sociedade, o Direito tem por objeto mediar a convivência humana.

Enquanto a vida social dissociada do valor justiça não tem sentido, o Direito ao ser imposto heteronomamente (interindividual), sem dependência à vontade de seus

---

<sup>2</sup> Com o escopo de dar efetividade ao planejamento familiar, cabe ao Estado a oferta de métodos contraceptivos e conceptivos. Esse tema é muito complexo e tem evidência histórica pela luta feminista, que é aspecto interessante, mas por demais intenso para ser detalhado no corpo desta pesquisa, motivo pelo qual se indica a leitura do artigo de Elaine França da Silva, com o título Metodologia feminista e direitos reprodutivos no Centro de Saúde Santa Rosa, Niterói (RJ), disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201510600030027>, acesso dezembro 2022. Bem como, o artigo da ANDES – Sindicato Nacional, denominado A luta pelos Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e contra a violência obstétrica, disponível em <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/a-luta-pelos-direitos-sexuais-e-reprodutivos-das-mulheres-e-contra-a-violencia-obstetrica0>, acesso em dezembro de 2022. E, o texto Direitos Sexuais e Reprodutivos: 20 anos de lutas e desafios e desafios, do Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), disponível em: [https://www.cfemea.org.br/index.php/pt/?option=com\\_content&view=article&id=1326:direitos-sexuais-e-reprodutivos-20-anos-de-lutas-e-desafios-e-desafios&catid=144:numero-160-abrilmaiojunho-de-2009&Itemid=129](https://www.cfemea.org.br/index.php/pt/?option=com_content&view=article&id=1326:direitos-sexuais-e-reprodutivos-20-anos-de-lutas-e-desafios-e-desafios&catid=144:numero-160-abrilmaiojunho-de-2009&Itemid=129), acesso em dezembro de 2022.

destinatários, por estar dotado do elemento coação, não se deve afastar de sua causa motivadora: a satisfação das necessidades de Justiça.

O Direito é dinâmico, para facilitar a adaptação “não conflituosa” da sociedade, sendo uma construção cultural não universal, pois varia no tempo e no espaço; cujo efetivo processo de adaptação social é constante (não imutável); que apesar de obrigatório e possuir coercibilidade, paradoxalmente, não dispõe de meios para impedir a violação de seus preceitos.

O Direito, tem como ponto fundamental a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Porém, esta primazia não possui a eficácia absoluta, tal e qual como existe no mundo da natureza, de modo que, culturalmente e politicamente influenciado o Direito, não muito raramente, torna o absoluto (teoria) em relativo (na prática), por força de múltiplos fatores de distorções.

Exatamente por reconhecer que as leis jurídicas são regidas pelo princípio da finalidade, que o direito positivado é elaboração humana, que a escolha do tema/problema da tese tem por foco o quadro argumentativo, dos discursos políticos proferidos no Tribunal; pois, se o Direito é um processo que visa a realização de valores, faz urgente investigar quais são e que efeitos devem produzir na realidade social.

O dissenso na medida em que é constitutivo da própria existência do direito que, no caso de países como o Brasil, esbarra também na burocracia, no poder econômico e na compreensão e acesso aos direitos básicos. Daí a negativa ser ainda justificada sob o argumento da “reserva do possível”, que se traduz na ausência de recursos públicos para arcar com os custos dos métodos de reprodução assistida, bem como garantir o procedimento de forma gratuita sem prejuízo à coletividade. Essa realidade torna-se ainda mais delicada pois, aparentemente, sem solução imediata, fato que gera enorme ansiedade e insegurança jurídica para os autores das ações judiciais.

A dissonância de posições para além de subjetividades se materializa nas decisões judiciais, reflexo do crescente aumento de pedidos que tramitam no Poder Judiciário a fim de que as técnicas reprodutivas tecnológicas sejam custeadas pelo Poder Público, bem como pela complexidade da matéria a ser apreciada que se esgueira do “juridiquês”, como também, pela falta de rigor legal para a condução das demandas.

Desse imbróglio jurídico tanto nasce o desejo em avaliar os argumentos retóricos que emanam da divergência jurídica sobre a concepção, quanto legítima apreciar o “cabo de guerra” argumentativo nos Tribunais brasileiros.

Para tanto, nos debruçamos sobre a Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O recurso movido pela

União em litisconsórcio<sup>3</sup> passivo com o Estado do Pará visa modificar o sentenciado pelo juízo *a quo*, que deferiu, inclusive, em sede de antecipação de tutela, o credenciamento dos autores da ação perante o Sistema Único de Saúde para realização de tratamento de reprodução humana assistida.

A análise do recurso mostra-se ainda mais interessante quando aberta divergência nos votos dos desembargadores de uma mesma Turma do TRF 4ª Região. A 3ª turma composta por 5 (cinco) desembargadores, julgou o recurso citado, sendo as apreciações de 2 (dois) desembargadores diversos dos outros 3 (três), daí o “placar” final de 2x3, acolhendo as razões da apelação. Esse fato denota o já citado antagonismo de entendimentos que permeia todo o Judiciário brasileiro frente a essa questão.

Para enfrentar a judicialização da reprodução humana assistida, a análise pretende evidenciar os discursos jurídicos e políticos presentes nos votos dos desembargadores, observadas as justificativas que respaldam a saúde e o planejamento familiar como direitos fundamentais por um lado, e, de outro, a reserva orçamentária do Estado (reserva do possível) e a desvinculação da reprodução assistida do direito à saúde.

A temática da reprodução assistida num constante movimento de aproximação e atrito com o judiciário é controversa em muitos aspectos, vejamos o “cabo de guerra” argumentativo presente nas sessões, nos votos e nos julgamentos afetos a essa matéria; mas entendemos que é justamente isso que a torna interessante, com infinitas possibilidades a serem desbravadas. Talvez por isso, há quase uma década a reprodução assistida vinculada ao Direito seja nosso objeto de investigação.

Se o tema apareceu de modo inesperado, com certeza não foi de modo inesperado que ele permaneceu. Se o interesse surgiu a partir de uma matéria na televisão lá em meados de 2012, certamente não foi por acaso que perdura até o presente momento. Foram escolhas, boas escolhas, escolhas que tornaram possíveis a escrita de um trabalho de conclusão de curso (TCC) em Direito em 2015, o desenvolvimento de uma dissertação interdisciplinar em 2018, e agora – em 2023 - na elaboração de uma tese.

Inicialmente, esse campo de estudo não era familiar, não havia como talvez possa se imaginar algum caso próximo de infertilidade ou de procura por reprodução assistida. O tema, como há pouco mencionado, foi despertado por uma reportagem televisiva que relatava a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que autorizou a utilização de embriões excedentes

---

<sup>3</sup> Em relação ao polo do litisconsórcio, ele poderá ser ativo, em que possui mais de um autor na demanda. E, também pode ser passivo, ou seja, aquele que possui mais de um réu no polo passivo.

das técnicas reprodutivas em laboratório para pesquisas e terapias. Eis aí o ponto de partida, o chamariz que aguçou a curiosidade e nos revelou um “mundo” até então desconhecido.

Desde então, o tema passou a ser alvo de pesquisa, interesse e procura, culminando no TCC que analisou a decisão do STF voto a voto (ADI 3510 de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, de 29 de maio de 2008), posteriormente, na dissertação que, por meio de um olhar antropológico voltado à pesquisa de campo com entrevistas, capturou pontos de vista singulares, na visão desta pesquisadora.

Esta tese quer desafiar a comunidade científica a avaliar os argumentos retóricos que emanam da divergência jurídica sobre o percurso da reprodução assistida, daí a escolha da Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que retrata perfeitamente o cenário jurídico divergente e nos possibilita uma análise de conteúdo que alcance o maior número possível de justificativas dissonantes.

Embora a atual proximidade com o assunto, o objeto desta pesquisa é mais uma vez interdisciplinar, cuja matriz, tem o envolvimento entre o Direito, a Biologia, a Medicina e a Linguística são a razão de um intenso trabalho de reflexão e familiarização intelectual com a temática. A construção de um novo olhar sobre o fenômeno foi indispensável para nos aproximarmos do que estava distante, tornando familiar o estranho.

A interdisciplinaridade que lhe é inerente, razão de desconforto que leva a um aprofundamento intelectual e impulsiona rumo ao aprendizado do novo, sinônimo de crescimento acadêmico e riqueza investigativa. Esperamos com o título escolhido “Estudo de caso sobre o “cabo de guerra” argumentativo na judicialização da reprodução assistida” enaltecer e informar que se está diante de uma pesquisa interdisciplinar, resultante da congregação das áreas jurídica, médica, biológica e linguística<sup>4</sup>.

A escolha da estratégia metodológica para esta pesquisa passou por um processo de significação e ressignificação ao longo do processo de aproximação entre pesquisadora e base teórica, resultando numa investigação qualitativa, com o estudo de caso como o método de pesquisa, construída sob a análise descritiva/exploratória anexa à análise de conteúdo das evidências empíricas.

---

<sup>4</sup> Acreditamos que foi graças à interdisciplinaridade, razão da complexidade e da riqueza de elementos envolvidos no universo da reprodução assistida, que fomos capazes de romper com barreiras metodológicas anteriormente adotadas, como a pesquisa bibliográfica por exemplo. Ao adentrarmos às balizas da metodologia, muitas dúvidas, incompreensões e adversidades se apresentam ao longo do desenvolvimento da pesquisa, sobretudo quando por muito tempo se acreditou em um único imperativo epistemológico, como o único caminho a traçar.

Desse modo, uma análise detalhada e cautelosa do caso único escolhido será imprescindível para não cometermos equívocos, bem como para aprofundar e contextualizar alguns conceitos. No entanto, não nos furtaremos da possibilidade de enriquecermos a pesquisa ao utilizarmos o software de análise textual “IRaMuTeQ<sup>5</sup>”, que pelas suas características torna-se um facilitador quanto à análise de conteúdo e na captação de aspectos quantitativos presentes na coleta de dados.

O embasamento teórico que sustenta todo o empreendimento que é a pesquisa foi possível graças às leituras, estudos e reflexões das obras redigidas com maestria por autores do Direito<sup>6</sup>, da Antropologia<sup>7</sup> e da Linguística<sup>8</sup>, além de Michel Foucault em sua trilogia, *Em defesa da Sociedade*, *Microfísica do Poder* e *o Surgimento da Biopolítica*.

Advertimos que, como um acréscimo ao referencial teórico da pesquisa, utilizamos da Audiência Pública sobre Saúde realizada Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009 e do julgamento pelo plenário do STF da Suspensão de Tutela (STA) 175 em 2010, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, atinente à judicialização do direito à saúde. Julgamento que apaziguou eventuais discordâncias sobre o caráter cominatório das decisões judiciais ao Poder Público quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos – como a reprodução assistida, por exemplo, avaliados os critérios de necessidade de cada caso.

Como forma de alocar e estruturar os vários elementos que somados formam a tese, respeitados os parâmetros formais e metodológicos, mas sem olvidar a necessária sequência lógica que conduz a escrita e a interpretação, dividimos a pesquisa em 3 (três) capítulos, delineados da seguinte forma:

No primeiro capítulo apresentamos a Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, caso único a representar o confronto jurídico (e argumentativo), focalizando, além dos principais argumentos divergentes citados pelos desembargadores durante o julgamento, os

---

<sup>5</sup> Trata-se de um programa informático que se ancora no *software* R, desenvolvido inicialmente em língua francesa, este programa começou a ser utilizado no Brasil em 2013, sobretudo nos estudos em ciências humanas e sociais. O IRAMUTEQ possibilita diferentes formas de análises estatísticas sobre corpus textuais e sobre tabelas de indivíduos por palavras, como: estatísticas textuais clássicas; pesquisa de especificidades de grupos; classificação hierárquica descendente; análises de similitude e nuvem de palavras. Pelo seu rigor estatístico, pelas diferentes possibilidades de análise, interface simples e compreensível, e, sobretudo por seu acesso gratuito, o IRAMUTEQ é importante ferramenta de dados para a pesquisa (CAMARGO; JUSTO, 2009).

<sup>6</sup> Como Ingo Sarlet e José Gomes Canotilho, profundos conhecedores do Direito Constitucional e da eficácia dos Direitos Fundamentais brasileiros; Guilherme Calmon, referência sobre a filiação, o biodireito e a reprodução assistida sob o viés do Direito Civil e do Direito de Família; José Afonso da Silva, cânone do Direito Constitucional e do Direito Constitucional Comparado.

<sup>7</sup> Em sendo: Chimamanda Ngozi ADICHIE, no que diz respeito ao perigo de uma história única; Avtar BRAH, sobre a diferença e a diferenciação; Judith BUTLER sobre o problema de gênero; Sueli CARNEIRO que estudou sobre o gênero, raça e ascensão social e Maria Teresa CITELI, quanto aos direitos sexuais no Brasil.

<sup>8</sup> SANTOS, 2012; CAMPOS, 2004; BARDIN, 2011; BAUER; GASKELL, 2002; ILARI (1999); CAREGNATO; MUTTI, 2006; SILVA; FOSSÁ, 2013; SANTOS, 2012; CAMPOS, 2004.



aspectos metodológicos da escolha desse recurso; no segundo capítulo, as tecnologias reprodutivas são apresentadas, contextualizando-as histórica e legalmente, ocorre a análise holística dos direitos reprodutivos, isto é, como se deu a sua conquista e positivação ao ordenamento pátrio, para, então, esmiuçar os constitucionalmente assegurados direitos à saúde e ao planejamento familiar e o chamado mínimo existencial, alvos de intenso debate e questionamento; em um terceiro momento enfrentamos a questão da judicialização da saúde imposta à justiça brasileira, pautando pontos importantes, como a lacuna legislativa, o ativismo judicial e o argumento da reserva do possível no cenário do direito à saúde.

## 2 O CORPUS DA PESQUISA

Para facilitar a leitura e a posterior explicação do acórdão, que compõe o corpus da pesquisa, neste capítulo vamos descrever o que é um acórdão, como acontecem os votos, dando uma breve noção para leigos em Direito, do procedimento de tramitação de documentos, no processo de construção da verdade jurídica. E, na sequência algumas noções sobre biomedicina, conhecimento aplicável ao conteúdo material da decisão. Para poder avançar na discussão sobre o conteúdo e a abrangência do direito ao planejamento familiar, previsto na Constituição Federal de 1988.

### 2.1 ELEMENTOS PECULIARES DO OBJETO E DA PESQUISA

Conforme o art. 204, CPC 2015<sup>9</sup>, o acórdão é peça processual oriunda da sessão de julgamento pelos desembargadores em um Tribunal. A análise se limita a alguns aspectos da sentença “a quo”<sup>10</sup>, aqueles que foram objeto do recurso. Em geral, as sessões são compostas por 3 (três) julgadores, mas, em situações específicas, como nas divergências de convicções por exemplo, cabe ao pleno, formado por 5 (cinco) julgadores, decidir o caso concreto que lhes é submetido.

O acórdão embora resultante dos votos dos desembargadores, apresenta-se como uma peça processual completa, uma unidade composta de estrutura bem marcada, escrita em uma linguagem formal, com menções ao texto da lei e a citações de estudiosos e de jurisprudências, a redação do texto final cabe ao relator, sorteado para essa finalidade.

Como requisitos essenciais ao acórdão, deve num primeiro momento permitir a identificação do órgão que fez o julgamento, da ação objeto de análise, das partes recorrentes e recorridas e do desembargador relator do caso, eis a razão da peça processual inicial (página 1 de 27) com o seguinte padrão:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO  
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR  
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)  
APELANTE: ESTADO DO PARANÁ (RÉU)  
APELADO: ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)  
ADVOGADO: GEORGIO ENDRIGO CARNEIRO DA ROSA (DPU)  
APELADO: ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)

---

<sup>9</sup> Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais (CPC, 2015).

<sup>10</sup> Sentença a quo é aquela de cuja decisão se recorre.

Ainda, o art. 489 do CPC 2015<sup>11</sup> elenca os elementos essenciais do acórdão, onde na redação do inciso I está disposto que: “o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.

No relatório está consubstanciado na parte introdutória do acórdão (páginas 1/2 de 27). Respeitado o art. 489 CPC 2015, são indicadas as partes, o caso, o(s) pedido(s) e um breve histórico fático e processual, como se vê:

#### RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em favor de Eliane Cristine de Aguiar Bertoni e Romualdo José Bertoni em face da União, do Estado do Paraná e do Município de Umuarama/PR, objetivando sejam os réus compelidos a encaminhar os autores para atendimento em hospital credenciado perante o Sistema Único de Saúde para realização de tratamento de reprodução humana assistida.

Deferida parcialmente a antecipação da tutela no Evento 63- DESPADEC1.

Realizada perícia judicial, o laudo foi juntado no Evento 33 - LAUDO1.

Sentenciando, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido.

Opostos embargos de declaração, os mesmos foram acolhidos para o fim de manter a antecipação dos efeitos da tutela, "inclusive novas tentativas de reprodução assistida, e estabelecer o limite máximo de três tentativas a serem realizadas a título de tratamento particular (incluída a tentativa já realizada), ressalvando, mais uma vez, o caráter excepcional e subsidiário dessa alternativa".

Recorrem as partes.

O Estado do Paraná visando à improcedência do pedido, tecendo considerações acerca da repartição das competências e da inviabilidade do tratamento particular, e alegando, em síntese, que resta ausente a sua responsabilidade pelo custeio do tratamento postulado, sendo necessária a determinação de ressarcimento pela União Federal nos próprios autos.

A União Federal, buscando a improcedência do pedido, pleiteando o redirecionamento ao Estado-membro, a divisão pró-rata e o ressarcimento administrativo. Subsidiariamente, requer seja reconhecida a falta de interesse processual em relação à União na medida em que já repassou sua cota parte ao Estado para que este realize o procedimento previsto no SUS.

Apresentadas as contrarrazões, o feito foi encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

O relatório como parte inicial do acórdão, contém a narrativa e a descrição resumida dos fatos da ação originária. No primeiro parágrafo do relatório supra são grifados em negrito os nomes dos autores da ação, como forma de destacá-los. Com efeito, a menção à antecipação de tutela denota a necessidade de urgência inerente ao pedido e a realização de perícia judicial atestada por laudo sinaliza a interdisciplinaridade da contenda, como também serve de prova técnica a embasar o deferimento da lide.

---

<sup>11</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

É ele que fornece, ainda, esclarecimentos acerca do direito que está sendo discutido pelas partes e estabelece os princípios de fato e de direito sobre os quais a questão se debruça, tanto que após a sentença procedente ao pedido, os recursos são interpostos.

Num primeiro momento são opostos embargos de declaração para o mesmo juízo de origem, com a finalidade específica de esclarecer contradição ou omissão ocorrida da decisão proferida e, pela primeira vez as aspas são utilizadas, na tentativa em tornar proeminente o que convém ou mesmo como forma de distanciamento do orador.

Por fim, ficam claros os objetivos das partes recorrentes na presente apelação, Estado do Paraná e União manifestam-se pela improcedência do pedido por aspectos administrativos, como falta de competência e de responsabilização, isto é, as alegações recursais são pautadas quase que exclusivamente em questões técnicas.

Ainda que atenta ao contingenciamento de aspectos quantitativos, como a frequência e a repetição de palavras e argumentos, a pesquisa identifica-se como qualitativa, pois, preocupa-se, sobretudo, com fatos da sociedade que estão centrados na interpretação e explicação da dinâmica das relações sociais.

Nessa configuração, segundo Minayo (2000, p. 21), a abordagem qualitativa remete ao “universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis”.

Para a autora, quando determinado fenômeno de uma sociedade é estudado pelo viés qualitativo, respeitada a diversidade existente, novas abordagens, conceitos e categorias referentes a ele poderão ser construídas ou revisadas.

Nesses termos, Minayo (2000, p. 57) conclui que, embora usadas em estudos de aglomerados de grandes dimensões, “as abordagens qualitativas se conformam melhor a investigações de grupos e segmentos delimitados e focalizados, de histórias sociais sob a ótica dos atores, de relações e para análises de discursos e de documentos”.

A relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, foco de abordagem da pesquisa qualitativa, traduz um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido apenas em números (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Ambiente e pesquisador interagem mutuamente, de forma que o contexto assume grande importância na pesquisa qualitativa. Segundo Bogdan e Biklen (1994), cabe ao investigador tomar o devido cuidado para que a imersão não cause riscos do emprego de um subjetivismo equivocado.

Para os autores supracitados, cabe ao indivíduo construir conhecimento e não emitir opiniões sobre determinado contexto ou fenômeno, daí o confronto permanente pelo investigador qualitativo com as suas opiniões e preconceitos durante toda a análise. Por mais que se mantenham a flexibilidade, a criatividade e a reflexão própria do pesquisador nos estudos qualitativos, não cabe invenção e distorção de resultados. Portanto, garantir a autenticidade dos resultados é aspecto fundamental (BOGDAN, BIKLEN, 1994).

Apresentada a configuração da abordagem qualitativa e sua articulação no universo da pesquisa científica, importante, neste momento, definir com clareza em que consiste a metodologia empregada, buscando responder “o que é o estudo de caso” “como aplicá-lo”, “sua origem”, “o uso nas ciências sociais e, especialmente, o emprego em pesquisas jurídicas”, evidenciado, também, “as críticas destinadas à pesquisa no formato estudo de caso”<sup>12</sup>.

Para alguns autores, a pesquisa médica inaugurou o estudo de caso como método investigativo há mais de dois mil anos, quando o grego Hipócrates (460-377 a.C.) relacionou 14 casos clínicos que, analisados detalhada e individualmente, possibilitaram explicar a dinâmica e a patologia de doenças (VASQUEZ, DE MELO, BACURY, 2022).

Contrariando suposições sobre ser um método recente, é uma das mais antigas formas de investigação científica conhecida que, pela sua essência enquanto procedimento, permite adquirir conhecimento do fenômeno estudado a partir da exploração intensa de um único caso (VASQUEZ, DE MELO, BACURY, 2022).

Características que tornaram a sua aplicação uma das principais modalidades de pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais, com estudos nas áreas da psicologia, contabilidade, economia, educação, jornalismo, administração, medicina, direito, serviço social, etc. (VENTURA, 2007; MARTINS, 2008).

No entanto, Chizzotti (2006, p. 135) acredita que “o estudo de caso como modalidade de pesquisa origina-se nos estudos antropológicos de Malinowski e na Escola de Chicago e, posteriormente, teve seu uso ampliado para o estudo de eventos, processos, organizações, grupos, comunidades etc”. C. C. Laugdell atribui o uso do método no ensino jurídico nos Estados Unidos e a sua difusão a partir da prática psicoterapêutica “caracterizada pela reconstrução da história do indivíduo, bem como ao trabalho dos assistentes sociais junto a indivíduos, grupos e comunidades” (CHIZZOTTI, 2006, p. 135).

---

<sup>12</sup> Como o método do estudo de caso não é usualmente aplicável nas Ciências Jurídicas hoje, seu desconhecimento impõe que aspectos históricos e teóricos relevantes sejam apresentados, pois determinantes na escolha metodológica desta pesquisa.

A adoção do método na investigação dos mais variados fenômenos em diferentes campos do conhecimento, denota o seu múltiplo potencial, podendo ser visto como caso clínico, técnica psicoterápica, metodologia didática ou modalidade de pesquisa.

Apesar da sua aparição remontar à Antiguidade, o estudo de caso foi esquecido durante grande parte da Modernidade, a rejeição é creditada ao ardor iluminista que, ao privilegiar o pensamento racionalista, levou ao desprezo do empirismo como forma de conhecimento. Todavia, várias circunstâncias permitiram a revalorização do caso concreto como forma de saber, fruto de mudanças epistemológicas introduzidas anos mais tarde.

Tanto que entre os anos de 1910 e 1940, foi percebida a reintrodução do estudo de caso como método de investigação na pesquisa qualitativa, inicialmente pelo departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, com a produção de trabalho relativo a questões sociais da época. Momento em que as pesquisas com estudo de caso eram estimuladas por Robert E. Park, ao liderar e conduzir o desenvolvimento de estudos intensivos de comunidades particulares (TASSIGNY et al., 2016).

Mas, não demorou muito para que as produções de pesquisa com estudo de caso nas ciências sociais sofressem uma desaceleração, culminando em um declínio no período entre 1930 a 1960, que corresponde à guerra, à morte e aposentadoria de seus principais representantes e às demandas de pesquisas solicitadas pelos órgãos governamentais (TASSIGNY et al., 2016).

A escola de Chicago ainda nos anos 60 retoma o interesse pela pesquisa realizada por meio do estudo de caso. “A partir deste período passa a existir uma coleta intensiva de dados para compor cada caso descrito e analisado. Surge a discussão sobre questões relevantes, tais como a generalização e a validade da pesquisa com estudo de caso” (GODOY, 2010, p. 118).

Com o passar dos anos a metodologia do estudo de caso vai se encorpando e torna-se recorrente forma de investigação científica. Entretanto, somente em 1994, por meio da publicação do estudo de Yin (1986), foram estabelecidos protocolos para uma prática unificada nas investigações orientadas pelo método.

Em geral, assim como há diferentes posicionamentos que relatam as origens do estudo de caso, num movimento que ora o exalta, ora o despreza, o mesmo se dá quando adentramos ao pensamento jurídico. Muito embora se perceba, com relação ao passado, eventual indiferença pelo conhecimento do fenômeno jurídico em seus aspectos particulares, atualmente o estudo de caso no Direito é um assunto de primeira grandeza na metodologia jurídica.

No contexto atual, algumas circunstâncias levaram a essa revalorização do caso concreto no conhecimento do Direito, sendo o diálogo entre os aspectos particular e universal,

que remonta aos primórdios da experiência jurídica ocidental com o pensamento filosófico grego e o Direito romano, um dos principais motivos.

Haja vista, o postulado na antiga visão romana, a praxe da “casuística”, que trabalhava com o juízo particular sobre os fenômenos jurídicos (FLORES, 2011).

Portanto, o estudo de caso no âmbito jurídico é fruto do Direito romano, decorrente da estreita relação, observada pelos juristas romanos, entre casos e Direito. Nesse contexto, “o Direito não era visto como uma mera abstração racionalista, mas como o exercício prático da virtude do justo em cada caso, o que conduziu os romanos a atribuírem importância às circunstâncias, às exceções e a observação de matizes distintas às adequações fáticas” (TOLLER 2006, p. 139).

Se pensamos na origem romano-germânico do Direito brasileiro, cujo desenvolvimento deve-se em parte ao casuismo, cumpre relacionar uma certa resistência ao uso do estudo de caso no âmbito jurídico, como reflexo das mudanças à nível mundial, sobretudo no período renascentista.

A utilização do caso no estudo do Direito pode ser encontrada até início do século XVIII. “Assim, afere-se que nas Escolas de Direito dos séculos XVI a XVIII a ideia de que o Direito se aplica a fatos variáveis estava presente, pois se encontrava a arte-problemática de decidir os casos que iam sendo suscitados” (TOLLER, 2006, p. 142).

No final do século XVIII restou evidente a substituição da pedagogia jurídica inclinada ao casuismo por ideias racionalistas, pautadas pelo legalismo e pelo positivismo no estudo do Direito. “No século XIX, e em boa parte do século XX, houve o abandono dos casos na maioria das instituições de ensino, embora alguns lugares da Europa e da América persistissem na sua utilização” (TOLLER, 2006, p. 142).

Contemporaneamente, mais precisamente da década de 1990, até nossos dias, tem havido um extraordinário crescimento de trabalhos científicos orientados por um estudo de caso, particularmente, nas Ciências Sociais Aplicadas.

Também coube ao Direito, frente a grandes mudanças se render à corpulência da metodologia do estudo de caso, remontando à sua origem romano-germânica, segundo o qual o caso particular era imprescindível para compreensão do Direito, fez com que, atualmente, o estudo de caso se torna-se primordial, isto é, o método de indução na pesquisa jurídica atual é possível, de modo que as demandas são respondidas caso a caso.

A metodologia do estudo de caso contribui não apenas para a compreensão e descoberta de novos significados para o assunto que se investiga, mas possibilita análises completas do fenômeno estudado.

Para Yin (2001, p. 21), com o auxílio do estudo de caso como ferramenta de investigação científica é possível apreender processos na complexidade social nas quais estes se manifestam: “seja em situações problemáticas, para análise dos obstáculos, seja em situações bem-sucedidas, para avaliação de modelos exemplares”.

O autor prescreve táticas diferenciadas para cada tipo de estudo de caso, ao mesmo tempo que destaca a importância da contemporaneidade quando desse método de pesquisa. Segundo Yin (2001, p. 27), “o estudo de caso é uma estratégia escolhida ao se examinarem acontecimentos contemporâneos”.

Na jornada que o pesquisador percorre durante o desenvolvimento da pesquisa em direção ao propósito que lhe suscitou a curiosidade, o método de investigação (entendido enquanto gênero do qual o estudo de caso é espécie), deve estar muito bem delimitado, pois do contrário, na ausência de interação entre método e o objeto de estudo, certamente a pesquisa restará prejudicada. Pertinente, nesse momento, nos atentarmos à origem e às distintas compreensões sobre o gênero método de investigação.

Etimologicamente, a palavra método deriva do latim *methodus* e do grego *methodos*, cujo significado é “[...] o caminho através do qual se procura chegar a algo ou um modo de fazer algo”. Consoante Turato (2003, p. 149), os objetivos de pesquisa são alcançados mediante um método de investigação.

O que diferencia a pesquisa científica de outras abordagens é o uso de um método de investigação. Beuren (2008), lembra que o método científico é um traço característico da ciência, que permite auferir aos diferentes processos que levaram a alcançar determinado fim estabelecido ou um objetivo esperado.

Em outras palavras, compreende-se por método o conjunto de procedimentos empregados na investigação e demonstração da verdade – qualificadora auditável na pesquisa científica. Mas, para Cervo e Bervian (2002), há uma distinção entre o método e os seus procedimentos; aquele, compreendido como um dispositivo ordenado; estes, subordinados ao método, o tornam especificamente aplicável e executável.

Os procedimentos tornam o uso do método aplicável, mas dependem de um método para direcioná-los ao processo sistemático de descrição e explicação dos fenômenos pesquisados. Segundo Richardson (2007) há dois grandes métodos: o quantitativo e o qualitativo, os quais se diferenciam pela sistemática de trabalho e pela forma de abordar o problema.

Ao invés da diferença de abordagem e sistemática de trabalho dos métodos quantitativo e qualitativo ser interpretada como um empecilho à pesquisa, ao contrário, a fusão dos métodos agrega à investigação, tornando-a mais credível e confiável.



Nesse sentido, Flick (2004) reconhece que a análise conjunta entre os métodos quantitativo e qualitativo proporciona maior nível de credibilidade e validade aos resultados da pesquisa. De modo que muitos pesquisadores associam a análise conjunta dos métodos à pesquisa com o estudo de caso.

No entanto, ao relacionar o estudo de caso com ambos os métodos, Yin (2005), assevera que o estudo de caso constitui uma estratégia de pesquisa interessada no fenômeno, não sendo *a priori* classificada como qualitativa nem quantitativa, por excelência. O estudo de caso preocupado em investigar o fenômeno em seu contexto, requer múltiplos métodos e fontes passíveis de explorá-lo, descrevê-lo e explicá-lo.

Independente se o estudo de caso é descrito como modalidade, instrumento ou metodologia de pesquisa, cabe ao investigador ter clareza sobre o método e seu uso. A observação de um caminho metodológico rigoroso, começa com uma revisão minuciosa da literatura, a proposição cuidadosa e atenta das questões ou objetivos da pesquisa e pede a dedicação aos procedimentos formais e explícitos ao realizar a pesquisa, de modo a evitar generalizações precoces em busca do indispensável rigor científico no tratamento da questão.

Nesse enredo, necessário se faz destacar que a pesquisa de estudo de caso engloba um método bastante amplo, visto que envolve “a lógica do projeto, as técnicas de coleta de dados e as abordagens específicas à análise de dados. Nesse diapasão, o estudo de caso não se restringe somente a uma estratégia de coleta de dados isolada ou mesmo uma característica de projeto isolada” (YIN, 2010, p. 40).

A relação existente entre pesquisador e objeto de estudo sedimenta uma “identidade” entre ambos, resultante do lugar comum que os une. “Ademais, o pesquisador é igualmente “agente e sujeito”. Sendo assim, para que um estudo de caso seja bem conduzido e tenha qualidade técnica, é essencial que o pesquisador, além de bem preparado, também seja dotado de *expertise*”. De modo que aspectos subjetivos não interfiram na investigação, nem tampouco predomine o viés objetivo, pois a objetivação é proveniente das ciências naturais e não das ciências sociais (MINAYO, 2000, p. 11-15).

O estudo de caso tem por característica investigar uma unidade, bem delimitada e contextualizada, com a preocupação de não analisar apenas o caso em si, como algo à parte, mas o que ele representa dentro do todo e a partir daí.

Dito de outro modo, busca-se apreender a totalidade de uma situação, enfatizando a complexidade de um caso concreto por meio do seu detalhamento, compreensão e interpretação, razão de um mergulho profundo e exaustivo em um objeto delimitado.

Apreender essa totalidade de uma dada situação ao reunir informações numerosas e detalhadas é o que justifica a importância do estudo de caso. “A riqueza das informações detalhadas auxilia o pesquisador num maior conhecimento e numa possível resolução de problemas relacionados ao assunto estudado” (VENTURA, 2007; MARTINS, 2008; LIMA et al, 2012, p. 132).

Importante perceber que no exame propiciado pelo estudo de caso, está a se observar o próprio universo quando se estuda uma unidade ou parte desse todo. A preocupação diz respeito ao que o caso sugere a respeito do todo e não o estudo apenas daquele caso.

Conforme Yin (2001, p. 24), a metodologia estudo de caso é recomendável nas situações em que as questões a serem respondidas são do tipo “como?” ou “por que?”, “quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e em situações nas quais o foco se encontra em fenômenos complexos e contemporâneos, inseridos no contexto da vida real”. Desse modo, a investigação empírica é a modalidade que permite esclarecer os limites não evidentes entre o fenômeno e o contexto.

Tassigny et al. (2016) alertam que é preciso ficar atento para não confundir o estudo de caso como método de ensino e o estudo de caso como método de pesquisa, vez que são coisas diferentes. Enquanto na primeira situação, os instrumentos utilizados podem ser livremente modificados para dar uma maior ênfase em dada circunstância, na segunda, isso é totalmente vedado. A dedicação do pesquisador é no sentido de produzir um relatório minucioso que contenha todas as evidências encontradas de maneira correta.

Fica claro que a utilização do estudo do caso como método de pesquisa requer um rigor maior que a aplicação do estudo de caso no ensino ou nos registros. Enquanto método de pesquisa, o estudo de caso se dispõe a “contribuir para o conhecimento dos fenômenos individuais, grupais, organizacionais, sociais e políticos, o que requer uma apresentação rigorosa e justa dos dados empíricos, com a interpretação completa ou exata dos eventos atuais”, daí uma metodologia rígida, de etapas bem definidas que necessitam ser seguidas rigorosamente pelo o pesquisador, a fim de propiciar maior credibilidade aos resultados obtidos (YIN, 2010, p. 24-25).

Após esse apanhado geral sobre a origem, no que se concentra e a aplicação do método do estudo caso na ciência jurídica, importante informar as variadas definições que circundam essa metodologia de pesquisa. Alguns autores, como Goode e Hatt (1979), Yin (2005), Stake (2000), Lüdke e André (1986) são referências importantes e fornecem as suas visões sobre esse instrumento de investigação.

Para Goode e Hatt (1979, p. 422), “o estudo de caso é um meio de organizar os dados, preservando do objeto estudado o seu caráter unitário. Considera a unidade como um todo, incluindo o seu desenvolvimento (pessoa, família, conjunto de relações ou processos etc.)”. Portanto, os autores limitam a construção mental do objeto de pesquisa numa relação contextual.

Segundo Yin (2005, p. 212), a investigação empírica caracteriza o estudo de caso, composto por uma abrangente lógica de planejamento, coleta e análise de dados. É aplicável a abordagens quantitativas e qualitativas de pesquisa, bem como nos estudos de caso único ou múltiplos. É indicado para investigações que procuram saber o como e o porquê de eventos contemporâneos. “O autor assevera que o estudo de caso é uma investigação empírica que permite o estudo de um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos”.

No entendimento de Stake (2000), é o interesse em casos individuais que denota a pesquisa com estudo de caso, ao contrário de uma definição pautada nos métodos de investigação que pode abranger.

Na posição de Lüdke e André (1986), a estratégia de pesquisa estudo de caso, pede um objeto de estudo bem delimitado, tanto na escolha de casos simples e específicos como de casos complexos e abstratos. Ainda que o caso escolhido guarde semelhança com outros, o potencial reside na distinção, razão de um interesse próprio, único, particular, dentro de uma realidade complexa e contextualizada.

Outra divisão interna no tocante ao estudo de caso, diz respeito ao foco da investigação. Ela pode estar focada em uma unidade - um indivíduo (caso único e singular, como o “caso clínico”). Eminentemente justificável quando representa:

(a) um teste crucial da teoria existente; (b) uma circunstância rara ou exclusiva, ou (c) um caso típico ou representativo - em função da informação prévia aparentam ser o tipo ideal da categoria, ou quando o caso serve a um propósito (d) revelador ou (e) longitudinal. A variante complementar investiga casos múltiplos, nos quais vários estudos são conduzidos simultaneamente: vários indivíduos, várias organizações, por exemplo (VENTURA, 2007; LIMA et al., 2012).

Ventura (2007, p. 384-385) aduz que a partir dessas categorizações, a busca dos pesquisadores pelo original deve privilegiar o comum e o particular em cada caso, considerando diferentes aspectos como, a natureza e o histórico do caso; o contexto em que se insere; outros casos pelos quais é reconhecido e os informantes pelos quais pode ser conhecido. Para a autora,

“o que torna exemplar um estudo de caso é ser significativo, completo, considerar perspectivas alternativas, apresentar evidências suficientes e ser elaborado de uma maneira atraente”.

Um facilitador para o desenvolvimento da pesquisa com estudo de caso, é o chamado protocolo, documento que serve como roteiro na etapa de coleta de dados. Ele contempla o instrumento de coleta de dados e toda a conduta a ser seguida pelo pesquisador durante a verificação (YIN, 2005).

A qualidade dos resultados depende da utilização de diferentes procedimentos, é a chamada triangulação de evidências, isto é, a capacidade de lidar com uma ampla variedade de evidências – documentos, artefatos, entrevistas e observações – além do que pode estar disponível em um estudo histórico convencional, direcionando as observações para possível convergência ou divergência. Essas múltiplas fontes conferem significância aos resultados obtidos, validam o estudo de caso e não permitem que se incorra em subjetivismos (LIMA et al., 2012).

Segundo uma visão inclusiva e pluralista, os 3 (três) propósitos da pesquisa com estudo de caso – estudos descritivo, experimental e exploratório –, embora com características distintas, possuem grandes sobreposições entre si. Logo, as fronteiras entre eles – ou as ocasiões nas quais cada um deve ser usado – não são rígidas e inflexíveis.

A investigação do caso concreto aplicada à pesquisa descritiva, informa Rudio (1985), permite descobrir e observar fenômenos. A análise dos fatos corresponde à classificação, interpretação e à uma descrição detalhada de como esses fatos se apresentam.

Portanto, a realidade pesquisada demanda uma análise em profundidade. A investigação experimental, por sua vez, pretende dizer de que modo ou por que causas o fenômeno é produzido. Na pesquisa exploratória o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições ocorre a partir do momento que o problema é explicitado ou hipóteses são constituídas, para tanto, além de uma maior familiaridade entre pesquisador e a questão a ser avaliada, o contexto e as singularidades do caso são elementos importantes da investigação (GIL, 2009; CERVO; BERVIAN, 2002).

Com relação às vantagens e limitações do estudo de caso, é pertinente considerá-lo como um estímulo a novas descobertas, sobretudo pela relativa flexibilidade do seu planejamento; é metodologia que conduz à multiplicidade de dimensões de um problema, em que a análise holística não impede a simplicidade nos procedimentos, além de possibilitar um estudo em profundidade dos processos e das relações entre eles.

Entretanto, a dificuldade de generalização dos resultados obtidos é a sua maior limitação. “Seus casos não são ‘unidades de amostragem’ e também serão em número pequeno

demais para servir como uma amostra adequada para representar qualquer população maior”. Remeter o estudo à generalização estatística ou qualquer analogia a amostragens e populações seriam erros (YIN, 2015, p. 43-44).

Todavia, para além de uma amostragem, o método do estudo de caso aplicado à pesquisa é oportunidade para lançar luz empírica sobre conceitos ou princípios teóricos, semelhante à concepção e à condução de um novo experimento em uma investigação laboratorial. Nesse sentido, tanto um estudo de caso como um experimento podem ter interesse em ir além do caso ou experimento específico.

É sabido, que o estudo de caso é um método de pesquisa científica comumente utilizado nas ciências sociais, como a Sociologia, Antropologia e Ciências Políticas, que aos poucos conquista maior espaço no universo acadêmico, também nas Ciências Sociais aplicadas. No Direito, a sua utilização ainda não é consolidada, mas o método já se mostrou plenamente compatível com a pesquisa jurídica, desde que realizado de forma correta<sup>13</sup>.

No entanto, ainda há resistência quanto à sua aplicação, em função da falta de rigor metodológico e de planejamento da pesquisa (seleção dos casos, instrumento de coleta, levantamento, análise e triangulação de dados, fechamento e relatórios), que reduzem as vantagens desta estratégia e a validade do estudo (LIMA et al., 2012).

As críticas denotam um cenário onde a maioria das pesquisas utiliza poucas fontes de evidência, não seguem um protocolo de pesquisa, não usam critérios que justifiquem a escolha dos casos estudados, a clareza nos procedimentos analíticos é questionável, com poucos trabalhos caracterizados pela aplicação de procedimentos rigorosos. O principal resultado desse descuido é o baixo poder de generalização dos resultados, o que diminui a capacidade preditiva da teoria assim gerada (CESAR; ANTUNES, 2008; MARTINS, 2008).

Além do quadro negativo acima apresentado, ao qual a pesquisa científica desenvolvida no âmbito do Direito brasileiro está vinculada, tem-se a adoção de métodos tradicionais na elaboração de trabalhos jurídicos, os costumeiros estudos teórico-descritivos de fonte bibliográfica e documental, embasados primordialmente por revisão literária. Para Tassigny et al. (2016, p. 40) “na maioria das vezes, esses trabalhos não apresentam nada de novo, pois limitam-se apenas a uma compilação de argumentos alheios, motivo pelo qual, inclusive, existe contemporaneamente, tanta dificuldade de conseguir publicações qualificadas na área”. Esse

---

<sup>13</sup> A triangulação de informações, dados e evidências transmite confiabilidade e validade à pesquisa, igualmente à pesquisa jurídica. Desafiada a apreender, criativamente, a totalidade de uma situação, isto é, em meio ao emaranhado de dimensões que envolvem o objeto de estudo, deverá identificar, discutir, descrever e analisar engenhosamente essa complexidade do caso concreto, construindo uma teoria que possa explicá-lo e prevê-lo (MARTINS, 2008).

contexto informa a razão das frequentes críticas advindas de comunidades acadêmicas de outras áreas do conhecimento.

Na atualidade, as críticas endereçadas às pesquisas desenvolvidas no âmbito do Direito, apregoam uma limitação de análise na investigação jurídica, circunscrita a fontes bibliográficas e documentais, denotando uma preferência pelo papel à pessoas. Essa “situação que tem gerado aos pesquisadores jurídicos o estigma de meros reprodutores de conhecimento, compiladores de dados, repetidores, que não têm habilidade para construir um senso crítico que desperte o novo e que tenha aplicabilidade prática” (MONEBHURRUN; VARELA, 2013, p. 433).

No entanto, a produção de conhecimento no campo do Direito precisa se adequar aos novos paradigmas científicos e buscar outras formas de pensar e pesquisar, desvencilhando-se de estigmas.

Ao romper com limitações outras, o pesquisador do Direito deve refletir sobre os eventos humanos e sociais, sobre a eficácia das normas postas, sobre as relações sociais e seus reflexos jurídicos. “Para tanto, precisa conhecer a realidade, ter acesso a complexidade que envolve essas relações, a fim de coletar dados suficientes para produzir uma pesquisa que se aproxime da realidade e que tenha aplicabilidade prática” (TASSIGNY et al., 2016, p. 50).

O estudo de caso, como método de pesquisa (na seara jurídica), destina-se, principalmente, àqueles que desejam entender e se aprofundar em fenômenos sociais complexos, da vida real, como por exemplo, “ciclos de vida individuais, relações internacionais, problemas próprios de determinado grupo ou classe social, o que pode ser perfeitamente encaixado no objeto da ciência jurídica”. Assim, dizer que o investigador está atento aos fatos sociais atrelados ao Direito, corresponde à sua preocupação, além do disposto em lei, igualmente, com aquilo que impulsiona a lei – que forma o pensamento do juiz, que gera a ação do réu (YIN, 2010, p. 24).

Assevera Tassigny et al. (2016, p. 51) que, ao contrário da depreciação, utilizar o método do estudo de caso na pesquisa jurídica valoriza o trabalho do pesquisador. Os aspectos teóricos da ciência jurídica se unem aos elementos da realidade fática, fruto da investigação empírica, resultando em dados concretos que conferem maior robustez e credibilidade para a aplicabilidade prática do trabalho produzido, “de modo que cada resultado encontrado será mais do que mera reprodução de texto, trará algo novo para determinado fenômeno humano, que servirá de auxílio para a melhoria do sistema jurídico”.

O pesquisador mediante um profundo e exaustivo mergulho em seu objeto de pesquisa, vislumbra no estudo de caso a possibilidade de penetrar em uma realidade social, não conseguida plenamente por um levantamento amostral e avaliação exclusivamente quantitativa.

Levado a sério, o trabalho de campo – estudo do caso – deverá ser precedido por um detalhado planeamento, a partir de ensinamentos advindos do referencial teórico e das características próprias do caso (TASSIGNY et al. 2016; MARTINS, 2008).

Nessa empreitada jurídica interdisciplinar, que concilia reflexão teórica a situações fáticas, atenta para não se contaminar subjetivamente pelas influências externas é fonte de inovação e descoberta de novos horizontes.

## 2.2 DIREITOS REPRODUTIVOS E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Previamente ao detalhamento estrutural e linguístico do acórdão, é imperioso apresentar os componentes temáticos da reprodução assistida e seus desdobramentos, daí o delineamento dos direitos reprodutivos e das diferentes técnicas reprodutivas (FIV, IA, ICSI) com relação aos seus aspectos sócio-histórico e contextuais.

Em primeiro lugar, a preocupação com os direitos reprodutivos data de algum tempo, uma vez que debates políticos e sociais foram importantes para incorporá-los à Constituição Federal de 1988. A sua conceituação se confunde com a de planeamento familiar, tanto que ambas estão contidas no art. 226, § 7º da CF, que preceitua “o planeamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988).

O sentido do texto constitucional diz respeito à atuação do Estado, respeitado o foro íntimo do casal, isto é, a intromissão ou ingerência na vida do casal constituído formal ou informalmente em família, é dividida em dois polos complementares – preventivo e promocional.

A esfera preventiva se relaciona ao – ensino, educação, informação - dos métodos, técnicas e recursos para o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; a seara promocional, por sua vez, emprega recursos e conhecimentos científicos “para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos disponíveis” (GAMA, 2003, p. 448).

Como reflexo da atenção que o Brasil demonstrou na década de 1980 com a promulgação de uma Constituição Federal atenta aos direitos e a saúde reprodutiva dos cidadãos, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD), sediada na cidade do Cairo, Egito, em 1994, definiu expressamente os direitos reprodutivos no item 7.2 do Capítulo VII, denominado “Direitos de Reprodução e Saúde

Reprodutiva”, p. 62, assim transcrito: “a saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos”.

Saúde reprodutiva é sinônimo de uma vida sexual segura e satisfatória, de modo que a pessoa se sinta livre e capaz em decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Nesse conceito figura implicitamente o direito que todos sejam informados sobre o acesso a métodos seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, bem como para o controle da fecundidade que não sejam contrários à lei.

Sem olvidar o “direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio” (Conferência de Cairo, item 7.2, p. 62).

O texto evidencia o conceito de saúde reprodutiva de modo extensivo, em que a mera ausência de doença ou enfermidade é insuficiente a caracterizá-la. A sua abrangência compreende um completo bem-estar físico, mental e social, bem como ressalta a segurança, satisfação e a autonomia para a reprodução. Menciona, ainda, a importância do acesso a informações na escolha dos métodos para o planejamento familiar, controle da fecundidade e durante a gestação.

Além disso, frisa o item 7.3 do relatório (1994, p. 62) que todo casal e/ou indivíduo é dotado do direito básico “de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento [...] de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução”. Nesse sentido, o direito de decidir sobre a reprodução exclui qualquer forma de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Contemporaneamente, há um avanço nas técnicas de reprodução, bem como dos direitos reprodutivos que, inclusive, passam a ser objeto de política pública. Garantias importantes foram conquistadas, sobretudo acerca da autonomia enquanto direito ao livre-exercício de todas as opções concernentes ao ato de procriar.

Como os direitos reprodutivos são parte integrante dos direitos fundamentais de caráter social, estão amparados pelo princípio da proibição do retrocesso, o qual impede que conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive sejam desconstituídas.

“Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde)” (STA 175 Agr CE, 2010, p. 129), pois impede que concretizadas essas prerrogativas, elas venham a ser reduzidas ou suprimidas. Entretanto, isso



não significa que nas hipóteses – de todo inócua na espécie – políticas compensatórias possam ser implementadas pelas instâncias governamentais.

A propósito do tema e para reflexões posteriores, Canotilho (1998), nos ensina que o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. “Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito de educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo” (CANOTILHO, 1998, p. 320/321).

Em outras palavras, o princípio limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), como forma de garantir a proteção da confiança e da segurança dos cidadãos quanto ao núcleo essencial da existência mínima inerente e ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Em suma, a constitucionalidade que circunda o princípio da proibição de retrocesso social que se constitui como o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas garante que “quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”, são inconstitucionais (CANOTILHO, 1998, p. 320/321).

Em grande medida, os direitos sociais implicam uma obrigação de fazer ao Estado, isto é, tarefas constitucionais são impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços. Enquanto eles não forem criados, a Constituição emana exigências para que se criem, mas ao criá-los, recebem proteção constitucional que proíbe aboli-los.

A obrigação positiva do Estado – tarefa constitucional de concretizar direitos sociais – quando cumprida (total ou parcialmente), transforma-se numa obrigação negativa. Em outras palavras, “o Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social” (STA 175 Agr CE, 2010, p. 132).

Delineado esse aspecto introdutório com relação aos direitos sociais e reprodutivos como prioridades de nossa Lei Maior; entendemos que para a melhor organização da pesquisa, precisamos pontuar algumas categorias, conexas à introdução, mas com um grande potencial a ser explorado.

Na sequência, faremos um brevíssimo apanhado das diferentes técnicas reprodutivas (FIV, IA, ICSI) pertencentes ao grande campo da reprodução assistida, pois em si, tem complexidade suficiente para amparar vários estudos científicos bem mais detalhados.

Outros temas como o direito à saúde, fonte do direito à saúde reprodutiva; bem como, o planejamento familiar, entendido constitucionalmente como direito à formação familiar e o mínimo existencial – garantidor, em certa medida, da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana, também carecem de breve abordagem, posto que não são objetos centrais da pesquisa, mas circunstanciais.

Ao se reportar especificamente às tecnologias para a reprodução humana, os autores da ação se depararam com a descoberta de um novo “mundo”, dos serviços de reprodução assistida (também, na seara pública), cenário repleto de possibilidades àqueles desejosos por um filho após o diagnóstico de infertilidade. Essa novidade revela um território desconhecido de parcela majoritária da população, que também omite falhas, insucesso, e valores vultuosos, muitas vezes.

O entendimento sobre esse “novo mundo” passa por pesquisas na internet, conversas boca a boca com pessoas próximas até a decisão definitiva pelo auxílio especializado, início de um tratamento reprodutivo em uma clínica ou em algum hospital da rede pública que ofereça técnicas de reprodução humana assistida (dadas as suas implicações, não raro é motivo de acesso ao judiciário).

Assim, importante nesse primeiro momento, a explanação sobre o universo da tecnologia reprodutiva, com um breve histórico do seu surgimento e das técnicas desenvolvidas com o passar dos anos, culminando na crescente procura na contemporaneidade.

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas iniciou ainda no século XX, de modo mais centralizado, restrita aos quatro cantos do planeta. Com a divulgação e a propagação dos feitos realizados o seu domínio expandiu, tornando-se no século XXI uma possibilidade difundida mundo afora (ROSE, 2013).

Em fins do século XVIII há registro da utilização da inseminação artificial em humanos, como um desdobramento das técnicas reprodutivas testadas na criação de animais. Com o passar dos anos alguns casos de utilização caseira da técnica foram descobertos no hemisfério norte.

O século XX marcou definitivamente a produção de novas tecnologias reprodutivas. A fertilização *in vitro*, por exemplo, é datada da década de 1930. De modo que nas décadas seguintes iniciou-se verdadeira corrida experimental com óvulos humanos e nas pesquisas biogenéticas (WATSON, 1971).

A década de 1970 ficou conhecida por introduzir definitivamente as tecnologias de reprodução assistida de alta complexidade, inclusive, data de 1978 o nascimento do mundialmente anunciado primeiro “bebê de proveta”<sup>14</sup>, na Inglaterra (STOLCKE, 1988).

Como reflexo ao nascimento do primeiro bebê de proveta, a década 1980 foi marcada por intensos debates bioéticos, compostos por médicos, biólogos, psicólogos e filósofos, culminando na elaboração de documentos. É o caso do relatório Warnock, publicado em 1984 pelo governo britânico, uma espécie de referência histórica na área da bioética que passou a regular situações biogenéticas realizadas e pendentes de regulação (NOVAES, 2017).

Conforme descrito no próprio relatório Warnock (1984, p. 13), “o nascimento do primeiro bebê de proveta foi um marco dentro da ciência e, em especial, para o campo da embriologia”. Mas como uma espécie de Jano de duas faces<sup>15</sup>, de um lado provocou alento, entusiasmo e alegria para aqueles que padeciam de alguma causa de infertilidade, de outro lado, no entanto, foi visto com certa temeridade, inclusive, questionamentos acerca dos limites e controle a serem estabelecidos foram levantados.

Eis que para além disso, as técnicas propiciaram uma nova “era”, – “situações antes sequer imaginadas viraram realidade – tornando necessários ajustes nas normas de Direito. Novas leis precisavam ser implantadas para reger os métodos de procriação medicamente assistida, manipulação de embriões e suas respectivas consequências”.

Assim, percebeu-se imprescindível unir técnica e ética quando das intervenções biogenéticas, sobretudo com o avanço da medicina reprodutiva, seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, haja vista que técnicas mais sofisticadas e menos invasivas são difundidas com rapidez. Consequência disso, é o grande campo da reprodução assistida (RA) atualmente, composto por diferentes métodos e tratamentos médicos.

Consoante Mascarenhas e Costa (2019, p. 331), a reprodução assistida pode ser definida como basicamente, “a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”.

Para Valéria Cardin e Letícia Rosa (2013, p. 152), as técnicas de reprodução assistida favorecem a fecundação humana, “por meio da manipulação de gametas e embriões, com o objetivo de tratar a infertilidade e propiciar o nascimento de um novo ser”.

---

<sup>14</sup> No dia 25 de julho de 2018, Louise Brown, primeira bebê de proveta, celebrou seu aniversário de 40 anos. [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/25/album/1532508040\\_364385.html#foto\\_gal\\_4](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/25/album/1532508040_364385.html#foto_gal_4)

<sup>15</sup> Trata-se de deus romano que tinha duas faces, uma voltada para a frente e outra, para trás. A sua face dupla também simboliza o passado e o futuro. O deus Jano, com duas faces voltadas para lados opostos, é às vezes invocado para simbolizar que a ciência pode ser utilizada tanto para o bem quanto para o mal.

Vanessa e Mayara, por sua vez, conceituam a reprodução assistida como “um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis” (2016, p. 35/36). Em síntese, o encontro do óvulo com o espermatozoide que não acontece naturalmente, é facilitado pela reprodução assistida.

A literatura especializada menciona algumas variantes na Reprodução Assistida recomendadas a depender da complexidade de cada situação, são elas: a Fertilização *In Vitro* (FIV), a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), a Inseminação Artificial (IA), a doação de óvulos, espermatozoides e embriões, o empréstimo” de útero (barriga de aluguel) e o congelamento de gametas e embriões.

A complexidade no diagnóstico dos pacientes irá direcionar a escolha e recomendação médica sobre qual técnica é mais adequada e poderá ser mais satisfatória ao caso. Indiferente se menos ou mais invasivo, todos os tratamentos auxiliam no processo da concepção do embrião. Portanto, nenhuma surpresa perceber que a procura massiva dos serviços ocorra por casais inférteis/estéreis que almejam o filho biológico.

Interessante pontuar neste momento, ainda que brevemente, como a fertilidade intrinsecamente se relaciona à trajetória da reprodução assistida e, sobretudo, como ela determina qual o método de fertilização a ser utilizado. Nesse sentido, a infertilidade é considerada quando após um período de ao menos 12 meses de intercurso sexual sem qualquer método de contracepção não resulte gravidez. Tema que por sua visibilidade atual, possui grande repercussão no âmbito nacional e internacional, compondo, igualmente, a sustentação do relator do acórdão. A menção expressa está contida na Portaria nº 426/GM, página 8 de 27 do acórdão, que diz:

PORTARIA Nº 426/GM Em 22 de março de 2005.

Institui no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências.

(...)

Considerando que, segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS e sociedades científicas, aproximadamente, 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida fértil, sendo que a infertilidade se define como a ausência de gravidez após 12 (doze) meses de relações sexuais regulares, sem uso de contracepção;

Segundo a própria OMS, a estimativa é que entre um total de 50 (cinquenta) e 80 (oitenta) milhões de pessoas no mundo possam ser inférteis. De outro lado, tanto a reprodução assistida como a infertilidade e a esterilidade são circunstâncias vitais que também acometem inúmeras pessoas e, para que não reste dúvida, importante esclarecer no que elas se diferenciam.

“A infertilidade traduz-se na diminuição da capacidade de ter filhos devido a alterações no sistema reprodutor masculino ou feminino, ou de ambos” (SOUZA; CALDAS, 2016, p. 36).

O diagnóstico de infértil depende da falta de concepção após um período mínimo de 12 meses de relações sexuais frequentes, sem uso de métodos anticoncepcionais. A esterilidade resulta da incapacidade absoluta de fertilização natural, portanto, é nula a capacidade natural de um casal estéril gerar filhos. “Vale, aqui, esclarecer que tanto a infertilidade quanto a esterilidade são consideradas doenças, e estão registradas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, CID 10 da Organização Mundial da Saúde, podendo ser tratadas” (SOUZA; CALDAS, 2016, p. 36).

A relação entre infertilidade e patologia é aventada no acórdão (páginas 12/13 de 27), conforme expresso na Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012, que destina recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida e, que veio a complementar a Portaria nº 426/GM de 22 de março de 2005, quando diz:

Também não se sustenta eventual argumento de que a infertilidade não implica risco iminente à saúde e, assim, não justificaria o atendimento pelo SUS. Sabe-se que a infertilidade é considerada uma patologia (inclusive constando do CID) que pode ter consequências psicológicas, acarretando prejuízos à saúde física e emocional. Ademais, conforme visto alhures, as normas do Sistema Único de Saúde já contemplam a atenção à Reprodução Humana Assistida, não podendo esta especialidade ser ignorada. (Pags 12 e 13 de 27)

A catalogação internacional de doenças (CID-10) que considera as infertilidades masculinas e femininas como moléstias prescinde a necessidade de uma interpretação que contemple esses conceitos médicos, de modo a garantir a saúde reprodutiva, indistintamente. Entendida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não mera ausência de doenças ou enfermidades.

Além disso, constata-se da própria Portaria nº 426/GM citada no acórdão (página 8 de 27) a contribuição das técnicas de reprodução humana assistida para a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças genéticas infectocontagiosas.

Realizada esta breve divagação, pode-se, com ganho qualitativo, retornar às tecnologias reprodutivas, elas se dividem em dois grupos: as técnicas intra e extracorpóreas, isto é, a fertilização dentro ou fora do corpo feminino, respectivamente. Se no primeiro caso são transferidos os gametas (óvulo e espermatozoide) para o corpo da mulher; no segundo, diferentemente, os gametas são fertilizados fora do corpo feminino dando origem aos embriões que são transferidos para o útero.

A inseminação artificial é exemplo de técnica intracorpórea, haja vista que o sêmen é transferido para o aparelho genital feminino pelo médico, sem a necessidade de relação sexual para tanto.

Segundo Dufner (2014, p. 150/151), a inseminação artificial pode ser entendida como a inserção do “sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou mediante um cateter, por via transvaginal. (...)”. Compreendida por duas variantes: homóloga e heteróloga, a primeira quando o sêmen pertence ao parceiro e a segunda quando é necessário o sêmen de um doador.

Por sua vez, a fertilização *in vitro* é a principal representante do método extracorpóreo, em que as células reprodutivas masculina e feminina são manipuladas em laboratório, após fecundadas originam o embrião que é transferido para o útero (BARBOSA, 2000).

De modo sintetizado, Regina Beatriz Tavares da Silva (2007), nos ensina que, a introdução do gameta masculino no corpo feminino de modo artificial, na espera que a fecundação ocorra no interior do corpo da mulher é a chamada inseminação artificial; já na união de óvulo e espermatozoide numa proveta, *in vitro*, como segue a denominação da técnica, tem-se a fecundação externa ao corpo feminino.

Para Valéria e Letícia a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são as técnicas mais utilizadas de reprodução assistida. A inseminação artificial, ausente de relação sexual, ocorre através de recursos mecânicos com a introdução do sêmen no útero feminino. “Já a fertilização *in vitro* ocorre em laboratório, sendo o embrião transferido posteriormente ao útero materno. É utilizada quando o emprego das outras técnicas se esgotarem, uma vez que é mais invasiva que as demais” (CARDIN; ROSA, 2013, p. 152).

A literatura especializada pontua que as técnicas de reprodução assistida são agrupadas quanto ao material genético a ser utilizado. Elas se classificam como homólogas, ao utilizar os gametas masculino e feminino do próprio casal; ou heterólogas, ao empregar o material genético de pelo menos um terceiro doador.

Nesse último caso, pode haver utilização de óvulo ou sêmen de um doador, caso em que a técnica será heteróloga unilateral, assim como a doação de ambos os gametas ou até mesmo de embriões de terceiros, quando se terá reprodução assistida heteróloga bilateral<sup>1</sup> (SOUZA; CALDAS, 2016, p. 36/37).

Cumprido esclarecer, consoante Barbosa (2000), que todos os tratamentos constituem ciclos compostos de várias etapas. Primeiramente, ocorre a hiperestimulação hormonal da mulher, processo que potencializa o amadurecimento dos óvulos; ao invés de um único óvulo maduro ao mês, vários folículos ovarianos amadureçam de uma só vez em vista da fertilização.

Fecundados os óvulos que originam os embriões, o casal/a pessoa pode, se assim preferir, congelá-los para introduzi-los num momento mais conveniente, ou mesmo em outras tentativas de reprodução ou, por fim, servem à pesquisa e à doação. “O congelamento de material genético para futuras tentativas de reprodução não é incomum atualmente. Ele é viabilizado pela economia de tempo e dinheiro em comparação a iniciar um novo tratamento” (HEIDEMANN, 2018, p. 35).

Ressalta-se que, quando não houver recomendação médica para a utilização de determinado procedimento, uma infinidade de possibilidades são realizáveis com as técnicas reprodutivas, desde a escolha pela técnica mais adequada entre a multiplicidade existente até o congelamento de material genético, a depender da disponibilidade e preferência do interessado. Desse modo, os direitos reprodutivos e sexuais, exercidos pelos métodos e técnicas reprodutivas, se relacionam com o planejamento familiar dos indivíduos, pelo resguardo da autonomia reprodutiva e da livre decisão sobre as questões da vida privada, isto é, o uso de métodos contraceptivos e conceptivos, ter ou não filhos, quantos filhos e em qual intervalo de tempo, de modo que ao Estado compete disponibilizar recursos e conhecimentos científicos para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais, após informados e educados a respeito das opções e mecanismos disponíveis. Sob essa perspectiva, uma relação triádica se apresenta, a qual engloba tecnologias reprodutivas, saúde reprodutiva e planejamento familiar. Por ora, faz-se necessário explicitar o conceito de planejamento familiar, constitucionalmente amparado e que reforça o direito à formação familiar.

### 2.3 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

É sabido que a Constituição Federal de 1988 assegurou o planejamento familiar aos brasileiros. Isto é, assegurou ao casal, constituído formal ou informalmente em família, fazer escolhas e tomar decisões de maneira livre e responsável sobre seus direitos reprodutivos, garantindo, inclusive, o completo exercício desses direitos.

O planejamento familiar como direito fundamental está previsto no art. 226, § 7º, da CF<sup>16</sup> e garante a plena autonomia reprodutiva. Assim entendido como a liberdade de direito

---

<sup>16</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

prevista ao casal, materializado pelo Estado, ao propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, tornando-o um direito de fato.

Propiciar informação, educação em saúde, métodos anticoncepcionais eficazes, sexo seguro e assistência ao pré-natal, parto e puerpério, corresponde às obrigações positivas do Estado. Mas, em contrapartida, o planejamento familiar também prevê obrigações negativas do Estado, isto é, a não interferência na vontade livre do indivíduo, de acordo com Canotilho e Moreira (2007, p. 858):

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais – informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para autodeterminação.

A Constituição Federal ainda protege o direito à saúde e à maternidade enquanto direitos sociais, conforme inscrito no art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nesse contexto, convém ressaltar o avanço da Constituição atual em relação às anteriores, especialmente por assentar temas inovadores e complexos. Não fugiu da distribuição e regulamentação de competências, mas atenta à realidade e suas inquietações, a CF/88 definiu a saúde enquanto direito, na esteira da Organização Mundial de Saúde, noção que compreende o estado de completo bem-estar físico, mental e social, percepção inclusiva que, para além de um restritivo viés curativo abrange aspectos protetivos e promocionais ao direito fundamental (SOUZA; CALDAS, 2016, p. 39).

Apesar do planejamento familiar possuir previsão constitucional, a sua regulamentação ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.263/96, chamada de Lei do Planejamento Familiar, que definiu o “planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º).

A Lei n. 9.263/96 define como se dá a atuação do Estado por meio de políticas públicas, com o mínimo de interferência no direito de planejar a prole, o núcleo familiar, conforme a autonomia dos indivíduos.



De acordo com o referido texto legal, cabe ao Sistema Único de Saúde<sup>17</sup> garantir em todos os níveis, devido à integração entre planejamento familiar e ações de atendimento global e integral à saúde, programa que inclua atividades básicas, como, “a assistência à concepção e contracepção” (art. 3º, parágrafo único, I), devendo ser oferecidos para o exercício do planejamento familiar “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 9º).

O Código Civil de 2002, no Capítulo IX, art. 1565, § 2º, ao dispor sobre a eficácia do casamento, “estabeleceu que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Desde o momento que o planejamento familiar foi introduzido à CF/88, o tema vem sendo discutido e garantido, observadas e contempladas as particularidades transitórias da sociedade brasileira. Tanto é que, conforme demonstrado, já em 1988 houve a preocupação em garantir constitucionalmente o planejamento familiar, daí sua positivação em diferentes artigos e matérias do texto constitucional, posteriormente, como forma de ampliar, reafirmar e contextualizar o planejamento familiar com os anseios de uma sociedade que já não era a mesma de fins da década de 80, início da década de 90, foi editada lei específica para disciplinar o assunto e abarcar situações específicas, criou-se a Lei n. 9.263/1996, considerada um avanço à época, em especial para o público feminino. Na sequência, o texto do novo Código Civil de 2002, reformulado e atualizado, consolidou o instituto do planejamento familiar, trazendo-o expressamente em seu bojo.


No entanto, o assunto sempre foi alvo de debates e, recorrentemente, suscitado judicialmente, haja vista críticas, inconstitucionalidades, argumentos e aspectos subjetivos direcionados ao texto legal. Assim, frente aos diferentes apontamentos relacionados à temática do planejamento familiar e a necessidade de uma revisão do texto da lei, a fim de atualizar-se à sociedade contemporânea, houve a alteração da Lei n. 9.263/1996, com a edição de novas regras. Em 02 de setembro de 2022 foi publicada a Lei n. 14.443/2022, que passou a vigorar

---

<sup>17</sup> Além de englobar estratégias voltadas para anticoncepção, concepção e práticas sexuais seguras, o SUS desempenha um papel crucial na implementação dessas ações, resultando na prevenção de abortos inseguros e gravidezes indesejadas. Essa abordagem repercute na redução das taxas de mortalidade infantil e materna, além de contribuir para a diminuição das taxas de gravidez na adolescência. (PEDRO et al., 2021; ROCHA; EVANGELISTA, 2023).

em 02 de março de 2023<sup>18</sup>, com o objetivo de tornar mais céleres e acessíveis os procedimentos de esterilização.

As principais mudanças na Lei de Planejamento Familiar podem ser visualizadas na figura abaixo, que traz um comparativo entre a disposição atual e a anterior.

<b>Atualmente (Lei 14.443/22)</b>	<b>Anteriormente (Lei 9.263/96)</b>
A oferta de métodos e técnicas de concepção e contracepção deve ser feita em um prazo de <b>até 30 dias</b> .	Não havia prazo estabelecido.
A esterilização voluntária é permitida para homens e mulheres com capacidade civil plena e <b>maiores de 21 anos ou, pelo menos, com 2 filhos vivos</b> , desde que observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico.	Homens e mulheres deveriam ter mais de <b>25 anos</b> .
<b>A mulher durante o período de parto tem direito à esterilização cirúrgica</b> (desde que observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas).	Era <b>vedada</b> a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto (exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores).
<b>Não há necessidade de consentimento do cônjuge</b> para realização da esterilização. 	Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização dependia do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

**Figura 2** Laqueadura e vasectomia: veja as mudanças na lei que facilita a esterilização voluntária  
Fonte: Portal Wemeds <https://portal.wemeds.com.br/laqueadura-e-vasectomia-mudancas-na-lei/>

Pela redação da Lei n. 9.263/96, inexistia previsão temporal para o oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas pelo Estado, representado pelo SUS. Com a alteração da Lei n. 14.443/22, o prazo para a disponibilização é de no máximo 30 (trinta) dias. Essa alteração evita o longo tempo de espera até a efetiva disponibilização da técnica ou método escolhidos para evitar uma gravidez não planejada.

A mudança quanto à idade para a esterilização voluntária, isto é, a vasectomia para homens e a laqueadura de trompas para as mulheres, permite aos maiores de 21 (vinte e um) anos com plena capacidade civil, ainda que não possuam filhos, optar pelo procedimento. Àqueles que não tenham completado 21 (vinte e um) anos de idade, mas possuam dois ou mais filhos, poderão, igualmente se utilizar dessa previsão.

A possibilidade de congregarem numa mesma ocasião a esterilização cirúrgica e o parto, afasta a obrigatoriedade da mulher se submeter a uma nova internação, tendo que se expor

<sup>18</sup> Lei 14.443/2022, que alterou a Lei de Planejamento Familiar (Lei 9.263/1966) para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização voluntária, no âmbito do planejamento familiar.

novamente aos riscos de complicações cirúrgicas e infecções hospitalares, ou mesmo, precisar enfrentar dificuldades de agendamento, a distância até o hospital, etc., apenas para a realização da laqueadura. A nova redação elimina essas barreiras que desestimulam ou mesmo inviabilizam o retorno ao estabelecimento de saúde. Por sua vez, o prazo de 60 dias entre a manifestação de vontade pela esterilização e o parto, se deve ao correto esclarecimento dos riscos e das consequências da cirurgia, permitindo à interessada uma tomada de decisão madura<sup>19</sup> (COSTA PINTO, 2022).

A revogação do consentimento do cônjuge para a realização da laqueadura sinaliza o protagonismo das mulheres, com maior autonomia nas decisões relativas à maternidade, uma conquista para os direitos da população feminina.

Apesar das alterações representarem um avanço em termos de autonomia da vontade da mulher no tocante à sua vida reprodutiva e numa maior facilidade de acesso a métodos e procedimentos contraceptivos que impactam na qualidade de vida e, por consequência, no planejamento familiar. Alguns questionamentos permanecem, sobretudo quanto à faixa etária e a quantidade de filhos para a realização do procedimento.

Conforme o procurador-geral da República à época da promulgação da Lei n. 14.443/2022, Augusto Aras, essas restrições que permanecem na lei com relação à limite de idade e quantidade de filhos fere a Constituição, bem como, caracteriza indevida interferência estatal na autonomia privada do cidadão. Aras, considera que o Estado, por força da lei, interfere na decisão sobre ter ou não filhos, fundada sob a perspectiva da natalidade. Inclusive, ele afirma que a norma deslegitima a opção de uma pessoa plenamente capaz não querer gerar descendentes (MPF, 2022).

Para o PGR, a flagrante inconstitucionalidade sobre a quantidade de filhos vivos para que os menores de 21 (vinte e um) anos realizem o procedimento, se dá pelo parâmetro sugerido pela lei, ou seja, a quantidade de descendentes que seria social e pessoalmente ideal antes de submeter-se à operação, interferindo de forma indevida na autonomia privada dos cidadãos.

Importa, portanto, destacar a maior liberdade de decisão da mulher por meio do controle da própria fecundidade, vinculando à potencialidade de autodeterminar-se, que reflete no princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, as mudanças introduzidas pela nova lei, quanto a autonomia reprodutiva feminina, resultando em avanços sob o ponto de vista dos

---

<sup>19</sup> A superioridade da eficácia da laqueadura na prevenção de gravidez em relação aos demais métodos contraceptivos é clara, contudo, a irreversibilidade do procedimento preocupa a equipe de saúde, uma vez que se notou grande número de arrependimentos e procura de serviços para reversibilidade da cirurgia, principalmente por parte de mulheres mais jovens (ALVES, et al., 2022).

direitos reprodutivos, devem ser analisadas pela perspectiva da restrição da natalidade, pois, em que pese a restrição estatal para intervir no processo decisório sexual e reprodutivo do casal, na prática, as alterações legislativas evidenciam medidas de controle do Estado quanto à natalidade e densidade populacional.

Assim, as medidas estatais, ainda que no sentido da restrição da natalidade, visam atender as expectativas das pessoas com relação ao planejamento familiar, as necessidades da sociedade e o contexto histórico em que as leis e programas são inseridos e, descortinam a multiplicidade de estilos de vida individuais que vêm sendo construídos atualmente (GOMES; VIEGAS, 2022).

Nesse sentido, Giselda Hironaka (2006, p. 154) resume:

o divórcio, o controle da natalidade, a concepção assistida, bem como a reciprocidade alimentar, são valores novos que passam a permear o tecido familiar, para torná-lo mais arejado, mais receptivo, mais maleável, mais adaptável às concepções atuais da humanidade e da vida dos humanos (grifo nosso).

Logo, da nova redação da Lei de Planejamento Familiar é possível extrair uma concepção dual que vincula sexualidade e capacidade reprodutiva, dualidade que se traduz na validação e na restrição dos direitos reprodutivos. Relação que, como já afirmado, contempla muito mais um controle de natalidade que a promoção da reprodução assistida, por exemplo.

Igor de Lucena Mascarenhas e Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa (2019) indicam que do controle de natalidade se originou o instituto do planejamento familiar, congregando dos princípios que regem o direito de família - os princípios da afetividade, liberdade e dignidade. “Mais do que controle de natalidade, o planejamento familiar deve significar viabilizar a família que se pretende ter, quer as pretensões se revelem no desejo de ampliar, quer no de restringir a prole” (MASCARENHAS; COSTA, 2019, p. 331). Razão que justifica discutir planejamento familiar sob a ótica das tecnologias reprodutivas disponíveis e suas possíveis consequências.

A incorporação frequente de tecnologias ao dispor dos cidadãos, também no campo reprodutivo, aliado aos diferentes modos de convivência familiar e aos mais diversos desejos e condições individuais das pessoas que compõem determinado núcleo, repercute na demanda pelo uso de técnicas de reprodução humana assistida e, por consequência, no planejamento familiar.

### 3 O CASO ESCOLHIDO: O ACÓRDÃO

Neste capítulo, como mencionado em momentos anteriores, o estudo de caso é a estratégia de pesquisa escolhida, pois concilia a pesquisa qualitativa, que num mergulho profundo do tema relaciona evidências empíricas e teóricas, sem desprezar o conhecimento agregado pela pesquisa quantitativa, atenta a parâmetros repetitivos e de frequência. Essa múltipla interpretação das evidências permite a análise válida e confiável dos dados. Nesse sentido, o método descritivo/exploratório conduz a pesquisa qualitativa e a análise de conteúdo é a ferramenta para destrinchar os dados coletados.

#### 3.1 A JURISPRUDÊNCIA REVISITADA DO TRF4

Acórdão é a peça processual, como mencionado no capítulo anterior, escrita em linguagem formal e especializada, com menções ao texto da lei, jurisprudências e precedentes judiciais, citações doutrinárias, inclusive, com referências a outras partes do próprio processo em julgamento. O acórdão não deixa de ser uma sentença, mas proferida em um segundo grau de jurisdição.

O art. 204 do CPC 2015 aduz que o “acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais” (BRASIL, 2015). De acordo com a Constituição Federal, os juízes que atuam nos tribunais são chamados desembargadores (BRASIL, 1988).

Os acórdãos são compostos por ementa (resumo dos votos); a súmula; a indicação do órgão que fez o julgamento; o relatório, que identificará os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os fundamentos, em que o magistrado analisará as questões de fato e de direito; o dispositivo, em que o magistrado resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Durante a sessão de julgamento realizada no tribunal, os desembargadores votam a respeito do caso concreto que lhes é submetido. A redação do texto final caberá ao desembargador-relator, que é sorteado para essa finalidade.

O tribunal escolhido foi o de competência territorial afeto a pesquisadora, ou seja, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, tem jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, com Turmas Regionais descentralizadas em Florianópolis e Curitiba.

O TRF4 é composto por 27 desembargadores federais escolhidos entre os juízes federais de 1ª Instância, membros do Ministério Público e representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, nomeados pelo Presidente da República, nos termos da Constituição Federal.

Os desembargadores federais julgam recursos em causas decididas por juízes federais de primeiro grau em ações que envolvam a União Federal, autarquias e empresas públicas, bem como recursos de decisões proferidas por juízes de direito em causas envolvendo matéria previdenciária (art. 109, § 3º, CF) e em execuções fiscais (art. 109, § 3º, CF e art. 15, inciso I, Lei nº 5.010/66), e também processos referentes a infrações penais praticadas em detrimento dos bens e serviços dessas entidades autárquicas ou empresas públicas federais.

O acórdão objeto da análise é proveniente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, instância federal que compreende os estados do sul do Brasil – Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

A Terceira Turma debruçou-se sobre o recurso de Apelação interposto pela União em litisconsórcio passivo com o Estado do Paraná, que visava modificar o sentenciado pelo juízo *a quo*, que deferiu, inclusive, em sede de antecipação de tutela, o credenciamento dos autores da ação perante o Sistema Único de Saúde para realização de tratamento de reprodução humana assistida. Além da pesquisa jurisprudencial no site do TRF4<sup>20</sup>, consultamos também decisões semelhantes nos sites do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)<sup>21</sup> e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>22</sup>.

Em todas as buscas utilizamos as seguintes palavras-chave: “reprodução assistida”, “fertilização *in vitro*” e “infertilidade”, procedimento inerente a Análise de Conteúdo, tópico do item seguinte deste capítulo. Esse processo tornou possível obter jurisprudências correspondentes nos 3 (três) Tribunais citados. No TRF4, 3 (três) acórdãos se adequaram ao perfil da pesquisa; no TJPR, 3 (três) acórdãos foram admitidos nos moldes do estudo; e no STJ, 5 (cinco) acórdãos se encaixaram aos itens da investigação.

O estudo de caso foi a estratégia metodológica escolhida para construir o corpus da pesquisa, em torno deste acórdão em específico. Esta metodologia também será abordada, mais a frente, neste mesmo capítulo, circunscrevendo o horizonte de coleta e análise de dados.

Após realizarmos essa verdadeira “caçada” jurisprudencial<sup>23</sup>, iniciamos a etapa de leitura, verificação e correspondência àquilo que consideramos essencial à nossa análise –

---

<sup>20</sup> Link de acesso <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>>.

<sup>21</sup> Link de acesso <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>.

<sup>22</sup> Link de acesso <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>.

<sup>23</sup> Jurisprudência é o nome atribuído as reiteradas decisões judiciais, em especial, nos tribunais superiores.

decisões sobre o (in)deferimento dos tratamentos de reprodução assistida às custas do Poder Público, momento que entendemos necessário sobrepor um segundo filtro ao primeiro, à vista de tornar a investigação mais interessante, selecionamos, então, apenas as jurisprudências não unânimes, isto é, focalizamos somente aquelas em que houve a divergência jurídica entre os desembargadores de uma mesma Turma, confronto direto de argumentos e votos.

Desse modo, uma única jurisprudência se adequou aos parâmetros estabelecidos, motivo de nossa escolha pela Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com início em 24 de maio de 2018 e encerrada em 07 de novembro de 2018, após voto-vista da Des. Federal Marga Barth Tessler, para melhor exame da demanda.

Os Tribunais são compostos por vários juízes, organizados em Câmaras e Turmas julgadoras. A organização do Poder Judiciário nacional é disposta pela Constituição Federal vigente, que determina além da estrutura fundamental dos seus órgãos, direitos e prerrogativas políticas econômicas especiais, típicas do cargo político do judiciário brasileiro.

Apreciados os autos pelos 5 (cinco) desembargadores, a 3ª turma decidiu após o voto do Des. Federal Luís Alberto d Azevedo Aurvalle e o voto da Des. Federal Vivian Caminha no sentido de acompanhar a divergência aberta pela Des. Federal Marga Barth Tessler, vencido o então Relator, Des. Federal Rogério Favreto e a Des. Federal Vânia Hack de Almeida, dar parcial provimento aos apelos, denotando para além de um placar apertado, a complexidade da temática e a presença de argumentos robustos que justificam os posicionamentos destoantes.

O acórdão publicado em 26 de novembro de 2018 no Diário da Justiça, tendo acolhido parcialmente as razões de apelação, enfatiza na ementa, “a não demonstração da imprescindibilidade do tratamento”, a “ausência de risco de vida” e o “aguardo pela implementação de política pública”, como se verifica:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE FERTILIZAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO TRATAMENTO. ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS EXISTENTES. ÓBICE. 1. Somente fará jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco/tratamento e da ausência de alternativa terapêutica. 2. No caso em exame, não se trata propriamente de fornecimento de medicamentos, não há presença de risco de vida para qualquer dos postulantes, no sentido de poderem aguardar a implantação da política pública que oferece tais procedimentos (fertilização in vitro) em todas as unidades da federação. Existindo programa que está sendo implementado, devem os postulantes aguardarem mediante inscrição na lista de espera existente. (TRF4, AC 5005258-03.2014.4.04.7004, TERCEIRA TURMA, Relatora para Acórdão MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 26/11/2018)

Na sequência apresenta-se a íntegra do acórdão, com citações longas e, até repetitivas, mas indispensáveis pois permitem desenvolver todos os elementos até aqui mencionados. Nos capítulos subsequentes, serão dissecados aspectos abaixo transcritos, daí ser imperioso constar no corpo do texto, o texto do acórdão analisado.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO  
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR  
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)  
APELANTE: ESTADO DO PARANÁ (RÉU)  
APELADO: ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)  
ADVOGADO: GEORGIO ENDRIGO CARNEIRO DA ROSA (DPU)  
APELADO: ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)  
RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em favor de Eliane Cristine de Aguiar Bertoni e Romualdo José Bertoni em face da União, do Estado do Paraná e do Município de Umuarama/PR, objetivando sejam os réus compelidos a encaminhar os autores para atendimento em hospital credenciado perante o Sistema Único de Saúde para realização de tratamento de reprodução humana assistida.

Deferida parcialmente a antecipação da tutela no Evento 63- DESPADEC1.

Realizada perícia judicial, o laudo foi juntado no Evento 33 - LAUDO1.

Sentenciando, o Juízo a quo julgou procedente o pedido.

Opostos embargos de declaração, os mesmos foram acolhidos para o fim de manter a antecipação dos efeitos da tutela, "inclusive novas tentativas de reprodução assistida, e estabelecer o limite máximo de três tentativas a serem realizadas a título de tratamento particular (incluída a tentativa já realizada), ressaltando, mais uma vez, o caráter excepcional e subsidiário dessa alternativa"

Recorrem as partes.

O Estado do Paraná visando à improcedência do pedido, tecendo considerações acerca da repartição das competências e da inviabilidade do tratamento particular, e alegando, em síntese, que resta ausente a sua responsabilidade pelo custeio do tratamento postulado, sendo necessária a determinação de ressarcimento pela União Federal nos próprios autos.

A União Federal, buscando a improcedência do pedido, pleiteando o redirecionamento ao Estado-membro, a divisão pro-rata e o ressarcimento administrativo. Subsidiariamente, requer seja reconhecida a falta de interesse processual em relação à União na medida em que já repassou sua cota parte ao Estado para que este realize o procedimento previsto no SUS.

Apresentadas as contrarrazões, o feito foi encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

**VOTO**



### **Do fornecimento do medicamento/tratamento médico**

O direito à saúde<sup>24</sup> está fundamentado na ética, no sentido de que todos têm direito à saúde assegurada pelo Estado. No Brasil, tal direito foi reconhecido pela Constituição Federal, nos seus arts. 6º e 196, como legítimo direito social fundamental do cidadão.

*Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

Desta maneira, a saúde é direito social fundamental, sendo direito de todos e dever do Estado que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas.

Entretanto, não se trata de direito absoluto, uma vez que o Estado não pode custear todo e qualquer tratamento de saúde aos cidadãos, sob pena de instaurar uma desordem administrativa e inviabilizar o próprio funcionamento do SUS.

Em tal contexto, embora a atribuição de formular e implantar as políticas públicas na defesa da saúde da população seja do Executivo e do Legislativo, não pode o Judiciário se furtar de suas responsabilidades. Assim, cabe ao Judiciário viabilizar a promoção do mínimo existencial, não se admitindo qualquer alegação de irresponsabilidade por impossibilidade (reserva do possível), concluindo-se que não há intervenção do Judiciário em tema de apreciação restrita do Executivo, mas sim respeito ao formalismo processual e aos direitos fundamentais individuais e sociais.

Em tal sentido, o julgamento da STA 175 pelo Supremo Tribunal Federal, que tratou do assunto:

*"Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.*

[...]

*Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.(fls. 110 e 114)”(Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, julgado em 17/03/2010).*

Desta maneira, embora a atuação do Poder Judiciário seja exceção à regra, os pedidos de fornecimento de medicamentos, de tratamentos, de procedimentos e de aparelhos e afins, devem ser analisados caso a caso, com base no contexto fático, mesmo diante das limitações que cercam o direito à saúde.

---

<sup>24</sup> O direito à saúde é o direito econômico, social e cultural a um padrão mínimo universal de saúde ao qual todos os indivíduos devem ter.

No julgado acima referido, o STF reconheceu expressamente e definiu alguns parâmetros para a solução judicial dos casos que envolvem direito à saúde, nos termos da decisão do Ministro Gilmar Mendes:

*"(...) o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.*

*Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.*

*Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).*

*Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.*

*(...)*

*Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.*

*Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.*

*(...)*

*O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.*

*A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.*

*Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da "Medicina com base em evidências". Com isso, adotaram-se os "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas", que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.*

*Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e*

*prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.*

*Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.*

*Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.*

*Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.*

*Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.*

*Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.*

*(...) Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.*

*Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.*

*Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar".*

De acordo com essas premissas, devem ser considerados os seguintes fatores quando da avaliação do caso concreto:

a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente;

- b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente;
- c) a aprovação do medicamento pela ANVISA;
- d) a não configuração de tratamento experimental.

### **Do caso concreto**

No caso concreto, o exame do pedido se deu através de perícia médica realizada por perito especialista na matéria e nomeado pelo Juízo, indicando expressamente a necessidade do tratamento requerido.

Logo, no que tange à análise da prova e do pedido, mantêm-se os fundamentos da sentença, da lavra do Juiz Federal Substituto João Paulo Nery dos Passos Martins, proferida nos seguintes termos:

*"Os autores buscam por meio da presente ação compelir os réus a fornecer o serviço público de reprodução assistida, bem como a proceder ao encaminhamento para atendimento em instituições hospitalares credenciadas pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou na rede privada.*

*Em sede de cognição sumária, típica da análise das tutelas provisórias de urgência, foi decidido o seguinte (cf. decisão - evento 63):*

*"(...) De fato, os autores trouxeram aos autos diagnóstico de infertilidade conjugal atestado por exames médicos, como comprovam os documentos anexados ao evento 1 - ATESTMED5, p.2, 3, 6; LAU6, p.7/17.*

*Desde 2011 a Defensoria Pública da União tem buscado a resolução administrativa da situação, sem, contudo, obter êxito, conforme documentação acostada aos autos (evento 1).*

*De acordo com a inicial, o tratamento pode oscilar de R\$ 19.000,00 a R\$ 45.550,00, dependendo do procedimento.*

*A fim de confirmar a existência de enfermidade<sup>25</sup> e demonstrar a necessidade e utilidade do tratamento pleiteado pelos autores, foi determinada a realização de prova pericial, sendo nomeado como perito o Dr. Daniel Martins Abou Rahal, CRM 25.225, médico obstetra - especialista em reprodução humana. Transcrevo, por oportuno, as respostas aos quesitos formulados (evento 44):*

### **Quesitos do Juízo:**

*a) O autor e/ou a autora apresenta(m) alguma doença que cause infertilidade ou diminuição da capacidade reprodutiva do casal? Em caso positivo, esclarecer do que se trata, com indicação do CID, e quais são as implicações.*

***NÃO APRESENTAM PATOLOGIA DE BASE.***

---

<sup>25</sup> Substantivo feminino utilizado no sentido de qualquer alteração patológica do corpo; doença, moléstia, patologia.

b) *Havendo enfermidade, existe tratamento médico para que o casal possa gerar filhos?*

**TRATAMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.**

c) *Havendo mais de uma alternativa terapêutica, quais as técnicas que podem ser empregadas no caso dos autores e qual delas é a mais indicada? Por quê?*

**I.C.S.I - FERTILIZAÇÃO INTRACITOPLASMÁTICA COM ESPERMATOZOIDE, DEVIDO À GRAVIDADE DA ALTERAÇÃO NO ESPERMOGRAMA DO MARIDO (oligoastenozoospermia).**

d) *O Sr. Perito tem conhecimento se o tratamento indicado é ordinariamente oferecido no âmbito do SUS?*

**NÃO EXISTE ESSA MODALIDADE DE TRATAMENTO PELO SUS.**

e) *Existe tratamento alternativo oferecido pelo SUS que possa substituir a requerida fertilização in vitro? Qual a porcentagem de êxito desse tratamento?*

**NÃO. CHANCE DE ÊXITO DE + OU - 30%.**

f) *Qual o valor aproximado do tratamento indicado?*  
**R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).**

g) *Outras informações que o perito julgar pertinentes.*

*Quesitos da União e do Estado do Paraná*

*Os mesmos do Juízo".*

*De acordo com o laudo pericial, o tratamento para que o casal possa gerar filhos é o de "reprodução humana assistida", sendo o mais indicado a "fertilização intracitoplasmática com espermatozóide", em razão da gravidade da alteração no espermograma (oligoastenozoospermia).*

*Pois bem.*

*Qualquer discussão relacionada ao direito ao livre planejamento familiar deve principiar pela análise de sua previsão constitucional (artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição da República de 1988), 'in verbis':*

*"Art. 226. (...)*

*§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".*

*Não há dúvida de que o livre planejamento familiar é um direito fundamental dos cidadãos. Constitui um reflexo do direito de liberdade, assegurando aos indivíduos que disponham segundo suas próprias conveniências acerca da forma e do momento da constituição do grupo familiar, especificamente quanto à prole.*

*Dando concretude ao comando constitucional, a Lei nº 9.263/96, que veio a regulamentá-lo, reforçou o caráter fundamental do direito ao planejamento familiar. Confira-se:*

*"Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.*

*Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.*

*(...)*

*Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.*

*Por sua vez, a fertilização in vitro está expressamente contida entre as políticas públicas do SUS, conforme Portaria nº 426/GM MS do Ministério da Saúde:*

***PORTARIA Nº 426/GM Em 22 de março de 2005.***

*Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências.*

*O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições, e*

*Considerando a necessidade de estruturar no Sistema Único de Saúde – SUS uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que permita atenção integral em reprodução humana assistida e melhoria do acesso a esse atendimento especializado;*

*Considerando que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos, de acordo com a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar;*

*Considerando que, segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS e sociedades científicas, aproximadamente, 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida fértil, sendo que a infertilidade se define como a ausência de gravidez após 12 (doze) meses de relações sexuais regulares, sem uso de contracepção;*

*Considerando que as técnicas de reprodução humana assistida contribuem para a diminuição da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças infectocontagiosas, genéticas, entre outras;*

*Considerando a necessidade de estabelecer mecanismos de regulação, fiscalização, controle e avaliação da assistência prestada aos usuários; e*

*Considerando a necessidade de estabelecer os critérios mínimos para o credenciamento e a habilitação dos serviços de referência de Média e Alta Complexidade em reprodução humana assistida na rede SUS,*

***R E S O L V E:***

***Art. 1º Instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.***

*Art. 2º Determinar que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida seja implantada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde, permitindo:*

*I - organizar uma linha de cuidados integrais (promoção, prevenção, tratamento e reabilitação) que perpassse todos os níveis de atenção, promovendo, dessa forma, a atenção por intermédio de equipe multiprofissional, com atuação interdisciplinar;*

*II - identificar os determinantes e condicionantes dos principais problemas de infertilidade em casais em sua vida fértil, e desenvolver ações transetorais de responsabilidade pública, sem excluir as responsabilidades de toda a sociedade;*

*III - definir critérios técnicos mínimos para o funcionamento, o monitoramento e a avaliação dos serviços que realizam os procedimentos e técnicas de reprodução humana assistida, necessários à viabilização da concepção, tanto para casais com infertilidade, como para aqueles que se beneficiem desses recursos para o controle da transmissão vertical e/ou horizontal de doenças;*

*IV - fomentar, coordenar e executar projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil;*

*V - promover intercâmbio com outros subsistemas de informações setoriais, implementando e aperfeiçoando permanentemente a produção de dados e garantindo a democratização das informações; e*

*VI - qualificar a assistência e promover a educação permanente dos profissionais de saúde envolvidos com a implantação e a implementação da*

*Política de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, em conformidade com os princípios da integralidade e da Política Nacional de Humanização - PNH.*

*Art. 3º Definir que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, de que trata o artigo 1º desta Portaria, seja constituída a partir dos seguintes componentes fundamentais:*

*I - Atenção Básica: é a porta de entrada para a identificação do casal infértil e na qual devem ser realizados a anamnese, o exame clínico-ginecológico e um elenco de exames complementares de diagnósticos básicos, afastando-se patologias, fatores concomitantes e qualquer situação que interfira numa futura gestação e que ponham em risco a vida da mulher ou do feto;*

*II - Média Complexidade: os serviços de referência de Média Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Atenção Básica, realizando acompanhamento psicossocial e os demais procedimentos do elenco deste nível de atenção, e aos quais é facultativa e desejável, a realização de todos os procedimentos diagnósticos e terapêuticos relativos à reprodução humana assistida, à exceção dos relacionados à fertilização in vitro; e*

*III - Alta Complexidade: os serviços de referência de Alta Complexidade estarão habilitados a atender aos casos encaminhados pela Média Complexidade, estando capacitados para realizar todos os procedimentos de Média Complexidade, **bem como a fertilização in vitro e a inseminação artificial.***

*§ 1º A rede de atenção de Média e Alta Complexidade será composta por:*

*a) serviços de referência de Média e Alta Complexidade em reprodução humana assistida; e*

*b) serviços de Assistência Especializada - SAE que são de referência em DST/HIV/Aids.*

*§ 2º Os componentes descritos no caput deste artigo devem ser organizados segundo o Plano Diretor de Regionalização - PDR de cada unidade federada e segundo os princípios e diretrizes de universalidade, equidade, regionalização, hierarquização e integralidade da atenção à saúde.*

***Art. 4º A regulamentação suplementar e complementar do disposto nesta Portaria ficará a cargo dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com o objetivo de regular a atenção em reprodução humana assistida.***

***§ 1º A regulação, a fiscalização, o controle e a avaliação das ações de atenção em reprodução humana assistida serão de competência das três esferas de governo.***

*§ 2º Os componentes do caput deste artigo deverão ser regulados por protocolos de conduta, de referência e de contrarreferência em todos os níveis de atenção que permitam o aprimoramento da atenção, da regulação, do controle e da avaliação.*

*Art. 5º A capacitação e a educação permanente das equipes de saúde de todos os âmbitos da atenção envolvendo os profissionais de nível superior e os de nível técnico, deverão ser realizadas de acordo com as diretrizes do SUS e alicerçadas nos polos de educação permanente em saúde.*

*Art.6º Determinar à Secretaria de Atenção à Saúde - SAS, isoladamente ou em conjunto com outras Secretarias do Ministério da Saúde, que adote todas as providências necessárias à plena estruturação da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, ora instituída.*

*Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. (g.n.) Essa Portaria veio a ser complementada, em 2012, pela Portaria nº 3149/2012, onde ficaram credenciadas as instituições que realizariam os procedimentos de reprodução assistida no âmbito do SUS:*

***PORTARIA Nº 3.149, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2012***

***Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides.***

*O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e Considerando que a Constituição Federal de 1988 inclui no Título VIII da Ordem Social, em seu Capítulo VII, Art. 226, Parágrafo 7º, a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar;*

***Considerando que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos, de acordo com a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar;***



*Considerando a Portaria nº 426/GM/MS de 22 de março de 2005, que institui a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida;*

*Considerando a Portaria nº 1.459/GM/MS de 24 de junho de 2011, que institui no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) a Rede Cegonha, cujos arts. 2º e 4º no inciso V constam a garantia de acesso às ações do planejamento reprodutivo;*

*Considerando a necessidade dos casais para atendimento à infertilidade em serviços de referência de Alta Complexidade para Reprodução Humana Assistida;*

*Considerando que as técnicas de reprodução humana assistida contribuem para a diminuição da transmissão horizontal e vertical de doenças infectocontagiosas, genéticas, entre outras;*

***Considerando que já existe um conjunto de iniciativas de atenção à reprodução humana assistida no âmbito do SUS;***

*Considerando que as normativas para o financiamento dos serviços de Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS estão em fase de definição; e*

*Considerando as visitas técnicas realizadas pelo Ministério da Saúde aos serviços de atenção à reprodução humana assistida ofertada no âmbito do SUS, com o objetivo de conhecer suas características, tais como: equipamentos, demanda atendida e reprimida, técnicas utilizadas entre outros;*

*e*

*Considerando a associação das características observadas nos serviços visitados e das informações obtidas nas visitas técnicas, resolve:*

***Art. 1º Ficam destinados recursos financeiros no valor total de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides, conforme o Anexo desta Portaria.***

*Parágrafo único. Os recursos financeiros de que trata o caput deste artigo serão repassados aos Fundos de Saúde dos entes federados e deverão ser repassados aos respectivos estabelecimentos de saúde em parcela única, conforme discriminado no Anexo a esta Portaria.*

*Art. 2º Os recursos orçamentários desta Portaria deverão onerar o Programa de Trabalho 10.302.2012.20R4 - Apoio à Implementação da Rede Cegonha, do orçamento do Ministério da Saúde (RCE-RCEG).*

*Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos financeiros a partir da competência dezembro de 2012.*

**ALEXANDRE ROCHA SANTOS PADILHA (g.n.).**

*Consta anexa à Portaria 3.149/2012 a relação dos Hospitais credenciados para a realização dos procedimentos:*

*- Hospital Materno Infantil de Brasília (Brasília-DF / Estadual);*

*- Hospital das Clínicas da UFMG Belo Horizonte-MG / Municipal);*

- Hospital Nossa Senhora da Conceição SA - Fêmeina (Porto Alegre/RS / Municipal);
- Hospital das Clínicas de Porto Alegre (Porto Alegre/RS / Municipal);
- HC da FMUSP Hospital das Clínicas São Paulo (São Paulo-SP / Estadual);
- Centro de Referência da Saúde da Mulher São Paulo - Pérola Byington (São Paulo-SP / Estadual)
- Hospital das Clínicas FAEPA (Ribeirão Preto-SP / Estadual);
- Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira (Recife-PE / Estadual e Municipal).

Como se vê, existe política pública do SUS envolvendo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Ou seja, tais procedimentos já fazem parte das políticas da saúde pública.

***Estabelecido que existe previsão no SUS para a realização dos procedimentos de fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides, não se pode aqui tecer elucubrações a respeito da razoabilidade ou não da existência de tal política pública. O fato é que ela existe e, existindo, têm os cidadãos que preenchem os requisitos para dela participar direito subjetivo a acessar a rede pública de atendimento especializado, não podendo sofrer tratamento discriminatório, por exemplo, em razão do município ou estado de origem.***

*De fato, se não há atendimento especializado no Estado do Paraná, deve o paciente ser encaminhado a outra unidade de atendimento em outra unidade da federação.*

*É o caso dos autores, um casal diagnosticado e indicado para a realização de tratamento de reprodução humana assistida.*

*O autor também demonstra na inicial que aufere rendimentos mensais em torno de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) como prestador de serviços de entrega a domicílio do Supermercado Planalto e, a autora, R\$ 900,00 (novecentos reais), como auxiliar administrativa de uma distribuidora de gás. Informaram, ainda, que possuem apenas uma residência adquirida em 2012 mediante financiamento realizado perante a Caixa Econômica Federal, cuja prestação mensal é de aproximadamente R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais).*

***Ou seja, são pessoas sabidamente hipossuficientes, tanto que neste feito são representadas pela Defensoria Pública da União - DPU.***

*Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter o tratamento para fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides, não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público.*

*Também não se sustenta eventual argumento de que a infertilidade não implica risco iminente à saúde e, assim, não justificaria o atendimento pelo SUS. Sabe-se que a infertilidade é considerada uma patologia (inclusive constando do CID) que pode ter consequências psicológicas, acarretando prejuízos à saúde física e emocional. Ademais, conforme visto alhures, as normas do Sistema Único de Saúde já contemplam a atenção à Reprodução Humana Assistida, não podendo esta especialidade ser ignorada.*

*É dever constitucional do Estado garantir o direito à saúde, e a infertilidade humana não pode ficar fora do âmbito dessa tutela.*

*Em caso similar, o Tribunal de Justiça do Paraná e do Rio Grande do Sul, assim elucidaram a questão:*

**"DECISÃO: Acordam os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação e conhecer de ofício o reexame necessário, para MANTER a sentença, nos termos do voto da Relatora. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO RESGUARDO DO DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 127 E 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. AFASTADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 23, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ. PACIENTE COM ESTERELIDADE (CID 10- N46). NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO TRATAMENTO EM HOSPITAL ESPECIALIZADO EM REPRODUÇÃO HUMANA EM CARÁTER DE URGÊNCIA. DIREITO À SAÚDE E À DIGNIDADE HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS. AUSÊNCIA DE OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. COMPROVAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DO TRATAMENTO POR PROFISSIONAL HABILITADO. DEVER DO ESTADO, CONSIDERADO EM SEU GÊNERO, EM PROVER A SAÚDE. OBSERVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE NÃO CONSTITUI ÓBICE AO FORNECIMENTO DO TRATAMENTO. NORMAS DE INFERIOR HIERARQUIA QUE NÃO SE SOBREPÕEM AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, COM DESTACADO ASSENTO CONSTITUCIONAL. RECURSO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO PARA MANTER SENTENÇA. (TJPR - 4ª C. Cível - AC - 1253831-7 - Irati - Rel.: CRISTIANE SANTOS LEITE - Unânime - - J. 08.12.2014)" (g.n.)**

**"(...) REPRODUÇÃO ASSISTIDA. INFERTILIDADE HUMANA E SAÚDE. DIREITO DO CIDADÃO. ART. 226, § 7º, CF/88. INFERTILIDADE E SAÚDE. ARTIGOS 6º, 23, II, e 196, CF/88. A infertilidade humana corresponde ao problema de saúde, como reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina, não deixando a reprodução assistida, consistente no procedimento médico de assegurar a gravidez, de atender dever do Estado vinculado ao planejamento familiar, cujo regramento constitucional está no art. 226, § 7º, CF/88. Reconhece o Estado brasileiro, regulamentando pauta constitucional, ser direito de todo cidadão o planejamento familiar (art. 1º, Lei nº 9.263/96), com o que assumiu prestações de ordem variadas para permitir sua efetivação, inclusive no campo da saúde, atraindo toda a jurisprudência formada em torno dos arts. 6º, 23, II e 196, CF/88. Se é certo, quanto aqueles que não disponham de condições financeiras, estar prevista cobertura pelo SUS (art. 3º, parágrafo único, Lei nº 9.263/96), em cujo âmbito instituída a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida (Portaria nº 426/GM, de 22.03.05; Portaria nº 388, do Secretário de Atenção à Saúde, de 06.07.05), no entanto não se pode deixar ao relento casos em que tal atendimento resta impossibilitado ou extremamente difícil. (Apelação Cível Nº 70039644265, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 26/01/2011) (g.n.)**

*Logo, detém a parte autora o direito ao acesso, por meio do Sistema Único de Saúde -SUS, a procedimento de fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides, bem ainda de ter fornecidas as medicações necessárias para as fases pré e pós procedimento. Calha determinar, desde logo, que o tratamento seja repetido tantas*

vezes se façam necessárias até ocorrer a concepção ou, os autores deixem de querer realizá-lo ou, ainda, se mostre contraindicado sob o ponto de vista médico.

Além disso, deverá o Sistema Público de Saúde ser onerado com as despesas inerentes ao Tratamento Fora do Domicílio - TFD.

Isso porque o tratamento ora deferido não poderá ser realizado neste domicílio de Umuarama, nem sequer no Estado do Paraná, pois nenhuma das unidades credenciadas a realizar o procedimento pelo SUS estão localizadas neste Estado, de modo que se fará necessário o deslocamento dos autores a outro Estado para sua realização.

Dessarte, o TFD foi instituído pela Portaria 055/99, de 25 de fevereiro de 1999 da SAS/MS, que dispõe:

Art. 1º - Estabelecer que as despesas relativas ao deslocamento de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS para tratamento fora do município de residência possam ser cobradas por intermédio do Sistema de Informações Ambulatoriais – SIA/SUS, observado o teto financeiro definido para cada município/estado.

Art. 5º - Caberá as Secretarias de Estado da Saúde/SES propor às respectivas Comissões Intergestores Bipartite – CIB a estratégia de gestão entendida como: definição de responsabilidades da SES e das SMS para a autorização do TFD; estratégia de utilização com o estabelecimento de critérios, rotinas e fluxos, de acordo com a realidade de cada região e definição dos recursos financeiros destinados ao TFD.

Fica claro, portanto, que a responsabilidade pela operacionalização e, pagamento dos valores incumbe, integralmente, às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

A regulamentação do auxílio, no Paraná, é feita por meio de manual expedido pela Secretaria de Saúde, cuja consulta encontra-se disponível na internet ([http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/DEL2007/del034\\_1\\_07.PDF](http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/DEL2007/del034_1_07.PDF)).

Referido manual assim dispõe sobre a responsabilidade pelas despesas do TFD: As despesas decorrentes da concessão de auxílio para tratamento fora do domicílio serão custeadas pelas:

- Secretaria de Estado da Saúde do Paraná quando interestadual; e
- Secretaria Municipal de Saúde quando intermunicipal, conforme a legislação vigente.

Por sua vez, a União deverá promover todos os atos necessários para que o tratamento dos autores ocorra em uma das unidades conveniadas para tanto, no local mais próximo ou de mais fácil acesso aos autores, como nos Estados de São Paulo ou Rio Grande do Sul, salvo se houver o credenciamento de Unidade de atendimento neste Estado do Paraná, oportunidade em que o tratamento deverá ocorrer neste Estado.

Ainda, considerando que o SUS depende dos devidos encaminhamentos administrativos para agendamento de consultas, exames, realização de procedimentos e liberação de medicamentos, deverão o Município de Umuarama e o Estado do Paraná providenciar todos os expedientes administrativos necessários ao encaminhamento dos autores para o tratamento a ser disponibilizado pela União, inclusive realizando consultas e exames eventualmente necessários, de maneira que não ocorram entraves meramente burocráticos que impeçam a realização do procedimento ou a dispensação dos medicamentos.

*À luz de tais considerações, tenho que a verossimilhança das alegações restou devidamente demonstrada por todo o arrazoado que fundamentou a presente decisão, sobretudo em razão de o procedimento requerido pelos autores estar amparado e previsto no Sistema Único de Saúde, e a necessidade do tratamento estar reconhecida inclusive por médico perito nomeado judicialmente.*

*Por outro lado, o periculum in mora está consubstanciado no fato de a autora contar atualmente com 35 (trinta e cinco) anos de idade (DN: 07/11/1979 - evento 1, CERTCAS28), sendo de conhecimento geral que as chances de concepção da mulher se reduzem consideravelmente a cada ano, especialmente após os 40 (quarenta) anos.*

*Sendo assim, há urgência na realização do procedimento, pois a maior possibilidade de sucesso é quando realizado antes dos 40 (quarenta) anos de idade, pelo que a demora na realização do procedimento equivaleria à negativa da prestação jurisdicional.*

### **3. DISPOSITIVO**

*Ante o exposto, presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, **DEFIRO PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA** para o fim de:*

*a) determinar à **UNIÃO** que, no prazo de 20 (vinte) dias, proceda à inclusão dos autores no tratamento de reprodução humana assistida requerido na inicial, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, aí abrangidos os medicamentos, as consultas e os exames necessários para tanto, devendo o tratamento ocorrer, se não possível no Estado do Paraná, nos Estados mais próximos como São Paulo ou Rio Grande do Sul, em uma das unidades credenciadas para a realização dos procedimentos, conforme fundamentação;*

*b) determinar ao **MUNICÍPIO DE UMUARAMA** e ao **ESTADO DO PARANÁ** que providenciem todos os expedientes administrativos necessários ao encaminhamento dos autores para o tratamento a ser disponibilizado pela **UNIÃO**, via Sistema Único de Saúde - SUS, inclusive realizando consultas e exames eventualmente necessários, de maneira que não ocorram entraves meramente burocráticos que impeçam a realização dos procedimentos ou a dispensação dos medicamentos; bem como que providenciem o pagamento das despesas inerentes ao Tratamento Fora do Domicílio - TFD, observado o teto financeiro definido para cada Município/Estado, consoante Portaria 055/99.*

*Prazo para cumprimento/comprovação nos autos: 30 (trinta) dias a contar da intimação.*

*Eventual descumprimento desta decisão deverá ser informado pela parte interessada, e sujeitará os réus, na ausência de justificativa razoável, ao pagamento de multa a ser fixada por este Juízo.*

*No respeitante à petição do evento 52, destaco à União que o custo da 'nova técnica' mencionada no laudo pericial é de R\$ 15.000,00, segundo quesito 'F' do evento 44.*

*(...)" - destaques no original.*

*Agora, após a análise de todo acervo probatório e o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos litigantes, em juízo de cognição exauriente nota-se que, durante o trâmite regular do processo, não houve alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas capaz de infirmar a conclusão adotada na decisão - evento 63, sendo inclusive desarrazoada a alegação de perda de objeto.*

*Se o tratamento de reprodução humana assistida é fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS, razões de ordem geográfica, como a não disponibilização de tal serviço no Estado do Paraná, não devem afetar o direito fundamental dos demandantes de utilizá-lo, sob pena de ofensa à dignidade humana (art. 1º, III, CF), à isonomia (art. 5º, caput, CF) e ao princípio da universalidade do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, CF), que rege a Seguridade Social.*

*De notar, ao contrário do que defende a União, que a Portaria 3.149 de 28 de dezembro de 2012, que também faz menção às Portarias 426/2005 e 1.459/2011, destina recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides (evento 178 - PORT4).*

*O Ministério da Saúde por meio da Portaria 3.149/2012 deixa claro a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar, segundo o artigo 226, § 7º, da CF, bem como que a assistência em planejamento familiar deve incluir a oferta de todos os métodos e técnicas para a concepção e a anticoncepção, cientificamente aceitos, de acordo com a Lei 9.263/93, que regula o § 7º do art. 226.*

*Diante disso, incumbe aos réus adotar as providências necessárias para que os autores tenham acesso ao serviço fornecido pela rede pública de saúde, ou, havendo impossibilidade, custear o respectivo tratamento particular, a fim de dar efetividade ao direito fundamental de planejamento familiar dos autores, como ocorreu no presente caso.*

*Nesse tocante, entendo que uma única modificação deve ser feita em relação à decisão que determinou a antecipação de tutela. Com efeito, a decisão do evento 63 consignou "que o tratamento seja repetido tantas vezes se façam necessárias até ocorrer a concepção ou, os autores deixem de querer realizá-lo ou, ainda, se mostre contraindicado sob o ponto de vista médico". Nesse ponto específico, deve haver maior reflexão, a fim de que a **distribuição do ônus do tempo no processo** seja equalizada de forma razoável:*

*Caso os autores sejam incluídos em tratamento de reprodução humana assistida em instituição conveniada ao SUS, penso que não há de se perquirir quanto a eventual limitação, que, caso ocorra, deverá se dar por critérios médicos que, por exemplo, defina não ser mais útil ou eficaz o tratamento pretendido.*

*Em situação diversa, no que se refere ao pagamento de tratamento particular, tendo em mente os custos envolvidos, que se trata de medida excepcional, e a fim de evitar a perpetuação de tal expediente por tempo indefinido, entendo que há necessidade de se limitar o acesso a referida alternativa. No caso, a parte autora já realizou uma tentativa de fertilização, que se demonstrou inexitosa. É sabido que, rotineiramente, são necessárias mais de uma tentativa, sendo que o próprio laudo pericial indica percentual de sucesso na casa de 30%. Por outro lado, não se pode assegurar o êxito do tratamento, que poderia demandar diversas e diversas tentativas, com os acréscimos de custos ao sistema de saúde, conforme já mencionado. Note-se que, a cada tentativa frustrada, a probabilidade de sucesso da fertilização diminui e afeta a própria probabilidade do direito alegado, de modo que a análise do ônus do tempo do processo pode se inverter.*

*Assim, penso que a decisão do evento 63 deve ser modificada a fim de estabelecer o limite máximo de três tentativas a serem realizadas a título de tratamento particular (incluída a tentativa já realizada), ressalvando, mais uma vez, o caráter excepcional e subsidiário dessa alternativa.*

### **3. DISPOSITIVO**

Ante o exposto, mantenho a antecipação dos efeitos da tutela, inclusive para novas tentativas de reprodução assistida, e **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** formulado na petição inicial, resolvendo o mérito do processo, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de:

**a) determinar à UNIÃO que proceda à inclusão dos autores no tratamento de reprodução humana assistida requerido na inicial, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, aí abrangidos os medicamentos, as consultas e os exames necessários para tanto, devendo o tratamento ocorrer, se não possível no Estado do Paraná, nos Estados mais próximos como São Paulo ou Rio Grande do Sul, em uma das unidades credenciadas para a realização dos procedimentos, conforme fundamentação; ou, sucessivamente, havendo impossibilidade, custear o respectivo tratamento particular, efetuando o depósito judicial do valor necessário ao custeio particular do tratamento, sob pena da incidência de multa diária no valor de R\$100,00 (cem reais).**

**b) determinar ao MUNICÍPIO DE UMUARAMA e ao ESTADO DO PARANÁ que providenciem todos os expedientes administrativos necessários ao encaminhamento dos autores para o tratamento a ser disponibilizado pela UNIÃO, via Sistema Único de Saúde - SUS, inclusive realizando consultas e exames eventualmente necessários, de maneira que não ocorram entraves meramente burocráticos que impeçam a realização dos procedimentos ou a dispensação dos medicamentos; bem como que providenciem o pagamento das despesas inerentes ao Tratamento Fora do Domicílio - TFD, observado o teto financeiro definido para cada Município/Estado, consoante Portaria 055/99.**

Em um primeiro momento competirá à UNIÃO proceder à inclusão dos autores no tratamento de reprodução humana assistida requerido na inicial, aí **abrangidos os medicamentos, as consultas e os exames necessários para tanto**; e competirá ao MUNICÍPIO DE UMUARAMA e ao **ESTADO DO PARANÁ**, providenciar os **expedientes administrativos** necessários ao encaminhamento dos autores para o tratamento a ser disponibilizado pela UNIÃO, realizando **consultas e exames eventualmente necessários à execução desse objetivo (TFD) e custeando as respectivas despesas, de maneira que não ocorram entraves meramente burocráticos**. Dessa forma, a atuação do MUNICÍPIO DE UMUARAMA e ESTADO DO PARANÁ se dará de forma complementar à atuação da UNIÃO, a quem foi atribuída a atividade principal de inserir os autores no tratamento de reprodução assistida (incluindo consultas, exames e medicamentos) não fornecido no local de residência dos autores.

A divisão de tarefas entre Município e Estado, deve respeitar os regulamentos administrativos vigentes e deve ocorrer na medida da necessidade, mediante prévia comunicação/solicitação dos autores ou dos demais corréus, a fim de viabilizar o cumprimento da ordem deferida.

**Para dar continuação ao cumprimento da antecipação de tutela, defiro o pedido de dilação de prazo, formulado pela União no evento 229. Prazo: 15 (quinze) dias.**

**Não havendo resposta do Ministério da Saúde quanto à inclusão dos autores em tratamento de reprodução assistida no âmbito do SUS, deverá a União, desde logo, proceder ao depósito dos valores necessários a nova tentativa de fertilização, no importe de R\$ 13.080,00, conforme orçamentos constantes no evento 209, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 100,00.**

Condeno o ESTADO DO PARANÁ e o MUNICÍPIO DE UMUARAMA ao pagamento, pro rata, de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União, os quais fixo nos percentuais mínimos, calculados de forma escalonada sobre o valor da

*causa, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015. Tal valor deve ser atualizado conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal.*

*Descabida a condenação da União ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública da União, dado o teor da Súmula n.º 421 do Superior Tribunal de Justiça ("Os honorários advocatícios não são devidos à defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.").*

*Condeno a UNIÃO, o ESTADO DO PARANÁ e o MUNICÍPIO DE UMUARAMA ao ressarcimento dos honorários periciais. Feito isento de custas (art. 4º, I, da Lei n.º 9.289/1996).*

*Demanda não sujeita à remessa necessária, tendo em vista que o valor do proveito econômico ultrapassa os valores estipulados no art. 496, § 3º, do CPC.*

*Sentença publicada e registrada eletronicamente, na data do lançamento da fase no Sistema de Processo Eletrônico (e-proc). **Intime(m)-se**"(Evento 231 - SENT1).*

### **Legitimidade das partes**

Quanto à legitimidade passiva, a jurisprudência do STJ e deste Tribunal vem se firmando no sentido de que, sendo o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS de responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, quaisquer desses entes têm legitimidade para figurar no pólo passivo da ação postulando o fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico.

Outrossim, tal responsabilidade solidária implica em litisconsórcio facultativo e, não, necessário, cabendo à parte autora a escolha daquele ente contra o qual deseja litigar, sem a obrigatoriedade de inclusão dos demais.

A corroborar tal entendimento, o seguinte precedente:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010). 2. Não houve prequestionamento quanto à violação dos artigos 15 a 19, todos da Lei nº 8.080/90, embora opostos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. Ainda no tocante à responsabilidade da União pelo fornecimento dos medicamentos pleiteados, o entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. Desta forma, estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência consolidada do STJ, incide a Súmula 83/STJ. 4. Por fim, quanto à demonstração de dissídio jurisprudencial, caracterizador do art. 105, III, c, da CF/88, o STJ entende ser necessária a comprovação segundo as diretrizes do art. 255 do RISTJ e do art. 541, parágrafo único, do CPC. No caso concreto, o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como deixou de apontar a similitude fática entre os julgados mencionados, indispensável para a demonstração da divergência. 5. Agravo regimental não provido.*



(STJ, AGARESP 201300776150, AGARESP – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 316095, Relatora MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJE: 22/05/2013)

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ. [...]*

*4. Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010)

*ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. 1. A União, Estados Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. A jurisprudência da Turma é firme no sentido de que, em se tratando de fornecimento de medicamentos, existe solidariedade entre os entes da Federação, mas não litisconsórcio necessário. Escolhendo a parte, contudo, litigar somente contra um dos entes, não há como obrigar ao chamamento ao processo. (TRF4, APELREEX 5001198-68.2011.404.7205, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 10/08/2012)*

*ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. CACON. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. A solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais.(...). (TRF4, AG 5008919-21.2012.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, D.E. 24/07/2012)*

#### **Custeio do medicamento e reembolso das despesas entre os réus**

Nas demandas desta natureza, os entes federativos são solidariamente responsáveis pela operacionalização interna, distribuição e ônus financeiro do serviço de saúde pleiteado.

Nesse sentido, questões como a competência para distribuição do fármaco, realização do tratamento e repartição/reembolso dos custos advindos da aquisição destes entre os réus solidários constituem medidas a ser solvidas administrativamente, sem necessidade de intervenção judicial, sendo que eventual divergência administrativa/institucional, quanto aos programas de saúde pública, repasses de numerário

ou restituições, deve ser apurada na forma e juízo próprios, sem constituir empecilho ao bom cumprimento da determinação judicial aqui firmada ou confirmada.

Sobre o tema, seguem precedentes desta Corte:

*MEDICAMENTO. MORTE DO AUTOR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. VERBA SUCUMBENCIAL. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ART. 20, § 4º, DO CPC. RESSARCIMENTO ENTRE RÉUS. SOLIDARIEDADE. MEDIDA DE CUNHO ADMINISTRATIVO. 1. Não há interesse processual quando não mais existe a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida. 2. Na hipótese dos autos, comprovada a morte do autor, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir, em face da perda superveniente do objeto. 3. A responsabilidade pelo pagamento da verba sucumbencial, no caso de extinção do processo sem exame do mérito, é da parte que deu causa a demanda. 4. Em ação de fornecimento de medicamentos, a repartição/ressarcimento dos valores da aquisição do medicamento entre União e o Estado, réus solidários, deverá ser procedida administrativamente, haja vista ser medida de cunho administrativo que não deve ser resolvido na esfera judicial, mas na executiva. (TRF4, AC 5000640-08.2011.404.7202, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 23/01/2013)*

*ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LETIGIMIDADE PASSIVA. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE CONTRA-CAUTELA. CONSECTÁRIOS. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. 3. A prescrição do tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS, além da respectiva realização de perícia médico-judicial, se for o caso, bem como demonstração da parte autora, quanto à impossibilidade de arcar com a aquisição dos medicamentos, sem prejuízo do seu sustento e de sua família. 4. Caso em que, não tendo havido prescrição do medicamento por médico do SUS, foi realizada perícia médica. Precedentes desta Corte. 5. Mantida a sentença para fornecimento, por parte dos demandados, das insulinas Glargina e Asparte e das respectivas agulhas para aplicação, conforme prescrição médica. 6. Reforma da sentença, afastando-se a determinação para que a União efetive o reembolso dos custos para aquisição do fármaco, eis que transcende os limites da lide, bem como trata-se de medida a ser solvida administrativamente, sem necessidade de intervenção judicial. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001217-47.2011.404.7214, 3ª TURMA, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 06/06/2013)*

### **Dispositivo**

Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações do Estado do Paraná e da União Federal.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR**

**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO**

**APELANTE: ESTADO DO PARANÁ (RÉU)**

**APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)**

**APELADO: ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)**

**APELADO: ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)**

## VOTO-VISTA

Pedi vista para melhor exame. Trata-se de pedido para compelir os entes públicos a custear pelo SUS ao casal autor, residentes em Umuarama/PR, procedimento de reprodução humana assistida.

Não se trata propriamente de fornecimento de medicamentos, não há presença de risco de vida para qualquer dos postulantes, no sentido de poderem aguardar a implantação da política pública que oferece tais procedimentos (fertilização in vitro) em todas as unidades da federação.

Existe programa que está sendo implantado. Há lista de espera para o atendimento pelo programa, sendo assim, dou parcial provimento aos apelos para que sejam os autores submetidos à lista de espera para atendimento, sem prioridade sobre os eventuais interessados que já se encontram aguardando.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos apelos, inverte os ônus sucumbenciais fixados pela sentença, observado o fato dos autores litigarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Documento eletrônico assinado por **MARGA INGE BARTH TESSLER, Desembargadora Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 40000503863v3 e do código CRC d3f7a56f.

Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER  
Data e Hora: 24/9/2018, às 17:17:33 Poder Judiciário TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300 - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010395 - Fone: 51 32133592

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR**

**RELATOR:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**APELANTE:** UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)  
**APELANTE:** ESTADO DO PARANÁ (RÉU)  
**APELADO:** ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)  
**ADVOGADO:** GEORGIO ENDRIGO CARNEIRO DA ROSA (DPU)  
**APELADO:** ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE FERTILIZAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO TRATAMENTO. ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS EXISTENTES. ÓBICE.

1. Somente fará jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstra a respectiva imprescindibilidade, que consiste na conjugação da necessidade e adequação do fármaco/tratamento e da ausência de alternativa terapêutica.

2. No caso em exame, não se trata propriamente de fornecimento de medicamentos, não há presença de risco de vida para qualquer dos postulantes, no sentido de poderem aguardar a implantação da política pública que oferece tais procedimentos (fertilização in

vitro) em todas as unidades da federação. Existindo programa que está sendo implementado, devem os postulantes aguardarem mediante inscrição na lista de espera existente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencido o relator e a Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA, dar parcial provimento aos apelos, invertido os ônus sucumbenciais fixados pela sentença, observado o fato dos autores litigarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de novembro de 2018.

Documento eletrônico assinado por **MARGA INGE BARTH TESSLER, Relatora do Acórdão**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 40000773814v3 e do código CRC 9ab21881. Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER  
Data e Hora: 26/11/2018, às 19:9:46  
Poder Judiciário TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

### **EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 22/05/2018**

#### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR**

**RELATOR:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**PRESIDENTE:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**PROCURADOR(A):** FLÁVIO AUGUSTO DE ANDRADE STRAPASON  
Conferência de autenticidade emitida em 04/04/2022 16:00:19.  
**APELANTE:** UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)  
**APELANTE:** ESTADO DO PARANÁ (RÉU)  
**APELADO:** ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)  
**ADVOGADO:** GEORGIO ENDRIGO CARNEIRO DA ROSA (DPU)  
**APELADO:** ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 22/05/2018, na sequência 367, disponibilizada no DE de 04/05/2018.

Certifico que a 3ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Des. Federal ROGERIO FAVRETO no sentido de negar provimento às apelações do Estado do Paraná e da União Federal. Pediu vista a Des. Federal MARGA BARTH

TESSLER. Aguarda a Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA.

**VOTANTE:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

**PEDIDO VISTA:** DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

**LUIZ FELIPE OLIVEIRA DOS SANTOS**  
**Secretário**

**EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 04/09/2018**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR**

**RELATOR:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**PRESIDENTE:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**PROCURADOR(A):** CÍCERO AUGUSTO PUJOL CORRÊA  
**APELANTE:** UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)  
**APELANTE:** ESTADO DO PARANÁ (RÉU)  
**APELADO:** ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)  
**ADVOGADO:** GEORGIO ENDRIGO CARNEIRO DA ROSA (DPU)  
**APELADO:** ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído no 1º Aditamento do dia 04/09/2018, na sequência 581, disponibilizada no DE de 17/08/2018.

Certifico que a 3ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Des. Federal MARGA BARTH TESSLER no sentido de dar parcial provimento aos apelos, inverte os ônus sucumbenciais fixados pela sentença, observado o fato dos autores litigarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita e o voto da Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA no sentido de acompanhar o relator. O julgamento foi sobrestado nos termos do artigo 942 do CPC.

**VOTANTE:** DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER  
**VOTANTE:** DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA  
**LUIZ FELIPE OLIVEIRA DOS SANTOS**  
**Secretário Poder Judiciário**

**EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 07/11/2018**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005258-03.2014.4.04.7004/PR**

**RELATOR:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**PRESIDENTE:** DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO  
**PROCURADOR(A):** CAROLINA DA SILVEIRA MEDEIROS  
**APELANTE:** ESTADO DO PARANÁ (RÉU)  
**APELANTE:** UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (RÉU)  
**APELADO:** ELIANE CRISTINE DE AGUIAR BERTONI (AUTOR)  
**ADVOGADO:** GEORGIO ENDRIGO CARNEIRO DA ROSA (DPU)  
**APELADO:** ROMUALDO JOSE BERTONI (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 07/11/2018, na sequência 17, disponibilizada no DE de 19/10/2018.

Certifico que a 3ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, APÓS O VOTO DO DES. FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE E O VOTO DA DES. FEDERAL VIVIAN CAMINHA NO SENTIDO DE ACOMPANHAR A DIVERGÊNCIA. A TURMA AMPLIADA, DECIDIU, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR E A DES. FEDERAL

VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS, INVERTIDO OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS FIXADOS PELA SENTENÇA, OBSERVADO O FATO DOS AUTORES LITIGAREM SOB O PÁLIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LAVRARÁ O ACÓRDÃO A DES. FEDERAL MARGA BARTH TESSLER.

**RELATORA DO ACÓRDÃO:** DESEMBARGADORA FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER

**VOTANTE:** DESEMBARGADOR FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE

**VOTANTE:** DESEMBARGADORA FEDERAL VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

**MÁRCIA CRISTINA ABBUD**  
**Secretária**

No próximo tópico, passamos a avaliar o conteúdo do acórdão em contraste com o cenário jurídico atual, buscando levar a sério a Justiça e os juízes, como ponto de partida de análise de conteúdo político do discurso estudado.

### 3.2 LEVANDO A JUSTIÇA A SÉRIO

A denominada judicialização do direito à saúde no Brasil, pela importância teórica e prática que possui é questão que escapa à redoma da esfera jurídica, e envolve no debate, não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

A atuação do Poder Judiciário é questionada sob o argumento da invasão de competência, sobretudo ao garantir o exercício efetivo da cidadania. Isto é, as decisões judiciais que esbarram em políticas públicas ou na falta delas, especialmente, no tocante à saúde, resultam numa tensão entre os elaboradores e executores das políticas públicas, “que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias” (STA 175- Agr CE, 2010, p. 81/82).

A judicialização do direito à saúde no Brasil, como dito anteriormente, resulta da intervenção judicial em razão de uma omissão dos demais poderes em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde. Mas, na maioria dos casos, a determinação judicial advém do descumprimento de políticas já estabelecidas. De modo que a interferência judicial não se beneficia de livre apreciação ou de ampla discricionariedade no âmbito de outros



Poderes, muito menos na formulação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde.

No entanto, quando se discute o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes, ainda que apenas para determinar o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, instaura-se dessa situação dilemática um contexto em que as decisões judiciais são denominadas de “escolhas trágicas”. Disso resulta verdadeira tensão dialética “entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro” (STA 175-Agr/CE 2010, p. 139).

Assim, em que pese a Constituição de 1988, represente, sem dúvida, um grande avanço na política brasileira, razão para que a população acreditasse na melhoria de suas vidas, com o passar do tempo, a chamada Constituição Cidadã, mostrou que não era perfeita e que não foi suficiente para resolver todos os problemas, tornando-se inegável uma norma distância entre o que diz a lei e o que grande parte da população vive na prática. A charge abaixo, de Miguel Paiva, representa o sentimento de muitos brasileiros quanto à Constituição de 1988.



Figura 3 – Charge de Miguel Paiva, *o Estado de São Paulo*, 05/10/88 - ed. histórica, p. 3

A charge aponta para contradições entre a realidade social brasileira e as garantias legais da Constituição de 1988, de modo que o acesso aos direitos de cidadania é limitado

fundamentalmente pela má distribuição da riqueza. Portanto, ainda que a CF/88 tenha ampliado o conceito de cidadania, ao abarcar garantias públicas e sociais, como o direito à educação e à moradia, ocorre que nem todos acessam esses direitos, limitados pelas condições de vida tornam-se excluídos, consequência, entre outros aspectos, da desigual distribuição de renda e má viabilização dos recursos financeiros do Estado.

Assim, a Constituição redefine relações políticas atenta a formação social, (ou, ao menos, assim deveria ser) sobretudo ao impor diretrizes específicas para uma atuação estatal comprometida com a sociedade. Da Constituição ainda decorre força normativa que vincula os poderes públicos, inclusive a atividade do legislador a fim de garantir um conteúdo sólido e coerente.

Dáí decorre a força normativa da Constituição, que a doutrina denomina de princípio basilar constitucional, norte para a interpretação do texto constitucional. De acordo com esse princípio, deve-se conferir máxima efetividade quando da aplicação das normas constitucionais, justamente porque insuficiente que a norma legal esteja expressa no texto constitucional, de modo que os fundamentos da nação e seus respectivos anseios sejam igualmente considerados pela Lei Fundamental do Estado (JUSBRASIL, 2015).

Logo, para além de um utopismo e de uma existência teorizada, a Lei Maior deve ter meios para ser colocada em prática, a fim de atender e materializar os anseios e necessidades sociais do Estado. “Destarte, para que a Constituição possua força normativa efetiva, necessário a sua interpretação de maneira a se buscar a sua plena eficácia dentro da realidade social” (JUSBRASIL, 2015). Nesse mesmo sentido, afirma Konrad Hesse (1991, p. 5):

sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (Wille zur Verfassung). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

Essa vontade de Constituição deve ser guia e referência para a interpretação do Supremo Tribunal Federal, considerado o guardião da Lei Maior brasileira e, por isso também, o maior interessado que não haja contradição entre as consequências das decisões emanadas pela mais alta instância e os preceitos e princípios esculpidos na Carta Magna.

Clemerson Merlin Clève (2000, p. 25), sobre tal sistemática observa que:



A compreensão da Constituição como lei fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.

A Constituição preocupada em garantir a constante evolução de seu próprio significado dentro dos padrões de exigência da sociedade se utiliza de baixa densidade normativa e alta abstração de comandos, além de enfatizar o constitucionalismo e a democracia, como dois grandes elementos do pensamento jurídico moderno. Dessa contextualização, decorre um contrato onde cada indivíduo cede parte de sua liberdade em nome de uma troca com feição muito maior (CORDEIRO, 2014).

Nesse sentido explica a doutrina que:

A Constituição também impõe limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado constitucional é um Estado de poderes limitados. Diante disso, ainda que as Constituições modernas e contemporâneas fossem liberais, elas podem, ou não, ser democráticas, pois não basta atuarem simplesmente como limitadoras do poder sem honrar compromissos radicalmente democráticos como, por exemplo, o pluralismo político, a participação popular nas discussões e decisões (GODOY, 2012. p. 47).

Portanto, são esses preceitos constitucionais que reforçam a própria soberania da Carta Política, como Lei Fundamental de um Estado, desse modo conferindo legitimidade para o resto do ordenamento jurídico.

É preciso advertir, ainda, que a supremacia constitucional se dá em decorrência da rigidez constitucional, que nas palavras de José Afonso da Silva (2000, p. 41) significa a “imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa. Sob este aspecto, trata-se de problema de natureza puramente formal, jurídica: só as constituições escritas entram neste conceito”.

Conforme Almeida Neto (2008) a rigidez constitucional confere maior grau de dificuldade para a alteração da Lei Maior do que para as demais normas infraconstitucionais. De modo que as mudanças implementadas nas leis ordinárias, não necessitam de quórum qualificado como se exige para mudança das Constituições Federais. Assim, diferentemente das Constituições rígidas, não há que se falar em relação de superioridade entre as normas nas Constituições flexíveis (por exemplo, Inglaterra), pois estão no mesmo nível hierárquico, inexistindo supremacia do texto constitucional em face das demais normas.

A respeito da rigidez constitucional, anota Luís Roberto Barroso (1998, p. 152):

A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição

escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional [...]. Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quórum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais.

Assim, somente nos países com Constituições rígidas, como é o caso do Brasil, haverá o escalonamento hierárquico-normativo. Sendo que uma das maneiras de exercer a rigidez na defesa da Constituição ocorre por meio do controle de constitucionalidade. Tal observação consiste em:

A rigidez constitucional permite a discriminação entre as obras do constituinte e do legislador. A segunda, encontrando o seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, atingi-la. Existe, bem por isso, uma relação hierárquica necessária entre ambas (CLÉVE, 2000. p. 32).

Dessa hierarquia deriva a impossibilidade de o legislador alterar, editar ou suprimir algumas matérias específicas, as chamadas cláusulas pétreas. Notável a rigidez ainda maior que impera sobre esses conteúdos, não permitindo que qualquer lei altere a substância de seus núcleos, resguardando a identidade das Constituições (CORDEIRO, 2014).

Portanto, a rigidez constitucional, encontra base na conhecida pirâmide de Kelsen, tendo em vista que é uma das teorias que fortalece a supremacia da Constituição, ou melhor, a sua Força Normativa. Sobre o tema, tem-se que:

“[...] se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge, nítida, a supremacia da Constituição como onto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 58).

Sob o aspecto prático, verifica-se que a vontade da Constituição prepondera inclusive nas decisões realizadas no Supremo Tribunal Federal, haja vista o controle de constitucionalidade, preocupado com a compatibilização constitucional das normas, mediante análise do princípio da supremacia da Lei Fundamental.

Toda a problemática do controle de constitucionalidade está fundamentalmente relacionada com a supremacia da Constituição sobre todas as outras leis. Nesse sentido, Kelsen observou que o fundamento de validade da norma jurídica está justamente na existência de outra norma. [...] as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas dentro do ordenamento jurídico, de tal sorte que uma norma de escalão inferior jamais poderá sobrepor-se a uma norma hierarquicamente superior, devendo estar com esta última harmonizada, pois, caso contrário, comprometeria todo o ordenamento jurídico (ALMEIDA NETO, 2008, p. 3).

De acordo com Toyoda (2015, p. 198), “sempre que a norma localizada no ápice da pirâmide for contrariada por norma inferior, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade”. Nesse contexto, uma norma é considerada inconstitucional quando afronta a Constituição Federal e, por conseguinte, faz mister o uso controle de constitucionalidade para solver tal conflito. Sendo assim, o controle de constitucionalidade, através uma fiscalização da validade das leis e atos do poder público, visa garantir a supremacia da Constituição Federal ao afastar as normas que confrontam os dispositivos constitucionais (CUNHA JR., 2013).

No sistema brasileiro, introduziu-se o controle de constitucionalidade por via difusa expressamente pela Constituição de 1891 e o controle de constitucionalidade concentrado teve sua previsão na Constituição de 1934. O primeiro, seguiu a teoria da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional. Dessa forma, a decisão que declará-la nula produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de sua edição e invalidando os efeitos surtidos durante sua vigência. Já o controle de constitucionalidade concentrado, no que tange à invalidade da norma, adotou-se a teoria da anulabilidade, hipótese em que a decisão opera *ex nunc*, desconsiderando seus efeitos desde o momento do pedido de anulação (PAIVA; MARTINS, 2017).

Em meio à diversidade de normas jurídicas, a convivência na sociedade estatal, pressupõe um conjunto escalonado de normas. Segundo o pensamento kelseniano, se atribui ao ordenamento jurídico composto por normas jurídicas em diferentes planos, a denominação de pirâmide jurídica, como se observa na figura abaixo:



Figura 4 Pirâmide de Kelsen.

Fonte: JUSBRASIL <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/piramide-kelseniana-no-direito/488338277>

A teoria da pirâmide, proposta pelo jurista austríaco Hans Kelsen (1881–1973), considera a Constituição a norma fundamental que se encontra no patamar mais elevado, uma vez que regula a produção das demais normas, dela deverá todas as outras normas estar verticalmente em obediência. Ou seja, no topo da pirâmide estão as normas constitucionais, seguidas pelas leis complementares, ordinárias, leis delegadas, resoluções e assim por diante. Cada nível é derivado e fundamentado pelo nível superior. Portanto, “os preceitos ou normas que integram a Constituição, em razão de suas características e objetivos, acham-se num grau hierárquico supremo em face de todas as demais normas jurídicas que compõem um dado ordenamento jurídico” (SILVA, 1976, p. 41).

Nesse escalonamento, as normas inferiores buscam fundamento de validade nas normas superiores, até encontrar a conhecida norma fundamental Kelseniana (Grundnorm), qual seja, a Constituição. “A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país [...] e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela, a Constituição, os reconheça e seja por ela distribuído” (SILVA, 1976, p. 86).

Portanto, a pirâmide normativa, num escalonamento hierárquico das normas, valida aquelas produzidas em obediência aos níveis superiores. Isso é o que garante a harmonia no âmbito do ordenamento jurídico, pois a consonância do todo com a Constituição, a chamada norma fundamental, é, portanto, “fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (KELSEN, 1998, p. 144).

Essa interconexão no sentido da supremacia constitucional da lei fundamental, pode ser descrita assim:

Toda a vontade política se acha hierarquizada juridicamente, podendo ser concebida como círculo concêntricos internos em relação à Constituição, sendo que cada um deles se acha superposto a outro, que lhe é inferior em hierarquia e em grau, mercê das diferentes competências ou jurisdições (NERY FERRARI, 2004, p. 54).

A superioridade constitucional exige que tanto o poder público, a administração pública o povo e o próprio Estado de uma forma geral, reconheçam e cumpram os ditames estabelecidos pela Magna Carta de cada Estado em todos os seus termos. Além de validar os próprios atos do poder público, organizados e delegados mediante a sua competência. Também os direitos e garantias por ela protegidos são considerados fundamentais e irrevogáveis, pois servem de barreira de proteção ao civil em face da autoridade do estado.

Neste diapasão é possível constatar duas categorias de normas positivas, as leis infraconstitucionais e a Constituição Federal. A categoria das leis infraconstitucionais, hierarquicamente inferior, faz referência a outras diretrizes e responsabilidades, como o

detalhamento das funções públicas, por exemplo. A categoria constitucional, por sua vez, possui a responsabilidade de estruturar o Estado e reconhecer os direitos fundamentais.

Assim, a Constituição de um país, a lei suprema de uma nação, é parâmetro para as demais leis de um Estado, ela também orienta todas as manifestações normativas, de tal forma que a lei ordinária é determinada, em seu conteúdo e seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva (CORDEIRO, 2014).

Por isso, lei constitucional e lei ordinária não se confundem, já que esta advém daquela. O STF acerca da supremacia, tem assim entendido:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação de atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de governo poderá contrariar-lhe os princípios transgredir-lhes os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica (BULOS, 2007. p. 53).

Conforme a doutrina Kelseniana, as normas jurídicas infraconstitucionais são validadas pela Constituição, a qual figura no topo da pirâmide normativa, fundamento de todo ordenamento jurídico. Nesse sentido, normas que estejam em contrariedade com a norma superior serão apontadas pelo ordenamento como inconstitucionais, seja pela sua matéria ou pela forma de sua aprovação.

A jurisprudência é fundamental na interpretação e aplicação das normas legais, uma forma de adaptação do direito à realidade em constante mudança. Nesse contexto, a jurisprudência se encaixa na estrutura hierárquica das normas jurídicas, isto é, se inclui também na teoria da pirâmide de Kelsen. Assim, “a jurisprudência interage com as normas positivadas em diferentes níveis da pirâmide kelseniana e como essa interação influencia a construção e a evolução do direito” (JUSBRASIL, 2023).

A aplicabilidade das normas é função típica do poder judiciário. Incube-lhe interpretar as normas ao caso concreto e aplicá-las proferindo decisão. A atividade jurisdicional pode ser interpretada como o poder do estado de aplicar a legislação, dando poderes ao órgão jurisdicional para pronunciar sentença das quais as partes estarão subordinadas (JUSBRASIL, 2018).

Ao compor essa estrutura, a jurisprudência influencia as normas positivadas de várias maneiras, seja ao preencher lacunas na legislação, ajudando a esclarecer o significado das normas escritas, ou na atividade de reinterpretar ou adaptar as normas positivadas às mudanças sociais e tecnológicas. Ainda, as decisões judiciais podem estabelecer precedentes que orientam a aplicação das normas positivadas em casos futuros, tonando-se guia para os

juízes ao decidirem casos semelhantes, garantindo segurança e sustentação nas decisões judiciais.

No entanto, a jurisprudência por vezes origina desafios e tensões na aplicação do direito. Não raro são os casos de interpretações divergentes e precedentes conflitantes, além disso, quando na jurisprudência se observa uma parcela criativa do decisor, pode ocorrer uma sobreposição de funções entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, fonte de atrito entre esses poderes.

Mas, inegável, que da interação entre a jurisprudência e as normas positivadas não ocorra verdadeira evolução do direito. “À medida que os tribunais confrontam novas questões e cenários, eles interpretam e aplicam as normas existentes de maneira apropriada ao contexto atual”. De modo que, com o passar do tempo, ocorram reflexos e, inclusive, mudanças nas normas legislativas e até constitucionais (JUSBRASIL, 2023).

Ora, se compete às cortes e tribunais a função típica de aplicar e efetivar o direito material ao caso concreto com estrita obediência e observância à hierarquia das normas em linha vertical com a constituição, além de revisar as leis e atos normativos e suas compatibilidades com a magna carta, pode-se conceber que o guardião primordial da constitucionalidade é o poder judiciário. O poder judiciário, via de regra, é o legitimado para exercer controle de constitucionalidade repressivo na modalidade concentrada abstrata. Significa dizer que cabe a Suprema Corte realizar as interpretações constitucionais acerca da norma que aprovada poderá ser declarada inconstitucional e perder os seus efeitos (JUSBRASIL, 2018).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização, devido ao entendimento que considera haver invasão de competência alheia.

Diante desse cenário que impõe a difícil missão de assistir a um direito em detrimento de outro, entendemos que deve prevalecer a superioridade da Constituição da República, que rege a atuação dos juízes e os impõe o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Nessa perspectiva, inegável desconsiderar os custos públicos atrelados à aplicabilidade desses direitos fundamentais, dando significativo relevo ao tema da "reserva do possível", especialmente ao evidenciar a "escassez dos recursos" e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas. Sucintamente, para Holmes e Sunstein (1999), isso se traduz pela ótica das finanças públicas em: levar a sério os direitos significa, levar a sério a escassez.

### 3.3 LEVANDO OS JUÍZES A SÉRIO

A judicialização e o ativismo judicial são duas faces do problema que decorre da (ou pela falta da) elaboração, gestão e execução de políticas públicas para a saúde. A escolha reside em ignorar essa ausência e, por conseguinte, descumprir o mandamento constitucional, ou se opta em garantir a prestação e o exercício de direitos sociais aos cidadãos, ainda que excedendo os limites de atuação.

Ademais, é a própria Lei que estabelece quando a interpretação de seus comandos deve se utilizar das definições da medicina ou outras áreas do conhecimento. Vale ainda dizer que, relegar a interpretação que deve prevalecer sobre a legislação federal infraconstitucional a outras áreas do conhecimento pode vir a confundir os jogos de linguagem de cada campo científico e, eventualmente, restringir a interpretação humanizada e de justiça que nossa Corte Superior utiliza para resolver conflitos de direito material na sociedade brasileira.

A problemática da efetivação dos direitos sociais demanda esforços que rompem as barreiras disciplinares, o viés jurídico isoladamente não encontra soluções pertinentes, razão pela qual profissionais de outras áreas participam do debate. Na prática, a questão desemboca em teorias outras, como nas teorias da justiça, teorias da argumentação e teorias econômicas do direito. Enfim, como enfatiza Canotilho (2004, p. 99), “havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável”.

Canotilho (2004, p. 100), chama atenção aos complexos problemas enfrentados pelos juristas quando, para além da teoria jurídica, se deparam com direitos econômicos, sociais e culturais, deixando à mostra uma carga metodológica de vaguides, indeterminação e impressionismo, a qual se convencionou designar em termos caricaturais, de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’.

Segundo o autor “em toda a sua radicalidade a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

É inevitável que questões complexas e extrajurídicas na forma de casos concretos sejam apreciadas. Para a resolução mais adequada e sensata, principalmente ao envolver direitos sociais, é preciso avaliar e considerar todas as perspectivas, o contexto e as ponderações que procedem da conflituosa relação entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

A concretização do direito à saúde é arena marcada por desafios e debates entre Poder Público e a sociedade. Não obstante um olhar sempre atento à forma como a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.

Daí que na atuação jurídica em que prevalece a primazia da Constituição da República, expressão de um comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), sobretudo na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, dois caminhos se abrem: de um lado entende-se que “tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana.

Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos - exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana - não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (STA 175 Agr – CE, 2010, p. 81). De outro, invocam a intrusão do Poder Judiciário em esfera reservada aos demais Poderes da República.

O Poder Judiciário frente à dualidade posta, especialmente o Supremo Tribunal Federal, mantém a prevalência da Constituição da República. Assim o faz também como remédio, pelas inúmeras transgressões e violações à Constituição por pura, simples e conveniente omissão dos outros poderes públicos.

Com esse gesto visa cumprir a sua missão institucional e demonstra o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. O comportamento inconstitucional proveniente de órgãos do Poder Público que omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações, está sujeito à atuação do Poder Judiciário, pois, “tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade” jurisdicional. (STA 175 Agr – CE, 2010, p. 124).

Embora as situações de omissão inconstitucional do Poder Público se demonstrem parciais pela relativa concretização do conteúdo material da norma impositiva fundada na Lei Maior, elas refletem comportamento estatal que deve ser repellido.

Nesse sentido, a inércia estatal absoluta ou relativa em tornar efetivas as imposições constitucionais, mormente os direitos fundamentais, caracteriza “gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República” (STA 175 Agr – CE, 2010, p. 125).

Do desprestígio da Constituição decorre a chamada patologia constitucional, traduzida pela inércia de órgãos meramente constituídos. Essa situação deflagra verdadeiro desprezo, por parte das instituições governamentais, à autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.



Logo, “nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou [...] executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes”, de modo a preterir os interesses dos cidadãos (STA 175 Agr – CE, 2010, p. 125).

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o assunto em algumas oportunidades, como resulta evidente das seguintes decisões assim ementadas:

(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. O Poder Público quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório infringe com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, 2001).

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE. O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público (RTJ 183/818-819).

Uma possível interpretação desses julgamentos é no sentido de transpor a omissão governamental pela concreção dos direitos essenciais. Desse modo, a arbitrária abstenção do Poder Público cede espaço à plena fruição de direitos fundamentais pelas pessoas.

Do contrário, a integridade e a eficácia da própria Constituição restarão comprometidas, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, fruto da inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público. A inconstitucionalidade por omissão, inclusive, já foi tema por mais de uma vez de decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

A decisão do RTJ 185/794-796, com relatoria do Min. Celso de Mello, durante sessão do tribunal pleno, é emblemática quanto ao comportamento inconstitucional do Poder Público. No acórdão fica estabelecido que “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental”.

No comportamento ativo do Poder Público que configura situação inconstitucional, a propositura ou a edição de normas ocorre em desacordo com a Constituição, que resulta na ofensa aos preceitos e os princípios que nela se acham consignados. A conduta estatal, que importa em um *‘facere’* (atuação positiva), em termos técnicos jurídicos gera a inconstitucionalidade por ação.

Já, a ausência de medidas fundamentais do Estado à realização concreta dos preceitos da Constituição, furtando-lhes, desse modo, de efetividade e exequibilidade, cede espaço à abstenção estatal em cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, ou seja, há flagrante violação negativa do texto constitucional.

Entre o *'non facere'* ou *'non praestare'*, resulta, tecnicamente falando, a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Nos votos, os ministros são enfáticos quanto à gravidade que reveste a inconstitucionalidade por omissão, vejamos:

A omissão do Estado que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, pleno).

Entretanto, não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, em especial do STF, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, encargo, primariamente, concedido aos Poderes Legislativo e Executivo.

Excepcionalmente, caberá ao Judiciário, a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição, já que descumpridas pelos órgãos estatais competentes. Observado, ainda, se os encargos político-jurídicos que incidem em caráter mandatório, comprometem, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Da recusa governamental em fazer prevalecer os mandamentos constitucionais, em especial, quando falha em conferir significação real ao direito à saúde, emerge a legitimidade plena da intervenção jurisdicional, razão que afasta qualquer possibilidade de ofensa ao preceito da separação dos poderes.

Isso significa que, "sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, há a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde" (STA 175 Agr – CE, 2010, p. 111).

O dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Conforme adverte Luiza Frischeisen (2000, p. 59), ilustre Subprocuradora Geral da República, a propósito da

limitada discricionariedade em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, “o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer”.

A atuação do administrador na implementação de políticas públicas relativas à ordem social constitucional segue estrita observância à Constituição e às normas infraconstitucionais, medida que visa assegurar o bem-estar e a justiça social.

Essa submissão alusiva ao administrador lhe retira a irrestrita e incondicional discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, uma vez que vinculado à lei, não há ensejo para deliberar, visto que o fora pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

A estreita margem de discricionariedade não prevista por lei é frequentemente alvo de dúvidas e questionamentos, de modo que o Judiciário é chamado a dirimi-las e respondê-las.

Cabe “ao juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional” (FRISCHEISEN, 2000, p. 97).

Eis que na análise jurídica, assentadas tais premissas, é pertinente considerar a chamada reserva do possível, para um eventual ou necessário sopesar entre efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais culturais), e seu adimplemento, pelo Poder Público, o qual impõe e exige, deste, prestações Estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

No próximo capítulo, desdobrar-se-á a análise de conteúdo e o rastreio dos argumentos chave, mais significativos em cada um dos votos dos juízes que participaram do julgamento, a partir da análise de conteúdo como ferramenta para coleta de tais dados significativos.

## 4 INTERPRETAÇÃO, RACIOCÍNIO JURÍDICO E DECISÃO JURÍDICA

A Teoria do Direito vem reconhecendo a interpretação como uma de suas mais importantes questões, pois quando o jurista esbarra nos textos jurídicos um abismo de sentido se abre. Por se tratar de palavra-pública, o Direito está sujeito a interpretações, tendo por característica a indeterminação. Em outras palavras, Bittar (2022, p. 198) diz “o sistema jurídico não repousa sobre estruturas claras, evidentes, puramente lógico-rationais, objetivas e estáveis, seguras, certas e verdadeiras”. Por isso, a este objeto aplicou-se algumas das ferramentas da análise linguística para aprofundar o foco de estudo do acórdão selecionado.

### 4.1 ANÁLISE DE CONTEÚDO COMO FERRAMENTA PARA A COLETA DE DADOS

A Análise de Conteúdo (AC) não se confunde com a Análise de Discurso (AD), pois essa trabalha com os sentidos do discurso, enquanto aquela se preocupa com o conteúdo do texto. A Análise de Discurso rejeita a concepção da linguagem como um meio neutro de refletir e descrever o mundo, a percebe dotada de significações e sentidos que o sujeito manifesta através do seu discurso, daí a importância central do discurso na construção da vida social.

Diferentemente, a Análise de Conteúdo se debruça sobre a materialidade linguística empiricamente destacada no texto, resultando em categorias para sua interpretação. Ela visa compreender o pensamento do sujeito através do conteúdo expresso no texto, numa concepção transparente de linguagem. Em outras palavras, na utilização da AC “o que é visada no texto é justamente uma série de significações que o codificador detecta por meio dos indicadores que lhe estão ligados” (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 684).

Um dos principais expoentes para a aplicação da metodologia da Análise de Conteúdo é a autora francesa Laurence Bardin (1977, 2004, 2011), principal referência também nesse estudo. Numa perspectiva histórica, a AC surgiu no início do século XX nos Estados Unidos, aplicada como um instrumento de análise das comunicações, especificamente de material jornalístico.

Embora, alguns registros deem conta de textos interpretados anteriores a esse período, caso da hermenêutica, tem-se que entre 1940 e 1950, as necessidades no campo da sociologia e da psicologia foram propulsoras do interesse dos cientistas pelos símbolos políticos, fato que contribuiu para a sistematização das regras e desenvolvimento da AC nos Estados Unidos, definida em 1943 como sendo “a semântica estatística do discurso político”.

Entre 1950 e 1960 a AC estendeu-se para várias áreas, devido o alargamento das aplicações da técnica a diferentes contextos e pelo surgimento de novas problemáticas no campo metodológico. E de 1960 até a atualidade três fenômenos afetaram as investigações e as Análises de Conteúdo: “o recurso de computador, os estudos sobre comunicação não verbal e os trabalhos linguísticos” (SANTOS, 2012, p. 383). Portanto, esta técnica “existe há mais de meio século em diversos setores das ciências humanas” (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 682), sendo anterior, inclusive, à Análise de Discurso.

A conceitualização da AC pode ser concebida de diferentes formas, tendo em vista a vertente teórica e a intencionalidade do pesquisador que a desenvolve, como técnica de análise das comunicações, a Análise de Conteúdo se interessa em desvendar o crítico independente da fonte de dados, razão de incidir sobre uma multiplicidade de fontes: notícias de jornais, discursos políticos, cartas, anúncios publicitários, relatórios oficiais, entrevistas, vídeos, filmes, fotografias, romances e relatórios oficiais, revistas, relatos autobiográficos, entre outros. O uso de classificações e categorias na análise do material auxilia na compreensão do que está por trás dos discursos.

AC é definida como um método empírico, em constante aperfeiçoamento, aplicável a diferentes discursos, que na investigação da linguagem procura conhecer aquilo que está por trás do significado das palavras. O uso da Análise de Conteúdo na análise qualitativa de dados é percebido como um conjunto de técnicas de pesquisa cujo objetivo é a busca do sentido ou dos sentidos de um documento.

Bardin (1977) alerta que a utilização de procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens são insuficientes para definir a especificidade da técnica de Análise de Conteúdo, “acrescentando que a intenção é a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou, eventualmente de recepção), inferência esta que ocorre a indicadores quantitativos ou não” (CAMPOS, 2004, p. 612).

Atualmente, a AC se presta a analisar diferentes fontes de conteúdos (verbais ou não-verbais) e transita entre dois polos no quesito interpretação: “o rigor da objetividade e a fecundidade da subjetividade”. O rigor, a ética, a disciplina, a dedicação, a paciência e o tempo, são fatores essenciais dessa técnica refinada, que demanda, inclusive, “certo grau de intuição, imaginação e criatividade, sobretudo na definição das categorias de análise” (SILVA; FOSSÁ, 2013, p. 03). Bardin (1977) ressalta a importância do rigor na utilização da Análise de Conteúdo, a necessidade de ultrapassar as incertezas, e descobrir o que é questionado.

Nesse segmento, a Análise de Conteúdo é entendida como um conjunto de técnicas de “análise das comunicações, que visa obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de

descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção [...] destas mensagens” (BARDIN, 2004, p. 41).

Por ser uma técnica que trabalha com a palavra, a AC produz, de forma prática e objetiva, inferências do conteúdo da comunicação de um texto replicáveis ao seu contexto social. Além disso, visualiza no texto a expressão do sujeito, “onde o analista busca categorizar as unidades de texto (palavras ou frases) que se repetem, inferindo uma expressão que as representem” (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 682).

O uso da semântica<sup>26</sup> também contribui para o desenvolvimento do método, traduzida na pesquisa do sentido de um texto, quando da interpretação dos conteúdos. Dessa forma, a Análise de Conteúdo deixou de ser apenas descritiva e passou a usar a inferência, isto é, análises que procuram esclarecer as causas da mensagem ou as consequências que a ela pode provocar. Sobre a produção de inferências na análise de conteúdo tem-se que “o ato de inferir significa a realização de uma operação lógica, pela qual se admite uma proposição em virtude de sua ligação com outras proposições já aceitas como verdadeiras” (CAMPOS, 2004, p. 613).

A Análise de Conteúdo não se limita à seara qualitativa, englobando a análise quantitativa. Mutti e Caregnato (2006, p. 682) lembram que a diferença entre as duas abordagens reside nos objetivos – a qualitativa “considera a presença ou a ausência de uma dada característica de conteúdo ou conjunto de características num determinado fragmento da mensagem”, enquanto a quantitativa se atenta a dados estatísticos, como a “frequência das características que se repetem no conteúdo do texto”.

É possível utilizar da dedução frequencial ou da análise por categorias temáticas na aplicação da AC. A primeira se resume na enumeração de ocorrências de um mesmo signo linguístico, isto é, a frequência de repetição de determinada palavra, visando constatar “a pura existência de tal ou tal material linguístico”, não preocupando-se com o “sentido contido no texto, nem à diferença de sentido entre um texto e outro”, culminando em descrições numéricas e no tratamento estatístico.

A segunda, tenta encontrar “uma série de significações que o codificador detecta por meio de indicadores que lhe estão ligados [...] codificar ou caracterizar um segmento é colocá-lo em uma das classes de equivalências definidas, a partir das significações [...] em função do julgamento do codificador”.

---

<sup>26</sup> A semântica é o ramo da linguística que estuda o significado das palavras, a interpretação das sentenças e dos enunciados. Sequencialmente, para melhor compreensão do texto pelo leitor, uma passagem dedicada à análise semântica foi adicionada.

Em outras palavras, a análise categorial funciona pelo desmembramento do texto em unidades, agrupadas e classificadas segundo a identificação de elementos em comum, formando as categorias temáticas (CAREGNATO; MUTTI, 2006, p. 683). A organização na aplicação da técnica de AC é composta por três etapas: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados (inferência e interpretação).

A primeira etapa da organização pode utilizar vários procedimentos, tais como: leitura flutuante, escolha dos documentos, hipóteses, objetivos e elaboração de indicadores que fundamentem a interpretação. Assim detalhados:

- a) leitura flutuante - primeiro contato com os documentos da coleta de dados, momento em que se começa a conhecer os textos, entrevistas e demais fontes a serem analisadas;
- b) escolha dos documentos - definição do *corpus* de análise;
- c) Formulação das hipóteses e objetivos - a partir da leitura inicial dos dados;
- d) Elaboração de indicadores - a fim de interpretar o material coletado.

Nesse itinerário, algumas regras foram observadas:

- (i) exaustividade, sugere-se esgotar todo o assunto sem omissão de nenhuma parte;
- (ii) representatividade, preocupa-se com amostras que representem o universo;
- (iii) homogeneidade, nesse caso os dados devem referir-se ao mesmo tema, serem coletados por meio de técnicas iguais e indivíduos semelhantes;
- (iv) pertinência, é necessário que os documentos sejam adaptados aos objetivos da pesquisa; e
- (v) exclusividade, um elemento não deve ser classificado em mais de uma categoria (SILVA; FOSSÁ, 2013; SANTOS, 2012).

Nessa fase uma leitura menos aderente é recomendada, haja vista a assimilação do material e a constatação de indícios iniciais quanto à sistematização dos dados. Por meio dessa leitura inicial o pesquisador consegue transcender a mensagem explícita e de uma forma menos estruturada captar pistas e indícios não óbvios.

Na segunda etapa os dados são codificados a partir das unidades de registro. Para Bardin (2011), uma unidade de registro significa uma unidade a se codificar, podendo esta ser um tema, uma palavra ou uma frase. Essa segunda fase, também denominada de exploração do material, deriva dos recortes dos textos segundo regras de contagem, classificação e agregação das informações em categorias simbólicas ou temáticas, o que nos leva ao uso de sentenças, frases ou parágrafos como unidades de análise.

Bardin (1977), define codificação como a transformação, por meio de recorte, agregação e enumeração, com base em regras precisas sobre as informações textuais, representativas das características do conteúdo. Nos estudos qualitativos, por exemplo, o investigador é orientado pelas questões de pesquisa que necessitam ser respondidas.

Mais frequentemente, as unidades de análises incluem palavras, sentenças, frases, parágrafos ou um texto completo de entrevistas, diários ou livros. Destacadas as unidades de registro, nelas se identificam as palavras-chaves, com posterior resumo de cada parágrafo para realizar uma primeira categorização. Importante destacar a ausência de determinados elementos ao bloquear ou traduzir a vontade escondida.

Outros fatores cruciais nesse processo são a frequência em que aparece a unidade de registro; a intensidade medida através dos tempos dos verbos, advérbios e adjetivos; a direção favorável, neutra ou desfavorável e demais critérios associados (positivo ou negativo); a ordem estabelecida nos registros, ou seja, se o sujeito A aparece antes do B e, por fim, a coocorrência, caracterizada pela presença simultânea de duas ou mais unidades de registro numa unidade de contexto (SILVA; FOSSÁ, 2013; SANTOS, 2012; CAMPOS, 2004).

Conforme Silva; Fossá (2013) e Santos (2012), a última etapa compreende o tratamento dos resultados (inferência e interpretação), momento da categorização que, na perspectiva da AC, consiste na classificação dos elementos segundo suas semelhanças e por diferenciação, com posterior reagrupamento, em função de características comuns.

Após a captação dos conteúdos manifestos e latentes contidos em todo o material coletado (entrevistas, documentos e observação) tem-se a análise comparativa, realizada através da justaposição das diversas categorias existentes em cada análise, ressaltando os aspectos considerados semelhantes e os que foram concebidos como diferentes.

No processo de escolha de categorias adotam-se os critérios semântico (temas), sintático (verbos, adjetivos e pronomes), léxico (sentido e significado das palavras – antônimo ou sinônimo) e expressivo (variações na linguagem e na escrita). Este processo permite a junção de um número significativo de informações organizadas em duas etapas: inventário (onde isolam-se os elementos comuns) e classificação (onde divide-se os elementos e impõem-se organização).

Bardin (2011), ainda apresenta a ferramenta tecnológica para análise profunda dos dados, o computador. Segundo ela, o computador é capaz de realizar tarefas que o ser humano, algumas vezes, não consegue esgotar.

Outra ferramenta indispensável dentro do campo da linguística para a análise do acórdão é a Semiótica, ou mais especificamente, a Semântica, na busca pelo significado das palavras.



O entendimento é facilitado graças ao sentido e a interpretação semântica do acórdão, daí a importância dessa ferramenta.

A aplicação da semiótica está relacionada aos signos, (no sentido em que aponta ou dá significado a algo), sua classificação, as leis que os regem e seus usos no âmbito da comunicação e seus significados, mas, de maneira geral, ela passou a ser adotada em sentido mais estrito a partir do século XX, tornou-se uma disciplina acadêmica de caráter autônomo (SCHMAELTER, 2018).

A teoria dos signos estudada pela semiótica, compreende uma teoria filosófica e científica que se ocupa de tudo o que carrega consigo algum sentido, que comunica algo e que transmite alguma informação. Ainda, o estudo da semiótica se vincula a dois âmbitos: um específico e um geral. Conforme Schmaelter (2018), assim definidos:

No âmbito específico, a semiótica tem um caráter gramático, dedicando-se a estudos linguísticos, de sistemas de sinalização (como no trânsito, por exemplo), de gestos, de notação musical, etc. No âmbito geral, por sua vez, a semiótica assume um caráter mais propriamente filosófico, não se dedicando à análise dos sinais já dados, mas construindo-os de modo teórico, a fim de explicar fenômenos que, por si, aparentam ser desiguais. Nesse sentido, alguns estudiosos compreendem um signo como algo que define um termo linguístico, uma imagem, um gesto, um sintoma físico. Outros teóricos ampliam ainda mais o sentido do signo, atribuindo a ele também fenômenos naturais, como a comunicação dos animais. Há, também, aqueles que limitam o signo aos artifícios criados pelos seres humanos exclusivamente para fins de comunicação (palavras, gestos, sinais de fumaça, etc.).

Haja vista as diferenças teóricas que circundam a semiótica, bem como o seu viés de atuação, para Machado e Romanini (2010) é natural que se aviste nela um ato plural, inter e transdisciplinar, onde o transformar da informação em mensagem e a ulterior produção de sentido não se identifiquem no modelo linear da teoria matemática da comunicação. Sem dúvida, na transmissão de sinais em que há o compartilhamento de sentido entre indivíduos ou espécies, ocorre o compartilhamento de diagramas ontológicos semelhantes (ou não!).

Portanto, indiferente se uma teoria ou um método, uma disciplina ou enfoque interdisciplinar, um ponto de vista metateórico ou uma arte, tem-se como regra no campo da semiótica a proliferação de diferenças, pluralidade de indagações e pesquisas (SANTAELLA, 1992, p. 44).

A semiótica estuda a semiose, ou ação do signo, na sua maior abstração possível. Ela se interessa por compreender uma gama vasta de fenômenos, como os mecanismos que regulam ações como reações imediatas a estímulos, percepção, ostensão, representação, tomadas de decisão, formação de conceitos, compartilhamento de ideias, produção de argumentos, retórica, persuasão etc. Na verdade, onde houver assimilação e interpretação de informação, haverá ação do signo, o que faz da semiose um fenômeno constitutivo e constituinte da realidade (MACHADO; ROMANINI, 2010, p. 92-93).

Do ponto de vista semiótico, a propensão para a interação no ambiente é um ato de conhecimento do mundo que precede a transmissão da informação em mensagens codificadas. Semiose é, pois, o fenômeno que permite a própria evolução das espécies, desde suas funções básicas até o aparecimento de propriedades complexas como a inteligência e o raciocínio abstrato.

Devido a sua visão pansemiótica do mundo, Charles Sanders Peirce, maior expoente da Moderna Semiótica Geral, interpretava o homem como um ser essencialmente semiótico. Seu entendimento diz que:

Um signo, é algo que, sob certo aspecto ou de algum modo, representa alguma coisa para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria na mente dessa pessoa um signo equivalente ou talvez um signo melhor desenvolvido. O signo, assim criado representa alguma coisa, seu objeto. A palavra signo é utilizada para denotar algo perceptível, imaginável ou inimaginável, mas para que esse algo possa ser um signo, esse algo deve "representar" alguma coisa chamado objeto. Um signo pode ter mais que um objeto, sendo que a interpretação de um signo é um processo dinâmico na mente do receptor. Um fenômeno pode ser qualquer coisa que apareça na mente, seja real ou imaginário, externo ou interno, mas que possua um território de significados de onde a própria Semiótica possa ser extraída (SANTAELLA, 2007, p.06).

Por relacionar signo, o objeto que o signo representa e o interpretante, Santaella (2002), denomina as relações semióticas como triádicas. Pois segundo ela, “o signo pode ser genericamente considerado um elemento de comunicação que representa algo para alguém, o objeto que o signo representa é algo que transmitirá uma mensagem a alguém e o interpretante é o receptor do signo”.

Não por acaso, foi criada a Tríade Semiótica de Peirce, a qual ilustra os conceitos apresentados acima.

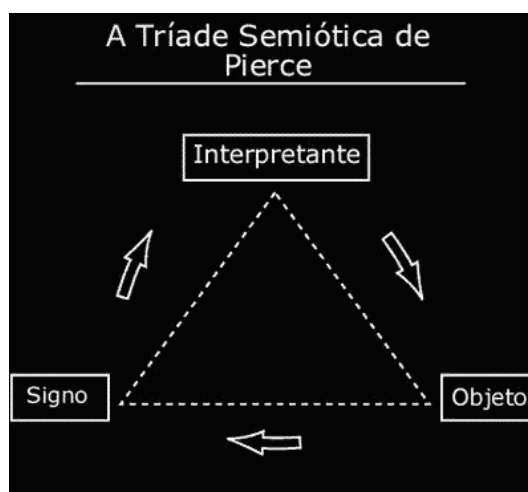


Figura 5 – A Tríade Semiótica de Peirce

Para Peirce, a semiótica se divide, ainda, em três segmentos. O primeiro corresponde à gramática especulativa, sua tarefa é determinar a estrutura de todos os tipos de signos. O segundo diz respeito à lógica, investiga o lado mais complexo do signo, as possibilidades de verdade contidos em cada argumento. E, elenca como terceiro segmento, a retórica especulativa, que se preocupa em determinar as leis pelas quais um signo dá origem a outros (SANTAELLA, 1992).

A semiótica enquanto campo de estudo dos signos e significações, também, contempla como referenciais, a sintaxe (relação entre signos); a pragmática (relação entre signos e seus intérpretes) e a semântica (relação entre signo e o que ele representa), esta última é de especial interesse para a presente análise, haja vista que a semântica é a parte da semiótica que se preocupa com o(s) sentido(s) do discurso.

A Semântica num texto composto por uma infinidade de palavras, permite refletir sobre a escolha de cada uma delas visando um uso gramaticalmente coerente, ou mais, um uso estratégico de cada encadeamento de palavras. Desse modo, primordial atentar-se ao significado, a significação e ao sentido que palavra emite. Para tanto, adverte Neves (2005), a semântica, enquanto parte da gramática que estuda o significado das palavras é a ferramenta apropriada para o entendimento.

O signo linguístico é resultado do sentido atribuído a cada palavra, o qual decorre da junção de um significante e de um significado. “O significante pode ser entendido como a forma que se vê ou que se ouve, ou seja, uma imagem acústica. O significado pode ser entendido como o conteúdo representado pelo significante” (NEVES, 2005).

Além do estudo da significação das palavras e a interpretação dessa significação, a semântica também se debruça sobre a relação entre significante e significado que existe nos signos linguísticos, bem como, aos diferentes sentidos que as palavras apresentam em diferentes contextos e ao longo do tempo. Desse modo, o uso e a maneira como a palavra é aplicada lhe conferem sua verdadeira significação, isto é, a situação comunicativa é determinante no sentido atribuído à palavra.

A semântica se destina, essencialmente, ao estudo das palavras e seus significados em uma mensagem, razão que permite entender desde frases simples às mais complexas. “Por exemplo, para entender a frase “Zezinho voltou para casa com um galo”, precisamos saber que galo significa ora o inchaço que aparece na nossa cabeça quando a batemos numa superfície dura, ora o galináceo cuja fêmea é a galinha” (ILARI, 2014).

Ilari (2014) lembra que, os facilitadores semânticos são mecanismos linguísticos para explicar e entender o significado das palavras, seja distribuí-las em séries, como no caso “gato-

felino-mamífero”, em que a classe dos gatos se inclui na dos felinos, e está na dos mamíferos, ou, ainda, “canela-perna-corpo”, em que a canela é a parte da perna, que é parte do corpo; o uso de definições para explicar as palavras, traduzido pela fórmula: 1. A palavra a ser explicada, 2. O verbo ser e 3. Uma espécie de tradução que utiliza outras palavras da língua. Mais de uma definição é necessária quando a palavra tem mais de um significado.

E, afirma Ilari (2014), mesmo nas sentenças que contenham as mesmas palavras, mas o significado é afetado pela organização da frase, atuação da sintaxe, portanto, é possível explicar esse fenômeno ao completar o verbo por meio de termos integrantes ou de aplicar aos substantivos os artigos ou outros determinantes, cabe à semântica explicar essas operações que afetam o sentido das frases.

Os aspectos semânticos da língua são melhores compreendidos ao passo que alguns conceitos elementares são apreendidos, por exemplo, saber diferenciar monossêmia, polissemia, denotação e conotação.

A monossêmia se refere a palavras com apenas um significado, que possibilitam uma única leitura, independentemente do contexto comunicativo, exemplos: decágono (polígono de dez lados); pediatra (médico especializado em pediatria).

Por outro lado, a polissemia se relaciona a capacidade que uma palavra apresenta de possuir múltiplos significados, possibilitam leituras variáveis conforme o contexto comunicativo em que são utilizadas, exemplos: dama (senhora) e dama (jogo); cabeça (parte do corpo) e cabeça (líder do grupo).

A denotação exige o sentido próprio e literal das palavras. “O sentido denotativo de uma palavra indica o seu significado mais objetivo e comum, que não depende do contexto em que ocorre, sendo considerado o seu significado original”, exemplos: o sol é uma estrela; estou comendo pão com manteiga (NEVES, 2005).

Palavras utilizadas com um sentido figurado e simbólico refletem a conotação. O sentido conotativo de uma palavra ultrapassa o seu sentido original, passível a diferentes interpretações conforme o contexto em que ocorrem, exemplos: você é o sol da minha vida; ele sempre foi um pão!

Ainda, para Neves (2005), as relações semânticas que as palavras estabelecem entre si, são fruto da aproximação entre sentido e significado de umas com as outras. Mas, além de relações de proximidade e semelhança, também surgem aquelas de contrariedade e de hierarquia de significado. Alguns conceitos introdutórios de sinonímia, autonímia, homonímia, homofonia, homografia, paronímia, hiperonímia e hiponímia permitem essa visualização.

A sinonímia está para os sinônimos (palavras com significados semelhantes), exemplos: comum e normal; empenho e dedicação; assim como a autonímia está para os antônimos (palavras com significados contrários), exemplos: calmo e agitado; lucro e prejuízo;

Já a homonímia, se refere aos homônimos (palavras com som e escrita iguais, mas com significados diferente), exemplos: rio (curso de água) e rio (verbo rir); ao passo que a homofonia, integra os homófonos (palavras com som igual, mas com escrita e significados diferentes), exemplos: coser e cozer; cela e sela; e à homografia estuda os homógrafos (palavras com escrita igual, mas com som e significados diferentes), exemplos: gelo (água congelada) e gelo (verbo gelar);

Dentro dessa classificação, há também a paronímia, que versa sobre os parônimos (palavras com escrita e som parecidos, mas com significados diferentes), exemplos: retificar e ratificar; tráfego e tráfico; a hiperonímia, que compreende os hiperônimos (palavras com significado hierarquicamente superior e mais abrangente), exemplos: animal; esporte; veículo; e, a hiponímia, composta pelos hipônimos (palavras com significado hierarquicamente inferior e mais restrito), exemplos: gato; natação; ônibus.

Desse modo, apreendido alguns conceitos iniciais no que tange à análise semântica e a sua importância dentro do processo hermenêutico, é preciso considerar agora como a interpretação e o raciocínio jurídico se fundem para dar origem à decisão jurídica.

## 4.2 RACIOCÍNIO E INTERPRETAÇÃO NA DECISÃO JURÍDICA

Conforme exposto no início deste capítulo, a Teoria do Direito dominante reconhece o problema da interpretação questão de maior importância, na medida em que é a razão pessoal do jurista a qual circunscreve o sentido mais apropriado, ou seja, mais lógico e racional, para as palavras que compõe os juízos jurídicos é partindo deste pressuposto que:

o intérprete poderá tropeçar em regras jurídicas que contenham maior ou menor objetividade, a exemplo de: a) uma norma jurídica de maior objetividade, como o art. 40 do Código Civil (“As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado”); b) uma norma jurídica de menor objetividade, como o art. 18 do ECA (“É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”); c) uma norma jurídica de maior complexidade conceitual, como a contida no art. 37 do CDC (“É proibido toda publicidade enganosa ou abusiva”), que requer da parte do legislador uma complementação normativa, dada não somente pelos §§ 1º, 2º e 3º do art. 37 CDC, mas por inúmeras disposições posteriores; d) uma norma jurídica de menor objetividade, como o art. 244 do Código de Processo Penal (“A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso

de busca domiciliar”), devendo-se questionar o sentido de “fundada suspeita”, uma porta aberta para a arbitrariedade policial, ou um mecanismo fundamental para a eficiência no combate ao crime, ao depender das circunstâncias e do uso do aparato legal (BITTAR, 2022, p. 198).

A partir dos exemplos acima, se percebe a possibilidade de o jurista esbarrar em textos legais com um único significado – unívocos; com diversos significados – equívocos; com vários significados – plurívocos; e textos legais marcados pela indeterminação – vagos, consoante classificação elaborada por Umberto Eco (BITTAR, 2022).

A margem de indeterminação legal decorre pelas palavras não possuírem sentidos unívocos, por haver aparente contradição entre as normas aplicáveis - duas normas que pretendem ser simultaneamente válidas, por estarem ambas contidas, digamos, em uma mesma lei, se contradizem no todo ou em parte -, ou mesmo como consequência não intencional das características da própria norma a ser implementada. Hipótese, em que o jurista, na interpretação da lei, frente às diversas possibilidades decisórias, não está compelido a levar a uma única decisão, como se só ela fosse justa ou reta (DWORKIN, 1997; AGUIAR JUNIOR, 1989).

Não incomum, também, palavras ou frases usadas na expressão da norma que contenham ambiguidade, haja vista que o sentido linguístico da norma não é inequívoco, permitindo no ato de sua implementação variadas leituras possíveis. Semelhante, é a situação com a qual o implementador da norma muitas vezes se depara, ao pressupor haver uma discrepância entre a expressão linguística da norma e a vontade da autoridade que a editou.

Desse modo, o juiz que pretenda preencher essa vaguidão, o fará por meio de um exercício de criação, que consiste em atribuir à lei o conteúdo que considera o mais adequado. Mas, nem por isso, essa atividade do jurista se desvincula do ordenamento positivo, o qual serve de parâmetro, luz e de limite ao pensamento jurídico.

Assim, lembra Aguiar Junior (1989), ainda que o juiz possua uma relativa liberdade na sua função ao criar Direito, ele o faz com uma vinculação material proporcionalmente maior do que se comparado ao legislador, o qual cria Direito com uma liberdade relativamente maior do que aquele.

Não por acaso, o trabalho intelectual de interpretação e ponderação constitucional que se desdobra em atividade decisória do juiz possui natureza complexa, pois rodeada por teorias divergentes, de múltiplas opções interpretativas, de diversos conteúdos adaptáveis aos conceitos abertos, tem a difícil missão de escolher apenas uma das alternativas, com a eliminação definitiva das demais. O juiz fundamenta a decisão com base naquilo que o ordenamento jurídico lhe oferta no momento de decidir, forma sua argumentação mediante a

eleição e de rejeição de correntes doutrinárias, da interpretação de fatos, normas e condutas, resultando na união de ato de razão e também de vontade, sob a influência de dados jurídicos e metajurídicos, numa intuição intelectual (AGUIAR JUNIOR, 1989).

Portanto, situações de ambiguidade, vagueza e abertura dos termos da língua, considerada a complexidade dos processos de produção de sentido em relações semióticas, que sempre envolvem mais do que a vontade ou a intenção do sujeito-emissor de uma mensagem escapam do controle do legislador. Tanto é que, mesmo quando o texto legal é finalizado, isto é, avançou todas as etapas de promulgação: redigido, posto, validado e publicado, ainda assim, está sujeito à interpretação como ato de decisão sobre o sentido jurídico, pois, afinal, cabe ao sujeito-intérprete, compreender, ler e refletir, sob sua ótica e perspectiva actancial (BITTAR, 2022).

O sistema de normas ao qual nos submetemos, o chamado ordenamento jurídico, se caracteriza pela hierarquia das normas legais, uma vez que a estruturação do sistema legal hierarquicamente, descortina a complexidade atinente à atividade de interpretação.

Como já verificado, a interpretação é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do Direito, através de um movimento descendente, isto é, de um nível mais alto da estrutura hierárquica para um nível mais baixo, sendo este regulado por aquele, resultando na interpretação e na implementação das normas. No entanto, por essa ótica, a questão que se impõe quando da interpretação das leis, é como se chegar, na aplicação da norma geral (lei), a um caso concreto, a uma norma individual (uma decisão judicial ou um ato administrativo).

Nesse sentido, Dworkin (1997) preconiza que:

A relação entre um nível superior e outro inferior do sistema legal - como entre a Constituição e a lei ordinária, ou entre a lei ordinária e a decisão judicial - é uma relação de determinação ou de vinculação. A norma superior regula o ato por meio do qual a norma inferior é criada (ou simplesmente regula a realização do ato coercitivo, quando se requer a pura implementação da norma superior). Na criação da norma inferior, a norma superior determina não apenas o procedimento por meio do qual a norma inferior é criada, mas eventualmente também o conteúdo da norma a ser criada.

Ocorre que ao ser posta em prática, a norma não possui o condão de vincular o ato com relação a todos os detalhes, haja vista a existência de uma margem que compete ao livre arbítrio daquele que a interpreta e a implementa. De maneira que mesmo um comando meticulosamente detalhado para àqueles que o executam não está livre de circunstâncias externas, por exemplo.

“Assim, todo ato legal implementador de uma norma - seja ele um ato de criação jurídica ou um ato de simples implementação - é determinado apenas em parte por essa norma e

permanece indeterminado com relação ao resto” (DWORKIN, 1997). A determinação em parte que cabe à norma reside na manutenção de sua essência, já a indeterminação pode ser a intenção da autoridade que a editou, com viés claramente proposital.

Logo, a interpretação constitucional tende a moldar-se conforme a reconfiguração da legislação, de modo que o contexto, a complexidade social, o pluralismo, a ampliação da judicialização, a abertura constitucional, democrática e social é considerada. Nesse sentido, o formalismo hermenêutico é insuficiente para os desafios a serem enfrentados pela Teoria Constitucional, a qual partindo para uma nova interpretação constitucional precisa solucionar colisões entre normas constitucionais, conceitos jurídicos indeterminados, força dos princípios; ponderação; argumentação.

Devido ao processo de transformação pelo qual a legislação vem passando nas últimas décadas, há um esforço de técnica legislativa que procura oferecer a máxima “segurança linguística” (fortalecendo a hipótese da “segurança jurídica”), através de algumas estratégias, tais como:

- 1) O uso predominante de linguagem técnica específica a cada ramo regulado; 2) Técnicas de redação legal para a obtenção de textos claros, precisos e lógicos, à carreira das exigências do art. 10 da Lei Complementar n. 95/98; 3) O uso da definição terminológica em sede legal, visando a determinar o sentido dos termos empregados na legislação (BITTAR, 2022, p. 198).

A segurança jurídica, consequência da segurança linguística, provenientes da técnica legislativa empregada pelo legislador na tentativa de reduzir erros, má técnica, equívocos, má redação, distorções, campos semânticos abertos refletem um enorme esforço. Quer-se com isso reduzir o espaço semântico em aberto, muito embora as definições legais quase sempre são seguidas de “Para efeitos desta Lei, considera-se”. Levando a efeito as terminologias, dizer que são definições legais significa, também, dizer que não são definições científicas (podendo estar baseadas em definições científicas) e que não são definições técnicas (podendo estar baseadas em definições técnicas). “Assim, podem ser complementadas, corrigidas ou assessoradas por outras definições, mas são úteis pelo fato de aumentarem a margem de segurança jurídica, mas, nem por isso, podem ser tomadas como definições definitivas” (BITTAR, 2022, p. 199).

Perante o entendimento de Karam (2022), o Direito é também fenômeno linguístico, discursivo, narrativo e ficcional, é possível nele aplicar conceitos basilares da teoria literária e da semiótica – incluídos os que são assimilados da linguística e da análise do discurso – e privilegiam, sobretudo, a investigação de questões atinentes à teoria do direito, à filosofia do direito, à hermenêutica jurídica e à teoria da decisão.



Kochem (2015) entende que essa interdisciplinaridade que compõe o campo do Direito, mais precisamente afeto aos aspectos linguísticos, prioriza a análise da linguagem jurídica, uma vez que textos normativos podem admitir uma pluralidade de interpretações. A equívocidade é gênero do qual emana cinco espécies de problemas de linguagem, atinentes à ambiguidade, complexidade, implicação, superabilidade e abrangibilidade.

A ambiguidade se refere à possibilidade de o texto exprimir mais de uma norma em via alternativa, a *complexidade* é na hipótese de o texto exprimir mais de uma norma em via cumulativa. A *implicação* diz respeito à existência de implicação entre uma e outra norma. Já a *superabilidade* considera a possibilidade de se superar a norma, com o reconhecimento de exceções implícitas. A abrangibilidade, por fim, questiona sobre se o dispositivo é taxativo ou exemplificativo (KOCHEM, 2015).

O aspecto linguístico que se relaciona ao jurídico tem por finalidade evidenciar tais características, como as citadas, pronunciando-as e restringindo-as dos textos legais. Essas características da linguagem do direito são encontradas desde conceitos mais abertos, como as cláusulas gerais e os dispositivos que utilizam os chamados conceitos jurídicos indeterminados, até às normas que estabelecem um estado ideal de coisas a ser alcançado (os princípios jurídicos), em que o juiz exercerá valorações e escolhas no caso concreto.

Uma vez que a linguagem do direito reconhece a existência desses problemas de linguagem, legitima a atividade cognoscitiva e adscritiva do intérprete. Ou seja, o juiz identifica a pluralidade de interpretações possíveis e escolhe entre elas a norma para o caso, para só então aplicá-la ao caso concreto.

A interpretação da norma pelo intérprete depende de sua correta justificação, segundo a utilização das diretivas primárias (diretivas interpretativas linguística, psicológica, autoritativa, teleológica e heterônoma), não representam nenhum juízo de valor ou de preferência, mas apenas a “regra” utilizada para dar significado ao texto; das diretivas secundárias (seletivas, procedimentais e preferenciais) e informada pelas diretivas terciárias (onde entram as ideologias da interpretação). “O papel que a ideologia desempenha na interpretação judicial é o de influência sobre o conjunto (código) de cânones interpretativos (diretivas interpretativas) utilizados pelo intérprete. A ideologia é a orientação axiológica da interpretação” (KOCHEM, 2015).

Frente ao exposto, fica claro o posto que a interpretação ostenta, além das perspectivas linguística e jurídica, é flagrante a sua importância para os campos filosófico, científico, artístico, religioso etc., seja ao procurar atribuir sentido ao mundo, lidar com palavras sagradas, desvendar o mundo objetivo, ou mesmo construir e/ou desconstruir realidades estéticas.

Portanto, não por acaso, a Teoria do Direito possui um apreço pelo aspecto interpretativo, tanto que aborda a Teoria Hermenêutica Tradicional e as Teorias Contemporâneas da Interpretação, vertentes teóricas que projetam soluções neste campo.

Assim, enquanto a Teoria Hermenêutica Tradicional predominou como teoria na primeira metade do século XX, cujos expoentes são Hans Kelsen e Carlos Maximiliano. E se dedicou a esclarecer aquilo que está semanticamente contido na verdade profunda da norma jurídica. Haja vista que pela inexistência de um único sentido da norma, se faz necessária a interpretação, a qual deve ser capaz de elucidar e decidir sobre conteúdos semânticos variáveis. Em outras palavras, para Bittar (2022, p. 199) a interpretação deve:

a) explicar, o que pressupõe o reconhecimento da existência de um fundo semântico dado pelo Autor do texto; b) esclarecer, o que pressupõe que se está diante de um achado semântico; c) descobrir, o que pressupõe a existência de uma verdade oculta atrás das palavras. Assim, o que se percebe é que esta teoria concebe o sentido como algo dado pela intenção do autor do texto, e o intérprete tem de se encontrar com ele pela apuração hermenêutica. Assim, o sentido já existe como um dado lógico, metafísico, essencial, semântico, de forma que não há poder discursivo de construção ou reconstrução das palavras pelo intérprete.

Segundo Bittar (2002), é a partir da segunda metade do século XX que as Teorias Contemporâneas da Interpretação ganham força ao projetar matrizes linguísticas e filosóficas à interpretação jurídica. As principais vertentes são: a Hermenêutica filosófica: sob a influência de Heidegger; a Nova retórica: desenvolvida pela Escola de Bruxelas, à carreira de Chaim Perelman, com a retomada da prudência da tradição aristotélica e o jurisprudencialismo contemporâneo; a Teoria da argumentação: protagonizada por Robert Alexy, na Alemanha; a Teoria do discurso: protagonizada por Jürgen Habermas; a Teoria do direito como integridade: protagonizada por Ronald Dworkin; a Semiótica jurídica: derivada dos estudos de Ferdinand de Saussure, Charles Sanders Peirce e de Algirdas Julien Greimas, considerando-se que o Direito é um sistema de significação.

Das diferentes concepções e influências dos autores, Bittar (2022, p. 199) conclui “que a interpretação consiste em construir significações e atribuir sentidos, algo que, no Direito, é basilar das práticas jurídicas, na medida do caráter prático, institucional, decisório e operacional de sua função social”.

Compreendida a interpretação a partir da multiplicidade de teorias e correntes que a circundam, se pôde alcançar a mais direta significação, enquanto processo de construção de significações e de atribuição de sentidos. E mais, ao compreendê-la sob a visão da teoria semiótica, se percebe as relações de significação como triádicas. Assim, para os juristas,

quando se está diante de uma norma jurídica, em verdade, apenas se está diante do significante legal, porque a norma jurídica ainda não existe e só existirá após a triádica operação de interpretação mobilizada pelo aplicador no contexto de seu uso. A interpretação será o fruto da atividade de apropriação dos significantes legais (projeto-de-sentido), de onde se parte, e sua concretização diante de uma realidade circunstancial, que é sempre tópica, local, pontual, específica e única (BITTAR, 2022, p. 200).

Nesse sentido, para o alcance de efeitos e resultado dentro do Direito, há necessidade de conjugar em simultâneo três polaridades: o significante que é o texto de lei, o significado que é o sentido das palavras da lei, e o referente que é a realidade designada, ou seja, a relação jurídica, o objeto do mundo, a coisa no mundo, os fatos ocorridos, o crime em estado de apuração, a situação delitativa. Logo, do encontro entre a emissão do discurso, por parte do legislador, a recepção do discurso, por parte do intérprete e a realidade referente dos fatos, resulta a interpretação.

Assim, errôneo crer que o texto jurídico é um objeto estanque, acabado, intencionado, pronto e definitivo, sabendo-se que o seu sentido se altera, a depender dos elementos que estarão no seu entorno, tais como: o contexto; outros textos jurídicos e não jurídicos; fatos ocorridos; circunstâncias do caso; objetivos a serem alcançados; finalidade buscada; atores do discurso envolvidos; provas processuais; valores sociais à época da decisão judicial, entre outros.

Nesse sentido, visões distintas sobre a interpretação podem ser encontradas, de modo que para o racionalista, ao identificar o conhecimento da norma, a compreensão da conduta e a criação da norma para o caso, há o entendimento do juiz como um ser imparcial, neutro, adepto da lei, o qual em nada acrescenta para a lógica formal que intermedia o abstrato da lei e o concreto da sentença. Por sua vez, o anti-racionalista compreende que fatores de ordem psíquica, social, política, etc. influenciam o ato de vontade, que nada mais é que a interpretação. Igualmente, o anti-racionalista visualiza o ato de criação da norma como ato de vontade, seja do legislador, seja do aplicador (AGUIAR JUNIOR, 1989).

Independente da dicotomia imposta, fato é que o Direito enquanto arena de opiniões divergentes, pareceres e decisões em sentidos opostos a respeito de uma mesma questão, torna o processo mental do jurista e, por consequência, o processo decisional tarefa cada dia mais complexa e difícil. As questões na seara jurídica merecem respostas adequadas, as quais não se submetem à métrica matemática, mas sujeitas a discrepâncias exegéticas.

Resumindo, Campos (1999, p. 4) cabe ao juiz no ato da interpretação a busca pela justiça,

A primeira tarefa do juiz será então, de maneira serena e equilibrada, captar a valoração independente da regra de direito, utilizando-se dos processos comuns de interpretação, que são todos válidos desde que associados; mas essa captação se

integra com a apreciação que ele faz do caso concreto, quando resplandece a missão mais importante do juiz - fazer justiça! A velha questão de como deve o magistrado conduzir-se em face da lei injusta nos parece inteiramente superada, e pasma que autores eminentes ainda tenham dúvidas teóricas sobre a sua solução; a nós se configura evidente que deve prevalecer a justiça, o que possibilita ao magistrado corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Essa correção todavia não implica a prolação de uma sentença contra legem, pois, se a norma jurídica é portadora de valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, isto é, conduzir a norma de direito ao seu lugar no quadro geral das valorações; o que a hermenêutica tradicional considera portanto uma decisão contra legem nada mais é do que a exclusão a que o juiz procede das valorações ‘estranhas’ que a norma possa constituir, porque contrária aos princípios gerais do direito. A interpretação jurídica assume destarte nova dimensão.

A hermenêutica, portanto, enquanto campo da filosofia e da ciência do direito, nos ensina que pela natureza integrada do ato interpretativo, inseparável a interpretação jurídica de seu contexto, haja vista a estrutura global do ordenamento; decorre da natureza racional do ato interpretativo, a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas; e, pela razoabilidade do processo hermenêutico, “a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios da lógica formal, nem se reduz a uma análise linguística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática” (CAMPO, 1999, p. 4).

Dito de outro modo, Campos (1999, p. 5), ressalta:

O processo lógico-jurídico ou científico, mais em harmonia com o sentido social e humano do direito, parte do texto que examina, mas vai além dos elementos materiais que o texto lhe proporciona quando, por processos lógicos, investiga a *ratio legis* (ou razão que justifica e fundamenta o preceito), a *vis* (ou virtude normativa do preceito, que lhe advém, não da vontade subjetiva de quem o elaborou, mas da eficácia intrínseca e objetiva adquirida ao se destacar de seu autor) e a *occasio legis* (ou particular circunstância do momento histórico, que determinou a criação do preceito).

Enquanto o Direito é ciência que atua por comandos abstratos, e o judiciário é instância que depende de provocação, cabe ao juiz a intermediação que declara a norma jurídica aplicável ao caso concreto. É ele a *viva vox iuris*<sup>27</sup>. Porém, para o alcance da justiça, pautada pelo raciocínio lógico, essa atividade do juiz demanda um processo composto por três fases, são elas: apurar o fato que é objeto da controvérsia, determinar a norma jurídica aplicável e pronunciar o resultado jurídico, proveniente da conjugação do estado de fato com os princípios jurídicos.

Assim, embora o processo decisional se assemelhe a uma operação lógica, pois pelo silogismo da análise, tem-se a premissa maior na lei, a menor na espécie de fato e o corolário na sentença, ele não se resume apenas a isso, porquanto, reitera-se, fatores psíquicos e de

---

<sup>27</sup> A voz da lei.

interesses envolvem a aplicação do direito. O jurista, portanto, atento à legislação vigente, investiga a existência, o significado e o valor da norma e a sua aplicabilidade, sem desconsiderar as provas contidas nos autos.

Estando também a seara linguística imbricada ao campo do Direito, e, mais especificamente, à hermenêutica jurídica, cabe ao processo semiótico a construção do sentido jurídico, e, por isso, um lugar de disputa do sentido, um lugar de procura da decisão sobre o sentido jurídico. Aliás, neste ponto, vale a afirmação:

Ler é encadear um discurso novo no discurso do texto. Esta afirmação traduz um tanto a noção de interpretação. E isso quer significar que o texto é mudo por si só, que é apenas projeto e que é potência de sentido. Mas, também quer dizer que, não há texto sem intérprete e, por isso, a movimentação dos argumentos é que defende as possibilidades de sentido a partir da enunciação proveniente do texto legal, enquanto significante legal (BITTAR, 2022, p. 200).

O processo de interpretação no Direito, muito mais que a mera análise jurídica, envolve a linguística, e também a historicidade, sem esquecer da parcela subjetiva que se agrega ao ato, construindo um diálogo que origina o sentido do conteúdo do texto legal.

A crise com a imposição do viés positivista deu lugar à vinculação da linguagem e da literatura à própria concepção de direito, o que exige, por consequência, que se reconheça, minimamente, que o direito é um fenômeno linguístico.

Quando se reconhece a subjetividade do intérprete no campo hermenêutico, a clássica dicotomia composta pela vontade da lei e pela vontade do legislador dá lugar a uma relação triádica, algo que para a teoria da decisão, precisa ser administrada com cautela, sob pena de incorrer na superinterpretação, de modo que a supremacia da subjetividade do intérprete evidencia um ativismo judicial (KARAM, 2022).

Desse modo, o receptor do texto durante o ato interpretativo deve zelar pela coerência contextual e à situação dos sistemas de significação em que se respalda, com isso evitando seguir seus próprios sistemas de significação e/ou relativamente a seus próprios desejos, pulsões arbítrios.

Sinteticamente, para Karam (2022, p. 17) impõe-se no ato interpretativo:

(1) considerar que o texto um todo orgânico; (2) apreciar as condições de sua produção; e (3) obedecer aos princípios de economia textual que ele apresenta. Ao ignorar qualquer dessas exigências corre-se o risco de elaborar uma superinterpretação do texto, seja por negligenciar a coerência interna do texto [que] domina os impulsos do leitor, de outro modo incontroláveis, seja pela precariedade da competência e/ou do horizonte de sentido do leitor empírico, que prejudica o processo de decodificação e, conseqüentemente, o processo de interpretação. A liberdade criativa do leitor empírico seria, portanto, limitada pelo respeito à perspectiva linguística e cultural que se encontra impressa na enunciação.

“Desse modo, mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado” (KARAM, 2022, p. 18). Essa construção do texto que resulta na interpretação pode variar de sentido, o que não significa dotar-se de qualquer sentido, ou seja, não se pode simplesmente atribuir ao texto qualquer sentido, o sentido que o leitor-intérprete deseja ou que lhe convém.

Dá a existência dos chamados limites interpretativos e dos critérios de aceitabilidade atrelados à intersubjetividade interpretativa. A partir disso há a distinção entre a interpretação semântica e a interpretação crítica ou semiótica: aquela resulta da significação realizada pelo destinatário diante da manifestação linear do texto; esta é o meio pelo qual procura-se explicar por que razões estruturais pode o texto produzir aquelas (ou outras, alternativas) interpretações semânticas (KARAM, 2022).

Logo, é preciso reconhecer o fenômeno da superinterpretação que atinge o judiciário brasileiro em todos os níveis de atuação, bem como combater sua origem e os excessos decorrentes da imposição da vontade do intérprete, em detrimento do respeito aos limites impostos pelo próprio texto. Nesse sentido, a referência de sentido advém da autoridade do texto, da materialidade e dos limites semântico-hermenêuticos impostos pelo conjunto de inferências que, presentes no texto, indicam o que ele pretende significar, sem olvidar, por óbvio que, qualquer decisão prolatada deve manter-se em conformidade com a carta constitucional.

A superinterpretação possui contornos mais gravosos no mundo empírico, uma vez que a decisão judicial produz efeitos concretos e potência corecitiva. “Isso significa dizer que uma superinterpretação das normas jurídicas pode resultar, por exemplo, na restrição da liberdade, no confisco de bens, no afastamento do lar, na interdição de um estabelecimento etc. (TRINDADE, 2019, p. 453).

O desafio que se coloca aos juristas, especialmente àqueles cuja missão é guardar a Constituição está em evitar leituras inadequadas que se caracterizam pela ultrapassagem dos limites semânticos do texto, ou seja, evitar as superinterpretações.

Portanto, Karam (2022, p. 23), sustenta que a correta assimilação da hermenêutica jurídica, o processo interpretativo deve observar:

- (1) o deslocamento da intenção do legislador para a compreensão do contexto linguístico e cultural implicado na produção do texto – o que funciona como vetor que contempla a historicidade inscrita no texto, incorporando a tradição e vinculando o presente com o passado, de modo a garantir a estabilidade e a segurança jurídicas;
- (2) os limites interpretativos impostos pela materialidade do texto legal, o qual, apesar das lacunas e indeterminações compatíveis com a sua inscrição na esfera do dever-se,

é dotado de coerência interna que necessita ser preservada, bem como, no caso da legislação infraconstitucional, os limites às possibilidades de interpretação que são impostos pelo vetor que submete a interpretação das leis ao texto constitucional, em razão da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico; (3) o reconhecimento da participação do intérprete – responsável por operar o vetor que, favorecendo a natureza dinâmica do direito (sempre suscetível a novos contextos, exigências e valores sociais), promove a compreensão do texto legal de acordo com o seu momento histórico – e da necessidade de controle dos seus impulsos voluntaristas, a serem coibidos pela intersubjetividade que, com suas bases na linguagem compartilhada, limita a liberdade do intérprete.

Pelo se que se vê, a complexidade do Direito deriva e muito de o sentido da lei escapar ao controle do legislador que a cria. Aliás, os textos de lei não estão à margem da rotatividade das leis positivas (substitutividade); da intertextualidade do sistema (contexto); e do atrito com dinâmicas sociais renovadas, razão que os distancia da maior utopia do paradigma do legislador racional, isto é, produzir um texto legal desprovido de ambiguidades, eliminando-se a indeterminação, bloqueando-se com isso a pluralidade hermenêutica, assegurando segurança jurídica completa, permanente e total, em fase a priori com relação aos casos práticos.

Talvez pela necessidade de um controle sobre os textos legais, há hipóteses em que o legislador se antecipa e prevê uma orientação legal sobre a interpretação, no âmbito de todo um ramo do Direito, no campo de trabalho de uma lei específica, ou ainda, no âmbito de um Código de valor central para um ramo do Direito. São encontradas situações como as pontuadas por Bittar (2022, p. 201):

a) interpretação tributária, pautada pelos arts. 111 e 112 do CTN (art. 111: “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I. Suspensão ou exclusão do crédito tributário; II. Outorga de isenção; III. Dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”; Art. 112: “A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado...”); b) interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pautada pelo art. 6º da Lei n. 8.069/90 “Na interpretação desta lei, levar-se-ão em consideração os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”).

Por meio desses exemplos, se nota que o legislador adentra no campo da hermenêutica, disposto a evitar a livre disposição hermenêutica, assumindo, inclusive, a postura do sujeito-da-interpretação. De um lado, é mitigada a postura hermenêutica do intérprete e, de outro, o legislador busca controlar o sentido jurídico, exercendo um poder-de-dizer-o-direito. Desta forma uma dualidade se instala, pois se com essa postura o legislador previne, antecipa, reduz e delimita campos hermenêuticos e territórios de aplicação do Direito, conforme certas regras, princípios e parâmetros, próprios de cada micro-universo-de-discurso-jurídico, também é certo que não há como controlar completamente o sentido da legislação e nem imiscuir-se a ponto de reduzir a zero o papel do sujeito-da-interpretação.

Por assim dizer, cabe ao legislador tão somente dirigir a aplicação e orientar a forma da interpretação, até porque, a hermenêutica se insere em uma cadeia de sentido, segundo a qual o texto-de-lei só tem fim quando se tem uma decisão hermenêutica, implicada dentro de uma decisão jurídica. Todavia, como mecanismo do devido processo legal, a decisão jurídica também pode ser alvo de questionamento sobre o seu sentido, daí o sistema jurídico dispor de um vasto sistema recursal, que dispõe de dispositivos de exaustão do questionamento do sentido de uma decisão, até que se torne uma decisão irrecorrível (BITTAR, 2022).

Isto posto, pelos diferentes sentidos jurídicos que são dados ao texto de lei, bem como pela variabilidade da interpretação jurídica há que se ponderar sobre uma possível insegurança e incerteza para com o sistema jurídico. Sob a análise do paradigma do direito codificado, legalista e formalista, ostenta-se viva fé de que a simples existência da lei é suficiente para gerar segurança jurídica. De outro giro, no entanto, superando-se o paradigma de há 200 anos, considera-se que a existência da lei é importante, mas, não é suficiente. Aliás, na perspectiva de Robert Alexy, Bittar (2022, p. 201) afirma algo de extrema pertinência, ao dizer:

Quem sustenta um modelo de regras puro transfere ao sistema jurídico, como tal, a realização somente de um postulado de racionalidade, ou seja, somente a do postulado da certeza jurídica. Certeza jurídica é, sem dúvida, uma exigência central, mas não a única, da razão prática ao sistema jurídico.

Diferente da postulação invariável do positivismo, entende-se que, sem abandonar a qualidade do sistema jurídico, é preciso diferenciar a segurança jurídica da exatidão matemática, a qual, por óbvio, é impraticável, incoerente e irrazoável no plano das Ciências Sociais, e, em específico, na Ciência do Direito.

A Teoria do Direito, circunscrita pelo positivismo jurídico, possuía como subsunção racional a ideia de que ao caso concreto devesse ter um “encaixe” no sistema jurídico. Assim, se apregoava um silogismo lógico perfeito ao raciocínio jurídico, exercendo-se por meio da subsunção racional do caso concreto à hipótese legal. Atualmente, a Teoria do Direito vem remodelando sua compreensão para aceitar que o raciocínio jurídico – para dar conta de decisões jurídicas – opera com:

a) a dedução, do geral ao particular; b) o preenchimento de lacuna; c) a indução, dos particulares ao geral; d) o exemplo, pela comparação analógica; e) o sopesamento, pela via da ponderação. Seguindo-se a percepção de Robert Alexy, o que se percebe é que o sistema jurídico demanda operações mais complexas do que o silogismo lógico-formal para solver as graves questões que a prática jurídica e, também, a sociedade atual impõem ao processo de busca de soluções concretas, na relação de tensão entre facticidade e validade (BITTAR, 2022, p. 203).



Além disso, o raciocínio jurídico deve possuir a capacidade em construir saídas, consoante os desafios da linguagem jurídica, do sistema jurídico e da realidade complexa que procura regular, uma vez que não raro se depara com hipóteses de: lacuna jurídica, antinomia jurídica, inconstitucionalidades e/ou ilegalidades, balizamento de princípio jurídico, conceitos divergentes, indeterminados, vagos, ambíguos, entre outros. Em meio a tantos condicionantes, é certo que não há como alcançar a (boa) decisão jurídica por mero ato mecânico, mas requer, consoante Bittar (2022, p. 203) um “processo de co-construção do sentido jurídico, que envolve o sujeito-da-enunciação e o sujeito-da-interpretação da norma jurídica, e isso se dá através do ritual de justiça”.

O fim que se pretende alcançar através da co-construção do sentido jurídico, na dimensão simbólica da palavra, nessa arena de discursos e versões, desta dialética da palavra, que envolve pedidos, alegações e provas com as mesmas oportunidades, tratamento isonômico, e regras igualitárias, onde posições actanciais enredarão personagens em posições discursivas diversas em torno de um objeto polêmico, problemático ou questionado, é que exsurgirá a decisão jurídica, bem como a apuração e busca de justiça.

Do exposto se depreende que a ideia de decisão, em última instância, é o que move o raciocínio jurídico. E, isso porque, a decisão jurídica é uma ideia central para a aplicação do Direito.

Toda decisão deriva de uma seleção entre variáveis e se constitui como um ato de escolha que enuncia, explícita ou implicitamente, valores, interpretações, experiência, conhecimento técnico, intuição sensível, papel institucional, número de informações qualificadas, normas jurídicas, percepção sensível, pressão social ou midiática, circunstâncias históricas, estratégias de ação, busca de resultados, contexto decisório, que se torna parâmetro de ação, e, por isso, uma referência para posteriores análises.

Não à toa se diz que tomar decisões é ato complexo que envolve certa sabedoria de vida, conhecimento de causa, habilidades profissionais, técnicas e saberes, investiduras e atribuições, papéis sociais e responsabilidades pessoais. Haja vista que “as decisões sociais fazem olhar para trás e para frente; ao olhar para trás, apuram o passado; ao olhar para frente, lançam consequências para o futuro” (BITTAR, 2022, p. 204).

Ora, decisões jurídicas têm o condão de promover a justiça concreta, encerrar questões controversas, lidar com direitos e deveres, “sendo, acima de tudo, decisões vinculantes, racionais e públicas, na medida em que devem ser motivadas e justificadas, afetando atores sociais (vida; patrimônio; contratos; empresas; saúde; liberdade; trabalho; filiação; tributos; vigência de leis; punição por crime; etc.)” (BITTAR, 2022, p. 205).

Esse entendimento sobre o alcance, as consequências e a concretização de bens objetivos e subjetivos por meio das decisões jurídicas é particularmente importante para a cultura contemporânea do Direito, como lembra Bittar (2022, p. 205)

na medida em que está tendencialmente voltada ao maquinismo, à repetitividade, à “windowsização” da decisão jurídica, caminhando-se a largos passos em direção à concepção de justiça quantitométrica, e, juntamente com ela, à concepção de juiz-máquina. Ao contrário desta tendência atual, própria da mecânica social moderna, frenética e repetitiva, o que se quer é aproximar a teoria da decisão a uma reflexão criteriosa sobre decisões jurídicas como decisões racionais, públicas, vinculantes, corretas e justas [...] Uma decisão jurídica não é um ato mecânico de repetir fórmulas burocráticas, de re-enunciar as palavras da lei, ou de mimetizar o dito do legislador, mas o ato de atualizar no caso a melhor possibilidade de promover o equilíbrio entre as partes, a conciliação dos interesses em jogo, e a promoção social de valores universais de proteção da pessoa humana.

É, pois, essencial da parte de quem decide uma postura de imparcialidade, que não se assemelha à frieza e à distância, obstáculos para a construção de um diálogo que pode conduzir as partes a um bom deslinde de uma situação conflitiva. Se busca, sim, um distanciamento interior da autoridade decisória, para bem exercer o seu encargo, o que cria a diferença entre a opinião da pessoa e a conclusão do profissional, postura que se exige para não apenas poder-de-dizer-o-direito, mas confere também a responsabilidade-de-bem-julgar.

A decisão jurídica como produto da reflexão e experiência da autoridade decisória é momento de reflexão prática e aplicativa do Direito, ao promover conservação, ou transformação da realidade. De maneira clara e compromissada com a melhor escolha dentro das condições impostas, a decisão jurídica é balizada por alguns parâmetros, como: 1) a averiguação de sua real necessidade, isto é, há um juízo quanto à oportunidade e conveniência para a produção da decisão. Inclusive, priorizando, quando possível, os instrumentos da conciliação e da mediação; 2) a projeção da decisão para dentro e fora do sistema jurídico. Para dentro do sistema jurídico, a decisão jurídica pode influenciar outras decisões jurídicas, além de sustentar-se na hipótese de recurso/revisão. Para fora do sistema jurídico, a decisão deve alcançar os afetados pelo conteúdo da decisão, de maneira a solucionar o problema das partes, gerar justiça e segurança jurídica; 3) dar conta de ambas as dimensões, da generalidade e da particularidade. Naquela, há a preocupação com os precedentes, tradições, costumes prévios ao caso concreto. Nesta, explica Bittar (2002, p. 206) “a decisão jurídica se relaciona à historicidade do contexto, às condições sociais da aplicação, ao interesse dos envolvidos, à justiça possível no caso singular, à dimensão daquilo que é único e irreduzível de cada situação concreta”.

Nesta concepção, uma decisão jurídica é pautada por diversas influências e condicionamentos até a sua conclusão, ela converge múltiplos fatores, chamados de constelação multi-semiótica. Sob a vertente da Semiótica Jurídica, o ato decisório não é um ato isolado, mas a condensação de múltiplos atos anteriores.

Ocorre que essa constelação multi-semiótica de influências e condicionamentos obedece a determinados fatores:

1) Fatores extrajurídicos (econômicos; políticos; sociais; culturais; técnicos; históricos; conjunturais); 2) Fatores intrajurídicos (exigências do CNJ; autonomia do juiz; jurisprudência predominante no tribunal; existência ou não de súmula vinculante; estado da arte da ciência do direito; necessidades/interesses das partes; previsibilidade da resposta dentro do sistema; interesses e argumentos dos profissionais do direito; provas apresentadas e etapas do processo); 3) Fatores intertextuais (perfil da linguagem jurídica da norma jurídica; decisões anteriores semelhantes; textos normativos que apoiam a decisão jurídica; fundamentos de aplicação em argumentos variados; múltiplas fontes de abastecimento do raciocínio jurídico; carga informacional, fontes de subsídios para apoiar a decisão e processos dialógicos utilizados). Tudo está a indicar que a decisão jurídica é fruto de complexos fatores, e isto é afirmar uma visão realista acerca do momento decisório (BITTAR, 2022, p. 206).

O que não significa uma conduta engessada e rígida do jurista e do magistrado durante o ato decisório, até porque diferentes decisões sobre assuntos semelhantes demonstram claramente as diferenças de opinião, não completamente pela preservação do continuum jurídico, mas com argumentações que transparecem as convicções morais e políticas de cada um (DWORKIN, 1997).

Razão para que evidencia, mais uma vez, o aspecto subjetivo contido na interpretação. Por analogia, se duas pessoas olham para a mesma pintura ou para a mesma peça de arte verão coisas diferentes, porque a interpretação é mais subjetiva do que objetiva e, por isso, deve-se fazer do Direito tão justo quanto possível.

Isso não significa o descompromisso do juiz com a imparcialidade, isto é, manter-se desvinculado do interesse das partes, qualidade que, antes de qualquer coisa, é também uma exigência ética.

Para a corrente do direito livre, pela escolha e fixação dos valores numa escala hierarquizada, os princípios eleitos, a influência de múltiplos e variados fatores sobre o psiquismo humano no momento da decisão, desde as condições pessoais e internas, até as sociais e externas que de algum modo possam interferir no processo decisório, a reconstrução dos fatos, a ponderação das circunstâncias às quais atribui relevo, a escolha da norma a aplicar, demonstram que o juiz possui função criadora, o que caracteriza uma posição ideologicamente ligada à interpretação porque se funda em avaliações, determinantes das diretivas interpretativas. “Para o seu trabalho, o julgador traz à baila necessariamente fatores

extranormativo, (princípios éticos, idéia de equidade, sentimento de justiça) mas que se pressupõem sejam protegidos e realizados pela ordem jurídica”. Portanto, mesmo sendo um criador, o Juiz está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei (AGUIAR JUNIOR, 1989, p. 13).

Segundo a corrente positivista, cabe ao juiz servidão à lei, imparcialidade e pensamento desideologizado, pois somente o legislador é apto a inovar na ordem jurídica.

A interpretação é considerada atividade secundária, presente apenas quando a lei não é clara, sendo aplicável em consonância com a vontade da lei ou do legislador.

Para além disso, imprudente não considerar o raciocínio e a lógica incutidas no processo interpretativo, pois, ciclicamente, toda interpretação jurídica, porque raciocínio, é lógica, pois todo o raciocínio necessita da lógica. São as regras lógicas que conduzem a análise e a conclusão do jurista.

Pela lógica do razoável, o juiz quando filtra os fatos, pondera e avalia as provas em confronto com a lei, antevê as consequências de sua decisão, o faz por meio da intuição intelectual. A qual considera a lei, porém sem perder de vista a consciência média da comunidade para a qual jurisdiciona, e sofre o crivo do mundo jurídico que o cerca.

O exercício intelectual do julgador é o que lhe permite tomar conhecimento dos contornos da realidade do caso, num movimento de aproximação à concreção, pela sua razão e pela sua vontade. “É um ato de razão porque exige o conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos do caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis” (AGUIAR JUNIOR, 1989, p. 19-20). Pois, do contrário, se sujeita à aplicação genérica, distante e uniforme da lei, garantindo a segurança no tráfico das relações, mas muito seguidamente consistirá na negação da justiça

A decisão jurídica carrega em seu bojo múltiplos fatores, vista como um ponto de confluência de várias decisões, formando uma supratextualidade que opera com outros textos, sejam atos do próprio procedimento ou narrativas, indícios, provas, relatórios, depoimentos, degravações, laudos, documentos apurados pelas partes, peritos, auxiliares da justiça, etc.

Assim, a boa decisão jurídica já não se enquadra mais ao tradicional silogismo judiciário, ao contrário, a decisão se enriquece com o pluralismo de uma atuação conjunta de razão, experiência (de julgar, lidar com provas, sopesar, avaliar argumentos), sensibilidade e sensatez (esta que é a qualidade de bem decidir, um traço de razão prática).

Não por outro motivo, boas decisões são feitas de observação interna (introspecção) e de observação externa (heterospecção). A primeira, fruto de uma subjetividade elaborada, e a

segunda resulta de processos dialógicos de escuta, troca e compartilhamento de informações, dados, provas e argumentos. Da combinação desses elementos, em atividade, não há como negar que muito mais que a mera interpretação cognitiva, a interpretação é o ato interpretativo, “sendo que este envolve juízos, vontades, experiências, práticas culturais, níveis de entendimento, discursos de classe, contexto histórico, postura moral, estado-da-arte das ciências e saberes, condições das instituições, e demais condicionantes legais” (BITTAR, 2022, p. 207). Portanto, o ato interpretativo oriundo desta multiplicidade de fatores faz emergir o sentido jurídico.

Frente a tantos parâmetros que envolvem o ato decisório, é cada vez mais perene a ideia de coibir o arbítrio decisório e, com isso, evitar-se a irracionalidade decisória. A Teoria do Direito cumpre seu esforço permanente de reduzir a margem da vontade e de ampliar a margem de motivações justificáveis racionalmente, tendo como referência a razão jurídica, visando-se à proteção social, à preservação de valores contidos na legislação, à proteção do Estado Democrático de Direito e à racionalização do convívio.

Assim como a decisão jurídica comporta requisitos, a estrutura discursiva e argumentativa de um procedimento/processo que culminará na decisão pressupõe enunciação e contestação, argumentação e contra-argumentação, tese e antítese pelos actantes discursivos diante do caso concreto. Conforme Bittar (2022, p. 208) “a argumentação escorrerá, portanto, pelas vias do procedimento, permitindo o exercício da postulação de razões que influenciam a tomada de decisão, neste ou naquele sentido”.

Dáí se extrai esta conclusão, qual seja,

a de que a verdade jurídica, ainda que relativa, como a identifica o jurista francês François Terré, não está na semântica da norma jurídica, no fundo da norma jurídica, ou ainda, no texto da norma jurídica. Junte-se a esta conclusão, esta outra, segundo a qual a verdade jurídica não está na mente do juiz, não está contida no universo subjetivo do juiz, e nem será inferida pela monologia do solilóquio do juiz. Mas, será a troca argumentativa que haverá de ocorrer ao longo de todo o procedimento, considerando os vários elementos em jogo (fatos; provas; fontes do direito; interpretações; argumentos) que levarão a um desfecho jurídico adequado, no processo de transferência dos elementos do processo para a efetiva situação no mundo das relações humanas, uma discussão que toca bem de perto no plano da efetividade do processo (BITTAR, 2022, p. 210).

Ademais, ironia crer que em todos os casos, em todas as decisões jurídicas tomadas são asseguradas em sua totalidade uma boa qualidade decisória, nem sequer a existência de normas jurídicas democráticas – fruto do papel representativo do legislador – garantem a atemporalidade das leis democráticas. Todavia, o próprio sistema jurídico prevê algumas obrigatoriedades, para que não se tenham decisões aquém do razoável, tais como: a obrigatoriedade da decisão, mesmo em caso de lacuna; a obrigatoriedade da fundamentação das

decisões; a publicidade das decisões como atos oficiais de Estado; a recorribilidade e a corrigibilidade das decisões.

Consoante Dworkin (1997), quando se fala em lacuna da lei, conseqüentemente se vislumbra um cenário não previsto pelo legislador, à interpretação cabe um papel especial no preenchimento dessas lacunas. Numa observação mais apurada, a lacuna resulta da diferença entre o Direito positivo e o alcance por um sistema tido como melhor, mais justo, o mais possivelmente correto. Isso ocorre através da interpretação, que elimina a norma interpretada e a substitui por uma norma que seja melhor, mais justa, o mais possivelmente correta - em suma, a norma desejada pelo órgão aplicador. Isso se deve, não raramente, pelo fato de normas completamente sem sentido serem criadas, inviabilizando qualquer interpretação, pois a interpretação não pode extrair de uma norma o que a norma não tem.

Devido às inevitáveis transformações da realidade, é sabido que nem sempre todas as complexidades terão resguardo legal, razão para a correção necessária da lei. Ainda que o legislador seja precavido e anteveja muitas possibilidades, ainda, assim, acontecem certos fatos materiais que ele não previu e não pode prever e que ele pode, no máximo, direcionar suas normas gerais para o curso ordinário dos casos. “O legislador não tem outra alternativa senão deixar essa decisão para o órgão aplicador da lei e assumir o inevitável risco que "o legislador delegado" também decidirá casos onde o legislador teria a sua lei aplicada” (DWORKIN, 1997).

Eis que no caso de haver uma lacuna, pela falta de regulamentação legal ou quando a aplicação da lei for inaceitável devido às circunstâncias atuais, deve o juiz, por meio de uma análise intelectual, interpretar e decidir de acordo com seu próprio discernimento, em vez de o fazer com base na lei.

Segundo Bittar (2022), outro complicador de peso que assola as sociedades contemporâneas, e que interfere no raciocínio jurídico é o papel que a mídia ocupa, especialmente considerada a era da informação nos dias atuais. Indiscutível a tarefa de fundamental importância que a mídia exerce, como canal de comunicação social, meio de informação e liberdade de expressão, decisiva para a formação de opinião dos cidadãos, para a qualidade da democracia e o desenvolvimento da esfera pública. Entretanto, o viés complicador está associado ao poder das mídias de massa (TV; rádio; jornal; revista; blog; redes sociais; etc.), a irradiação, o alcance e capilaridade, a autoridade informacional, a facilidade de acesso, a imediatidade e a prontidão da informação propiciam uma difusão sem precedentes, uma anestesia de consciência e retardam a qualidade da informação. Nas palavras de Bittar (2022, p. 211)

Fato é que existe uma desproporção na forma como a cultura midiática e a cultura do direito lidam com o cuidado com os temas de justiça. E, as mídias de massa vem ganhando um espaço enorme no campo da relação Mídia/ Decisão Judicial, passando-se a vivenciar um momento em que a midiaticização do poder decisório externaliza a decibilidade à opinião pública, levando-se a efeitos que devem ser melhor pensados, como por exemplo, o empoderamento dos meios de comunicação como meios de pressão sobre a decisão jurídica, o acovardamento dos mecanismos institucionais e o enfraquecimento da autonomia judicial.

Esse poder de influência que age sobre o exercício do raciocínio jurídico e da decisão jurídica por meio da pressão midiática é capaz de redirecionar a relação decisória, considerando-se o poder de pressão sobre o julgador, sobre a opinião pública, e, também, sobre as partes. Desse modo, quanto maior exposição midiática um caso recebe, redobrado deve ser o cuidado do profissional do Direito.

Essas situações requerem a maior cautela na atuação jurídica, a fim de evitar a patologia da situação, ou seja, a espetacularização do caso, a divulgação e o vazamento de informações sigilosas do processo, a redução ao senso comum de questões técnicas complexas, o uso da linguagem apelativa e a escandalização do caso, a “glamourização”, a reverberação negativa, o prejulgamento a favor de uma das partes, a quebra da oportunidade de defesa, a demonização do(a) réu(ré) e, a perda de autonomia do Poder Judiciário, em que a mídia determina o que o Judiciário tem de concluir em determinada decisão (BITTAR, 2022).

Ao tratar de decisões jurídicas, muitas condicionais se apresentam, tais como: as diferentes pressões que objetivam condicionar, formatar e moldar o parecer; os atos de linguagem que formam “nós semióticos”; o intérprete que, no processo de aplicação do Direito, participa ativamente, se tornando co-autor do legislador.

Tendo por base a Teoria Pura do Direito, tem-se que a concepção kelseniana de aplicação do Direito visualiza a interpretação científica como apta a identificar os sentidos, e oportuna quando do exercício do ato de escolha, do ato de vontade, que dentre as possíveis interpretações pela autoridade competente seleciona a mais assertiva à decisão jurídica. “Assim, a decisão envolve, em parte, compreensão do Direito, e, em outra parte, poder decisório, fundado em normas jurídicas de competência, para exercer seleções de sentido e impô-las aos casos concretos, como fruto de ato de poder” (BITTAR, 2022, p. 215).

Mas, o desafio de tratar desta questão não é pequeno, na medida em que é preciso cuidado com as teorias da interpretação, bem como em combater a irracionalidade ou a cegueira dogmática da crença incondicional na lei derivada do positivismo. Ora, se feita uma leitura pela perspectiva do legislador, a Hermenêutica Tradicional procurou escavar o texto do legislador para chegar à verdade jurídica, no entanto, a análise pela perspectiva do intérprete, se quis perceber na consagração do ato de vontade um ato de verdade. Portanto, o cuidado deve

ser constante, buscando assegurar o equilíbrio entre estas posições divergentes, que acabam abrindo campo para que o arbítrio se instale, ou nas mãos do legislador, ou nas mãos do intérprete.

Sob a ótica de Bittar (2022, p. 216), o que se percebe, mais hodiernamente, na Teoria do Direito, é que:

ela veio acompanhando o profundo giro teórico que se deu através do chamado giro linguístico (linguistic turn) ocorrido no âmbito da filosofia ocidental, no meio do século XX. Desde então, a questão da linguagem passou a ocupar não somente um lugar central nas concepções da Teoria do Direito, mas, sobretudo, o lugar vazio deixado por Hans Kelsen, no âmbito da teoria da aplicação e da interpretação do Direito. E essa passagem se dá, especialmente, como resultado de uma profunda influência deixada por Ludwig Wittgenstein, em duas de suas obras, o *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922) e as *Investigações filosóficas* (1953), entremeadas pela virada linguística, considerando-se o peso e a influência que passam a ter, desde então, os pensamentos de John Austin, John R. Searle, Martin Heidegger, Hans Georg Gadamer, Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas.

Percebe-se com a viragem linguística uma reação à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a qual estacionou no que diz respeito à teoria da decisão e da interpretação.

Kelsen acredita que a interpretação revela o espírito da norma a ser implementada, resultando na descoberta da moldura que a norma interpretada representa e, dentro dessa moldura, o conhecimento das várias possibilidades de sua implementação. Para ele, do encontro entre a lei interpretada com a norma a ser aplicada é o que resulta em variadas soluções. “Dizer que uma decisão judicial é baseada numa lei apenas significa, na verdade, que a decisão é uma das normas individuais possíveis dentro da moldura da norma geral, e não que aquela seja a única norma individual possível” (DWORKIN, 1997).

A Teoria Pura do Direito concentra seus esforços no sentido da norma, pois aqui o Direito é norma e a interpretação dá sentido à norma, determina o espaço representado pela norma e, por consequência, o conhecimento das várias possibilidades que existem dentro dele (AGUIAR JUNIOR, 1989).

Resumindo, Kelsen argumenta que a atuação do jurista diz respeito apenas ao ato de conhecimento da ordem jurídica, para estabelecimento do âmbito de execução da norma aplicável. Para ele, a interpretação enquanto operação mental ocorre simultaneamente ao processo de aplicação do Direito, numa progressão de um escalão superior para um escalão inferior. Essa operação é tarefa que não se limita ao órgão jurídico aplicador, pelo contrário, se estende à ciência jurídica, a qual incumbe descrever o direito positivo, bem como, aos indivíduos que devem observar e compreender as normas que devem seguir. Por isso, em Kelsen, o juiz também cria direito, ainda que dotado de menos liberdade que o legislador,



quando de indeterminações na lei, é o que vem a ser denominado “Direito como moldura”, que nada mais é, entre várias possibilidades, uma delas, pelo ato de vontade do julgador, se torna Direito positivo (FERRAZZO; FIAMONCINI, 2020).

Para Kelsen (1984, p. 468-473), buscar na interpretação a significação correta é crer numa ficção utilizada pela jurisprudência tradicional para viabilizar o ideal da segurança jurídica. “E essa plurissignificação faz com que a decisão sobre qual solução adotar não seja uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, mas sim, um problema de política do Direito”.

Kelsen é o expoente da racionalidade moderna, do início de uma nova fase não mais fundada em conceitos como justiça, ainda que indispensável à comunidade. Certeza e segurança tornam-se as exigências principais do novo momento, buscadas por meio das ciências, inclusive a ciência jurídica (FERRAZZO; FIAMONCINI, 2020).

Diante desta nova perspectiva, a justiça legal encontrada nos estudos de Aristóteles já não faz mais tanto sentido como outrora. A equidade como corretora da lei se mostra deficiente em função de sua universalidade que faz do equitativo justo, uma forma superior de justiça em relação àquela que erra por ter caráter absoluto (ARISTÓTELES, 1987). Essa ideia serviu como referência à atuação dos magistrados por longo período, até o início do século XIX, quando o horizonte hermenêutico do direito deixa de ser o ideal de justiça, dando lugar ao ideal da segurança jurídica.

Assim, a Teoria Pura do Direito é o aporte que fundamenta os juristas modernos a substituírem o horizonte da justiça pelo da segurança jurídica, uma transformação tão profunda que permitiu falar em um novo paradigma.

“No positivismo jurídico, o fundamento de validade do direito passa a ser a lei, a segurança jurídica buscada na unificação das fontes normativas”. O intérprete, o magistrado perdem o protagonismo da cultura jurídica e o transfere ao legislador, o qual emanam as ordens às quais a sociedade deverá obedecer (FERRAZZO; FIAMONCINI, 2020, p. 48).

Nessa transferência de papéis, o magistrado perde discricionariedade e, em contrapartida, fica vinculado a padrões mais rigorosos de justificação de suas decisões. A restrição das possibilidades hermenêuticas apenas à legislação impacta na redução de espaço para interpretação, persistindo somente as estritamente literais das normas. Para Bobbio, essa característica que privilegia o teor declarativo sobre o criativo no positivismo jurídico e de seus termos que modificam a antiga tendência, pode ser denominada de “teoria da interpretação mecanicista”. Sobre a teoria, ele assim discorre:

No positivismo a função da jurisprudência é reproduzir (interpretar) o direito e não o produzir. Assim, o positivismo impõe ao intérprete o limite da lei, ele pode fazer interpretação textual ou mesmo extratextual, mas nunca antitextual. A interpretação textual opera pelos meios: léxico ou gramatical, teleológico, sistemático, histórico. Os meios extratextuais fundam-se no raciocínio por analogia. A analogia é um recurso de autointegração do ordenamento, pois busca sua completude a partir de elementos internos ao ordenamento – a lei (BOBBIO, 1995, p. 135; 211- 222; 1989, p. 146-147; 150).

Com a derrocada da análise positivista na primeira metade do século XX, demonstrada pelo contrassenso dos regimes totalitários, ocorre a ascensão da Tópica Jurídica, de Theodor Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*, 1953), e a Lógica da argumentação, de Chaim Perelman (*Traité de l'argumentation*, 1958), avanços e resultados concretos são produzidos nos campos interpretativo e decisório. O fator determinante foi a mudança de concepção, fruto da viragem linguística combinada às decisões jurídicas do ponto de vista do raciocínio aplicado, da argumentação, do contraditório e do estudo das decisões judiciais e seu modo de se apoiar em argumentos (BITTAR, 2022).

A retomada dos estudos de Aristóteles é o ponto de encontro comum nas análises de Viehweg e Perelman. Theodor Viehweg, através da Tópica Jurídica, analisa os argumentos e as máximas como lugares-comuns do discurso jurídico, para ele os tópicos ajudam no processo de decisão a raciocinar praticamente além dos limites da lei, pois acabam

(1), permitindo a sustentação de posições controversas e retoricamente fundamentadas (2), conferem liberdade, mas não arbitrariedade no raciocínio fundamentador (3), fornecem metodologia extraída da prática, com empenho por aproximar direito e justiça (4), conciliam objetividade racional e subjetividade axiológica (5) (BITTAR, 2022, p. 216).

Chaim Perelman, através da Nova Retórica, destaca o raciocínio judiciário, identificando nele que todas as premissas são variáveis e que delas inicia o raciocínio, raciocínio dialético e retórico que convêm a todas as decisões, ainda mais

(1), sabendo-se que a retórica apoia a busca de persuasão por argumentos racionais (2), devendo-se destacar que os valores são um componente fundamental do discurso jurídico (3), tendo-se em vista que os auditórios são afetados por persuasão ou convencimento (4), não sendo a verdade a única busca da retórica, que pode buscar o útil, o oportuno, o razoável, o equitativo (5) (BITTAR, 2022, p. 216).

Logo, o raciocínio jurídico pautado pelo viés linguístico não se finda em critérios exclusivos de subjetividade ou de objetividade. Nesta, não passa de decodificação mecânica da lei, naquela, torna-se mero arbítrio subjetivo do decisor. Tanto as teses subjetivistas e voluntaristas, como as teses objetivistas e legalistas, por óbvio, possuem pontos de acertos, todavia, estão por si mesmas aquém da capacidade de responderem à complexidade dos juízos aplicativos.

Não por acaso, o Direito Contemporâneo mina subjetivismos imotivados; repetitividades impensadas; maquinismos decisórios, buscando cada vez mais atos decisórios capazes de respeitar argumentos racionais, provas processuais lícitas, pontos polêmicos em disputa, fortalecendo e respeitando o Estado Democrático de Direito. Por meio da inclusão discursiva de atores relevantes, da melhoria da qualidade das informações que aderem ao processo, da qualidade dos argumentos e das decisões fundadas em provas processuais que configuram maior exatidão das tomadas de decisão no âmbito do raciocínio jurídico, é possível vislumbrar a transferência da cultura do juiz-máquina em direção à cultura do juiz-democrático.

De fato, Bittar (2022, p. 217) considera que a atualidade acompanha a dinâmica do processo, não apenas como tendência, mas como exigência, a qual se consolida no art. 489, § 1º, do novo CPC, quando adverte que, sob pena de nulidade do ato decisório, “o convencimento da autoridade decisória deve ser motivado e argumentado, sendo o arbítrio decisório aqui considerado irracionalidade comunicativa, algo incompatível com o caráter da razão argumentativa, no contexto do Estado Democrático de Direito”.

A tomada de decisão é ato complexo, sobretudo quando produz consequências jurídicas e extrajurídicas sobre terceiros. As decisões jurídicas se caracterizam pela complexidade independente do grau de jurisdição, no entanto, quando oriundas das mais elevadas Cortes de Justiça (STF; STJ; STE; STM; TJ's; TRF's), em geral, o grau de complexidade também é maximizado, pois o deslinde se projeta sobre campos temáticos para os quais as fronteiras são mais tênues, a indeterminação das palavras e dos conceitos contidos em regras jurídicas são mais recorrentes, “a maior insegurança jurídica pela ausência de paradigmas decisórios, a maior incidência de *penumbral cases*, o maior número de antinomias e casos sem precedentes históricos”. Não raro, as altas Cortes de Justiça “esbarram na interpretação de conceitos normativos indeterminados, que tocam na amplitude genérica e aberta de dispositivos constitucionais e que provocam a colisão entre direitos fundamentais” (BITTAR, 2022, p. 220).

É tarefa desafiadora decidir sobre temas controversos, com escassas referências normativas, atinente a aspectos axiológicos (justiça/liberdade/segurança/igualdade), em dimensões que exigem um olhar e conhecimento interdisciplinar, pois incidem sobre questões em que o Direito faz fronteira direta com a Economia, a Cultura, a Política, a Moral, a Religião, e a Ciência. Fica claro, portanto, na observação de Bittar (2022, p. 220), que:

quanto mais elevado o grau de decisão, mais complexos se tornam os casos, no que tange à matéria de Direito em discussão, ao elevado impacto de repercussão geral, ao tipo de resposta a ser dada, que não encontrou solução adequada/definitiva no Direito nas instâncias inferiores. Também, quanto mais elevado o grau de jurisdição, mais tênues são as fronteiras entre Religião, Moral, Política, Economia, Ciência e Direito.

Isso exige da razão prática uma mais profunda análise de sutis diferenças na avaliação e interpretação do Direito.

Assim, a incidência de casos difíceis (*hard cases*) nas instâncias mais elevadas de jurisdição e a conseqüente complexidade para o desfecho, evidenciam que a subsunção lógico-racional é recurso insuficiente para lidar com casos difíceis. Nesse sentido, aos poucos foram sendo utilizados juízos de razoabilidade, de proporcionalidade e o de ponderação. “Em quaisquer circunstâncias, estes termos apontam para esforços no sentido de: a) relação meio/fim; b) balanceamento; c) equidade; d) sopesamento; e) bom senso; f) equilíbrio; g) adequação; e h) critério” (BITTAR, 2022, p. 220).

Portanto, a seara contemporânea de justiça já não comporta tão somente o raciocínio jurídico, pois incapaz de oferecer uma correção definitiva, mas podendo afiançar uma correção relativa, no dizer de Robert Alexy; um juízo avaliativo, e não puramente um juízo descritivo, no dizer de Neil MacCormick; e, um juízo humanizado, e socialmente decisivo, publicamente justificável, e racionalmente argumentado. Para uma melhor compreensão, uma breve exposição das principais correntes pós-positivistas, tais quais as de Ronald Dworkin, na tradição anglo-americana, a de Jürgen Habermas, na tradição germânica, a de Robert Alexy, na tradição germânica, são fundamentais (BITTAR, 2022).

Dentro da tradição anglo-americana, Ronald Dworkin analisa a lógica da racionalidade e da razoabilidade a partir de casos e situações decididas pela jurisprudência. Em sua análise o Direito é em grande parte filosofia, razão que, por si só, denota a sua linha de interpretação e, se torna referência fundamental para a cultura hermenêutica contemporânea, “especialmente por representar um contraponto de inigualável valor para a crítica e a contraposição ao modelo do positivismo jurídico e à analítica do discurso jurídico, de civil law ou de common law” (BITTAR, 2022, p. 221).

Pelo viés filosófico que compõe a análise jurídica de Dworkin, ele se afasta do pragmatismo utilitarista que raciocina pelas soluções sociais imediatistas, bem como evita justificar o sistema jurídico a partir de si mesmo, ou seja, de uma argumentação tipicamente positivista. Para ele, ao contrário, o juízo jurídico se reveste de um juízo moral.

Consoante o pensamento de Dworkin analisado por Bittar (2022, p. 222), a prática do direito é tão importante quanto a teoria do direito,

na medida em que a elaboração prática do direito está em constante construção e reconstrução, o que faz dos juristas verdadeiros filósofos que pensam sua atividade prática. Sem abdicar do legado deixado por outros juízes é que novos juízes fazem prosseguir, no sentido do melhor possível, a resolução de novos casos concretos. E a interpretação é o meio de fazer o Direito funcionar, especialmente considerando as

aparas de princípios e de regras, diante de casos convencionais ou de casos difíceis, na fronteira entre política e moral.

Numa reflexão jusfilosófica, a justiça não pode ser construída fora da linguagem e o direito, em sua teoria, é fruto da interpretação, que depende das necessidades da prática social comunitária e institucional dos agentes de justiça.

Pode-se dizer que o direito é também linguagem e prática, pois depende de ambos para o seu exercício. E a ferramenta que canaliza e potencializa teoria e prática é a análise de discurso, de modo que a construção dos sentidos decorre do discurso como objeto teórico e da exterioridade que relaciona a língua com a história. Por essa ótica, se revela a relação necessária entre o dizer e as condições de produção desse dizer.

Se teoria e prática, língua e história mantem uma relação crucial para a criação do discurso, inegável que as Ciências Sociais, justamente pela prática política e pelas ideologias desenvolvidas não possui o discurso como instrumento de constituição. Daí, Pêcheux recusar a concepção de linguagem que a reduz a instrumento de comunicação. “Essa teoria é, para ele, uma ideologia cuja função nas ciências humanas e sociais (onde a ideologia é dominante) é justamente mascarar sua ligação com a prática política, obscurecer esta ligação” (SILVA; SARGENTINI, 2005, p. 84).

Pelo relacionamento entre teoria e política, Pêcheux se propõe a analisar a relação do linguístico com o ideológico, para tanto se utiliza da análise do discurso, caminho que, segundo ele, é possível intervir teórica e praticamente, pois o discurso é também tecido histórico-social que o constitui.

A análise de discurso se apropria da língua e da história simultaneamente, pois pela ótica pecheutiana (1975, p. 262), "uma palavra, uma expressão ou uma proposição não tem um sentido que lhe seria próprio, preso a sua literalidade". Assim, o autor considera a análise de discurso uma ciência prática, espaço de conhecimento e forma de intervenção na história.

É diante de toda essa configuração que ocorre a interpretação pelo viés da análise de discurso, de modo que Pêcheux (1982, 1983a, 1983b) “distingue dois tipos de universos discursivos como espaços de explicação dos fenômenos e de sua relação com o real: i) os espaços discursivos logicamente estabilizados; ii) os não logicamente estabilizados” (SILVA; SARGENTINI, 2005, p. 86).

Os discursos logicamente estabilizados apregoam o uso regulado de proposições lógicas (verdadeiro ou falso), interrogações disjuntivas ("o estado de coisas" é A ou não A?), a recusa de marcas de distância "em certo sentido", "dizendo mais propriamente", etc., tudo isso pela proibição da interpretação e pela busca da falaciosa objetividade.

Entretanto, a estabilidade que caracteriza esse discurso, não prevê hipóteses de deslizamento do sentido, de resistências dos sujeitos às leis, das múltiplas interpretações necessárias para a cobertura lógica de regiões heterogêneas do real (PÊCHEUX, 1983a, p. 32). Logo, aos discursos não-llogicamente estabilizados recai essa tarefa quando de sua análise de discurso. “Dentre elas, Pêcheux (1982) destaca o fato de que a condição essencial da produção e interpretação de uma sequência não pode ser inscrita na esfera individual, mas reside no fato de que a existência de um corpo sócio-histórico de traços discursivos”.

Disso resulta o interdiscurso, uma materialidade discursiva que intervém em sua autoconstrução, por ser exterior e anterior à existência de uma sequência dada, são os traços linguageiros discursivos, que formam uma memória sócio-histórica. Portanto, Pêcheux postula a heterogeneidade da formação discursiva, pelo fio do interdiscurso.

Numa análise rápida sobre a história da AD, Pêcheux mostra que houve sempre uma ambiguidade:

(i) a da objetividade meticulosa, que supõe possível explicar o texto por meio de um dispositivo sofisticado, partindo do pressuposto de que a prática natural de leitura tenha defeitos que poderiam ser suplantados pelo método proposto; (ii) a da política partidária cientificamente sustentada. Há, portanto, essa suposição de que a AD é capaz de exorcizar um defeito, apresentar uma leitura "melhor", já que baseada em sofisticados dispositivos de leitura. Tal ambiguidade produz um "jogo de espelhos, no qual as posições se refletem e se trocam infinitamente" (PÊCHEUX, 1981, p. 6).

Diante dos equívocos que perpassam a trajetória da AD, é preciso questionar não só teoricamente, mas também politicamente, a concepção homogeneizante da discursividade, enquanto mais um equívoco presente. Pêcheux se alinha à Foucault, quando alerta para a heterogeneidade estrutural de toda formação discursiva e desmistifica a artificialidade da homogeneidade do discurso, especialmente, o político, reiteradamente utilizado como uma homogeneidade estratégica mantida pelos órgãos oficiais de comunicação.

A formação discursiva é espaço no qual o outro frequenta e cria uma alteridade que compõe o discurso. Portanto, ainda que subterrâneos os múltiplos discursos e as múltiplas oralidades, eles subsistem ao privilégio concedido aos discursos de "porta-vozes legítimos" (impressos, oficiais, etc.).

Para Pêcheux (1981, p. 7), são nas heterogeneidades discursivas, na superposição, na intertextualidade, nas bordas discursivas da língua que mais facilmente se encontra e se recupera as contradições que produzem a história, “a fim de perceber que as ideologias dominadas nascem no mesmo lugar da dominação ideológica, sob a forma dessas múltiplas falhas e resistências que o estudo discursivo concreto pode fazer emergir”.

Numa tentativa de clarificar os estudos de Pêcheux, sobretudo ao tratar do discurso político, meio pelo qual a política se materializa, alterando relações sociais e modificando os sentidos dos fatos sociais, buscou-se uma aproximação com os discursos políticos em sede nacional, mais especificamente com o judiciário brasileiro e, especialmente, com o STF, de modo a evidenciar as funções que determinadas pelas relações histórico-institucionais, estruturam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dentre os muitos discursos sobre o papel da Suprema Corte no campo da justiça e da política brasileira, resultado de um crescente interesse teórico-científico sobre o STF como objeto de estudos, o mais difundido e legitimado elenca o Supremo como última instância de controle e de garantia da justiça (CUNHA JÚNIOR, 2017).

Esse discurso é propagado por acreditar que o STF é sinônimo de integridade, porque é distante do alcance de qualquer interesse político. Sendo justificado, inclusive, na judicialização da política, ou seja, intervenções judiciais nas ações dos governos, em especial no que se refere às políticas públicas. O respaldo dado ao Supremo, decorre da noção de última instância do Poder Judiciário no Brasil, acompanhada pela ideia de decisão final e inquestionável, como garantia de realização do direito e da cidadania (TAYLOR, 2007).

Em outras palavras, reflete Lord (2018, p. 291),

somente uma Corte Superior estaria preparada para decidir questões de interesse da nação, de modo independente e isolado de interesses políticos ou econômicos de curto prazo. Também caberia a essa Corte controlar e manter em consonância as legislações que estão abaixo da Constituição Federal. Para que uma ação chegue à Corte, é necessário que atenda determinados requisitos estabelecidos pela legislação. Mas sempre que estiver em jogo a possibilidade de ferir o conteúdo prescrito pela Constituição Federal e não for resolvido em instâncias inferiores, a ação pode chegar ao STF para análise e decisão.

Os constitucionalistas entendem, portanto, o STF como o intérprete final do texto constitucional, sendo suas decisões incontestáveis (MENDES, 1996; BONAVIDES, 2005; BARROSO, 2006). Esse entendimento está materializado no parágrafo segundo do Artigo 102, CF, “que afirma serem as decisões do STF definitivas sempre que em jogo estiver a interpretação da Constituição Federal. Diz o texto de lei que essas decisões são válidas para todas as demais ações que tratem do mesmo tema, e que resolvem toda e qualquer ação semelhante” (LORD, 2018, p. 291-292). Impera o referido artigo ao tratar sobre questões de competência, cabe à Corte julgar se determinada lei infraconstitucional está em consonância ou não com a Constituição Federal. A negativa concede à Corte Superior deliberar pela sua invalidade ou não aplicação no mundo jurídico.

Contudo, outros discursos em sentido oposto aos narrados têm se fortalecido, esses outros discursos constituem verdadeiras críticas à judicialização da política nos diversos níveis de Estado e demonstram que o Poder Judiciário tem atuado para além das suas competências legais. O STF é questionado por extrapolar seu limite de atuação e invadir o Executivo e Legislativo, além disso, até mesmo a sua legitimidade é colocada em dúvida como “guardião” da Constituição Federal numa sociedade democrática (SOMBRA, 2017; LORENZETTO; CLÈVE, 2017).

A existência desses diferentes discursos sobre a atuação do Judiciário demonstra que existem relações de disputa de poder em curso. Mas há um problema relativo ao poder quando se trata de uma sociedade que se propõe democrática.

Numa democracia, o ator principal é a coletividade, e o governo e seus poderes são institucionalizações do modo de vida social. Assim não deveria haver atores institucionais com capacidade de definir algo que a coletividade não pudesse questionar. Essa perspectiva é defendida por Chantal Mouffe (2003) que questiona a ideia de que uma Corte consiga reunir em si os atributos necessários à consolidação e à manutenção de uma sociedade democrática. Pelo contrário, o discurso de guardião ou de última instância de resolução e garantia de justiça não condiz com o papel atribuído a uma única instituição estatal numa sociedade democrática. A ideia de democracia, segundo Mouffe (2003), está atrelada à legitimidade de poucos princípios, sendo o restante dos temas questão de disputa e debates constantes pela aceitação como verdade. Essa é uma noção relevante e que soma ao proposto por Foucault, já que serve para reforçar a ideia de que instituições estatais são instrumentos de expressão de discursos de poder. Todo o discurso do Executivo, Legislativo ou Judiciário deve ser analisado em relação ao poder estabelecido ou em disputa (LORD, 2005, p. 290).

Nessa disputa, valor menor se dá ao fato em si, sendo valorado como são moldados os significados dos fatos, como são construídas as interpretações e assim a visão de mundo dos sujeitos. Parte dessas relações são evidenciadas pelos discursos científicos e políticos, os quais tornam-se bem sucedidos pela consolidação como algo aceito e compreendido pela coletividade ou grupo social, ainda que não seja uma verdade absoluta e sim um constructo interpretativo que se propõe representativo e explicativo de algo, e que pode vir a disputar espaço e aceitação com outros discursos diferentes (PINTO, 2006).

Como define Lord (2018, p. 287),

O discurso é a tentativa de dar sentido ao real, tentativa de fixar sentidos, essa tentativa é precária e exitosa ao mesmo tempo. A precariedade é sua característica, porque não se refere a algum tipo de essência da coisa sobre a qual discursa. E é exitosa, porque sua existência está relacionada a algo histórico.

As disputas são indícios que revelam a falta de consenso dominante e hegemônico, bem como atribuem ao discurso um senso de provisoriedade, em que o domínio e o poder pelo



discurso não são definidos por um único ator. Logo, outros atores têm poder para levar seus discursos a público, e por isso mesmo são capazes de disputar os sentidos coletivos.

Consoante Pinto (2006), dentre a variável gama de discursos, o discurso político é o mais ameaçado por outros discursos que buscam impor suas verdades, tanto pelo grandioso esforço para consolidar seus significados, como para combater os demais significados que se apresentem. Assim, com relação ao Supremo, os diferentes discursos ao disputarem sentidos sobre as atuações da Corte adentram a análise do discurso político, e, por isso, as definições de justiça, políticas públicas, cidadania, direito estão em contantes disputas. Até porque, um discurso ao excluir ao outro, silencia ou desconstrói as outras verdades de outros discursos.

Claro está que, por mais invisibilizado que esteja, a produção do discurso obedece a um controle, seleção, organização e redistribuição de procedimentos, “que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade” (FOUCAULT, 2001, p. 8 e 9).

Em Foucault (1997), todas as interações sociais são constituídas por relações de poder, pois dele decorre a interpretação dos fatos e do mundo, a definição dos sentidos e das percepções sociais. A verdade também provém do poder, a depender se há o interesse pela mudança ou pela manutenção da ordem. Assim, o domínio sobre os discursos e sobre a noção de verdade, são apenas alguns dos instrumentos de sua materialização.

Portanto, para Foucault (2001), o discurso é parte constitutiva do poder, na medida em que o discurso acontece, o próprio poder se revela. Para Lord (2018, p. 287-288), Foucault expressa que:

Ao analisar o discurso, pode-se observar/descobrir também os interesses do poder que estão por trás. E isso porque o discurso é sempre intrínseco ao poder. A própria noção de discurso em Foucault já traz a ideia de poder. Isso porque antes da existência do discurso já existe um sistema de silenciamento, de seleção, de controle. O poder está relacionado à capacidade de dar sentido ao real, arbitrando sobre o modo como determinado fato ou contexto será interpretado. Essa interpretação está atrelada à materialização do poder, porque oferece ao coletivo um modo de sentir a experiência. Essa capacidade de definir como a experiência será significada pelos indivíduos é um objeto disputado pelo poder.

A narrativa que antecede o discurso perpassa pelo crivo do poder, o qual possui a dupla capacidade, permissiva para a constituição de um enunciado e defensiva para proibi-lo, silenciá-lo, distorcê-lo. “Na medida em que o poder silencia algo, ele exclui uma possibilidade de discurso e de verdade; na medida em que ele produz ou permite o discurso, ele define quem pode falar, quando e o quê” (LORD, 2018, p. 289).

Vê-se que o conteúdo do enunciado se sujeita ao poder, mas, igualmente, o sujeito depende do poder lhe reconhecer essa capacidade. Devido a tamanho controle e submissão imposta à atividade discursiva, a perspectiva foucaultiana preconiza que, quando há um discurso, esse é possível somente porque o poder lhe permite, uma vez que o discurso é sempre funcional e útil ao poder. Caso não fosse, não existiria como discurso.

Tal qual o poder influencia na configuração dos discursos e na definição dos significados, os aspectos históricos também possuem sua contribuição. “Em Foucault, o discurso é histórico, porque, enquanto ocorre, utiliza um contexto que lhe é anterior e no qual sua narrativa (ou sua verdade) ganha sentido, fazendo-se compreender por aqueles que o escutam” (LORD, 2018, p. 289). Portanto, o sentido do discurso depende de elementos que lhe são anteriores e sem os quais não existiria.

Compreender a percepção foucaultiana da análise do discurso político, é atribuir atenção especial as relações históricas entre os poderes, pois delas se compreendem as motivações dos discursos atuais. Assim, pelos embates de discursos e pelas relações históricas associadas, é possível explicar a disputa entre Legislativo e Executivo pelo poder de governar um país.

Na disputa pelo poder, o Judiciário também tem papel de destaque, sobretudo pela atuação da Suprema Corte nos últimos anos, ao se envolver em assuntos com contornos políticos e ser decisiva aos rumos dos embates. Pela análise do discurso, se identifica sua discursividade que atrelada ao exercício do poder atribui sentidos históricos aos fatos, os quais compreendidos pela sociedade legitimam as ações do Supremo. “Assim, apesar de falarem de justiça e de legalidade, esses discursos, quando analisados pela ADP<sup>28</sup>, revelam que o verdadeiro tema em disputa são os rumos da política nacional e o acesso ao poder” (LORD, 2018, p. 300).

Para Dworkin, no debate jurídico contemporâneo convém explicar a diferenciação entre normas jurídicas e princípios jurídicos, ambos considerados regras jurídicas do sistema jurídico. Ocorre que, enquanto apenas normas jurídicas válidas se aplicam, os princípios sempre se aplicam, independente de validade, variáveis em intensidade, “mas sempre serão considerados subsídios para que a interpretação de cada caso esteja escorada em valores morais de grande força e peso socioinstitucional” (BITTAR, 2022, p. 223).

“Os princípios, ao entrarem em conflito, não operam do mesmo modo que as regras, pois são aplicados com forças relativas e ponderadas entre si, nunca na base do “tudo-ou-nada”. Eles não se submetem ao mesmo teste de validade das regras jurídicas aplicadas no “tudo-ou-

---

<sup>28</sup> Análise do Discurso Político.

nada” e ao entrarem em conflito, são válidas ou não o são, e, portanto, podem ou não fundamentar a decisão da autoridade. No entanto, nem por isso o juiz tem o condão de invocar qualquer princípio para fundamentar qualquer decisão, o que inclui as autoridades com relativo poder discricionário, porque esse poder discricionário não pode depender das preferências do juiz (FERRAZZO; FIAMONCINI, 2020).

Cabe, pois, aos princípios, diante da existência de graus de imprecisão nas normas, concretizar e orientar as decisões interpretativas quando da admissão pelo ordenamento jurídico de interpretações alternativas, de modo que, da harmonização da interpretação com o princípio, reste preservada a harmonia do ordenamento e se conserve a validade do texto legislativo, resultando na produção do direito através da atuação judicial (GUASTINI, 2014).

Segundo esta concepção, cai por terra a teoria do direito positivo, apegada à legalidade a qual numa interpretação equivocada ou reducionista das ideias de Kelsen reservou unicamente à lei dizer o direito. Fórmula que, na primeira metade do século XX, mostrou-se extremamente perigosa, sendo encampada como discurso de justificação dos regimes totalitários europeus.

Alexy (2007, p. 63) discute a formulação de Dworkin, ao tratar da colisão entre princípios e da construção de uma decisão coerente. Ele diz,

quando a colisão se dá entre princípios, ou seja, direitos fundamentais operando como princípios, não pode ser inserida uma cláusula de exceção para exclusão de uma das normas, mas sim, devem ser ambos aplicados na maior medida possível, sendo essa a tarefa do julgador: ponderar sob quais condições um princípio precede ao outro, pois não há uma hierarquia pré-definida, em suma, entre esse padrão de normas existe uma relação de precedência condicionada. Se por um lado tal teoria parece dar importante abertura à relativização das decisões judiciais – e esse aspecto de fato vem sendo responsabilizado pelo crescente decisionismo judicial –, por outro, Alexy propõe a aplicação da máxima da proporcionalidade como método para construção de uma decisão coerente com um sistema de direitos mais complexo que aquele fundado na estrita legalidade formal. A justificação de uma decisão judicial a partir da máxima da proporcionalidade requer a observância de seus três subprincípios: idoneidade (meio adequado) necessidade (mandato do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (mandato da ponderação propriamente dito, que respeite o caráter de “mandado de otimização” dos princípios jurídicos).

A coerência da decisão judicial defendida por Alexy tem seu método na máxima da proporcionalidade, somado a uma interpretação razoável e aceitável dos conteúdos, conectada a expectativa de justiça. “Nesse sentido, a fonte última da legitimidade se encontra na própria sociedade, somente aquela interpretação que considera as expectativas da maioria da sociedade pode, em última análise, obter a aceitabilidade dessa maioria” (AARNIO, 1991, p. 289-295). Em síntese, o ato decisório deve equilibrar-se entre a legitimidade, que é dimensão material do direito, e a legalidade, que é sua dimensão formal.

Muito embora as regras jurídicas sejam mais usuais que os princípios, pela consolidação e praxes judiciais que lhe são inerentes, é crescente a maior necessidade do uso de princípios com o aumento da insegurança jurídica. Desse modo, não se trata de um positivismo completo ou mesmo de uma discricionariedade absoluta, mas de dados constantes do sistema jurídico, mas não contidos em normas positivas para o caso concreto. A subjetividade, portanto, não está eliminada do processo hermenêutico, pelo contrário, diante de uma mesma querela, um juiz de vanguarda e um juiz simpatizante do positivismo, podem decidir de modos díspares.

Com relação à tradição alemã, vinculada à Escola de Frankfurt, se destaca a reflexão de Jürgen Habermas que considera a razão prática sob duas perspectivas, a do direito positivo e a da prática da argumentação. A reflexão democrática dos procedimentos que conduz a formação das normas jurídicas orienta o Direito positivo. Para a prática das argumentações, o Direito se concretiza cotidianamente nos tribunais, na medida em que a justiça se faz por meio das argumentações que se exercem no processo decisório. Consoante Bittar (2022, p. 226) “por isso, a teoria do discurso valoriza a perspectiva da interação humana, racional e argumentativa, e se funda em práticas procedimentais, posição esta da qual não dista o pensamento de Robert Alexy”.

Numa leitura pragmática, Habermas afirma que: “Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constataivos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas”. Daí a complexidade atinente ao discurso jurídico, que faz a atividade de interpretação e aplicação do direito se sobrepôr à correção moral (BITTAR, 2022, p. 227).

A complexidade que envolve a aplicação do direito, consoante os discursos de aplicação do Direito, não se dá mediante uma operação meramente dedutiva, demanda, sim, um raciocínio jurídico envolto por questões de argumentação, não simplificáveis pelos traços da lógica formal. A aplicação do discurso do Direito dentro do sistema jurídico requer constante olhar em direção à relação abstrato-concreto, norma-caso. Pois, conforme Bittar (2022, p. 228)

Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”. Não se pode perder de vista a totalidade do sistema que envolve aquele caso singular, de modo que o tribunal nunca pode prescindir completamente da consideração de que cada caso concreto está envolvido por uma totalidade de regras que constituem o universo circundante das normas de Direito. O que a jurisprudência faz é, nesse sentido, um permanente processo de troca entre a dimensão das normas e a dimensão dos casos que reclama justiça, permitindo uma “...autorreflexão institucionalizada do direito”, que serve “...à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito e do aperfeiçoamento do direito...”

Outro critério de fundamental importância para analisar decisões jurídicas diz respeito à racionalidade, ou seja, a decisão racional reflete sua aceitabilidade, sua sustentabilidade, o que confirma o caráter argumentativo da aplicação do direito e o caráter de singularidade histórica que possui cada decisão judicial que se extrai com base no sistema. Aplicar o direito, portanto, requer um compromisso com a razão prática, tarefa exercida pela interpretação, a qual depende de argumentos para o seu exercício concreto, sendo que os argumentos jurídicos constituem caso especial da argumentação prática geral. Nesse sentido, ressalta Bittar (2022, p. 230) “assim, a interpretação ocupa boa parte do exercício prático do raciocínio jurídico, a interpretação tem grande valor para o direito, pois age no processo de construção e reconstrução contínuas do direito”.

No mesmo sentido, Kochem (2015), adverte que a racionalidade da aplicação e a segurança do direito se efetivam da controlabilidade do discurso argumentativo - pela via da interpretação jurídica – fonte do próprio direito e de decisões judiciais. Uma decisão considerada justa tem sua controlabilidade determinada por três elementos, quais sejam: correta apuração dos fatos, um desenvolvimento correto e legítimo do processo e uma adequada interpretação da norma jurídica.

A correta apuração dos fatos aproxima o juiz-intérprete da verdade dos fatos por meio de técnicas e da justificação racional; pelo desenvolvimento correto e legítimo do processo entende-se o respeito aos direitos fundamentais processuais, sobretudo ao contraditório; por fim, a adequada interpretação da norma jurídica depende da justificação realizada pelo intérprete na decisão judicial.

Pela natureza prática da atividade que o intérprete-aplicador realiza, inevitável a presença de valorações na decisão. Entretanto, ao valorar os elementos fáticos trazidos à causa, necessário justificá-los racionalmente. Quanto ao conteúdo do direito, o julgador deve interpretar os dispositivos normativos, de modo a reconstruir a norma jurídica aplicável ao caso.

Assim, pela exigência constitucional da motivação das decisões judiciais, a fundamentação jurídica, é que o intérprete julgador alcança a racionalidade das decisões judiciais, de modo que numa posterior recongnição analítica da decisão se reconheça as diferentes operações realizadas, bem como o método para justificá-las. Somente dessa forma a imputação de consequências jurídicas por meio do processo pode ser tida como não arbitrária.

Além da fundamentação da decisão judicial em bases racionais, ela deve refletir o objeto e o próprio debate havido no processo, evidenciando aquilo que é mais caro ao Estado Constitucional, um afastamento total e absoluto do exercício de força arbitrário, e a autodeterminação do jurisdicionado.

Portanto, em paralelo, o “ordenamento jurídico” que possibilita a produção de decisões irracionais denota arbitrariedade e autoritarismo e dificilmente poderá ser considerado como um sistema ou um ordenamento. “Aliás, tal “sistema” revelar-se-ia verdadeira antítese ao Estado Constitucional, já que a paz que se pretende tutelar é uma paz racional que combata a arbitrariedade por meio do ordenamento jurídico” (KOCHEM, 2015, p. 4).

Pelo exposto, a racionalidade das decisões judiciais depende da vinculação ao direito, mas não somente, pois pelo exercício racional que se opera na atividade jurisdicional é incorreto considerá-la uma mera declaração da norma aplicável ao caso, sendo necessária uma adequada compreensão da atividade aplicativa/interpretativa.

O componente lógico que prescinde a justificação das decisões judiciais permite, igualmente, aferir a racionalidade, a partir de outros instrumentais complementares. “Dessa forma, ainda que hoje possa parecer mais que evidente que o juiz não realiza *apenas* operações lógicas, é certo que possibilitar que sejam proferidas decisões cujas justificações não obedeçam à lógica é permitir decisões arbitrárias” (KOCHEM, 2015).

Em linha de síntese, Kochem (2015, p. 7) assevera,

“[n]ão é lícito ao juiz, sob pena de ser arbitrário, ignorar as regras da lógica, que constituem exigência intrínseca a qualquer compreensão. A lógica não pode ser afastada pela só circunstância de não ter sido autorizado o seu emprego por texto legal, porque, enquanto fenômeno do pensamento, não é regulado por leis formais ou jurídicas”.

Nesse sentido, a busca pela coerência nas decisões jurídicas que concretizam o Direito ocorre pela maneira argumentativa que são justificadas. Alguns fatores de qualidade também são fundamentais, seja nos procedimentos de participação, como a inclusão dos atores relevantes; igualdade de oportunidades de fala; veracidade e sinceridade dos atos de fala; seja na produção da decisão, com a qualidade das informações juntadas, ou seja, qualidade dos argumentos; provas; demonstrações; regras jurídicas incidentes no caso concreto trazidas ao conhecimento judiciário. Por certo, não há como universalizar o conteúdo de justiça das decisões singulares da jurisdição nem o considerar um conceito de justiça estável e uniforme para a lógica da decisão, “na medida em que a tensão entre a decisão correta e a segurança jurídica é ineliminável do circuito do movimento dialético de interação do direito com o entorno das demais pressões contingenciais da história” (BITTAR, 2022, p. 229).

Não de outra forma, no pensamento de Robert Alexy, cada interpretação modifica o direito e é, com isso, um aperfeiçoamento do direito em sentido amplo. Para ele, não é possível hierarquizar os argumentos entre si, para definir previamente escolhas hermenêuticas, o que

não significa dizer que alguns argumentos não possuem primazia em abstrato, em face de outros.

A complexidade na atividade do raciocínio jurídico que conduz a decisões jurídicas movimenta a Teoria do Direito a ponto de discutir sobre os modelos-ideias de juiz. Tais modelos servem como paradigmas à atuação judicial, em que o predomínio de determinado modelo teórico. Os principais modelos podem ser indicados a seguir:

1) Modelo do juiz-positivista: exerce a função decisória com base no formalismo e apego à letra da lei, sendo seu recurso a interpretação literal. Não há espaço para a criatividade e inovação judicial. Esta tradição se formou a partir do positivismo derivado da Escola da Exegese, no século XIX;

2) Modelo do juiz-voluntarista: a investidura no cargo é condição suficiente para a emissão de juízos judiciais, sendo a vontade unilateral do detentor do poder-de-decidir. Hans Kelsen, a partir do conceito de interpretação autêntica, exprime esta visão;

3) Modelo do juiz-prudente: a atuação judicial demanda virtudes da razão prática para se realizar. Atividade do juiz guiada pela equidade, considerando a especificidade dos casos ante a generalidade dos textos legais. Chaïm Perelman destaca as qualidades do raciocínio jurídico na atividade judicante, em sua proximidade com a ética e com a retórica.

4) Modelo do juiz-Hércules: evoca a ideia de um juiz-modelo, dotado de uma capacidade sobre-humana. Busca atuar com sabedoria, sagacidade e paciência, sendo capaz de equilibrar interesses e valores divergentes, com igual respeito. Não pretende criar Direito novo, nem simplesmente reproduzir a lei. Esta concepção remonta ao pensamento de Ronald Dworkin;

5) Modelo do juiz-máquina: atuação nos moldes de um fordismo judiciário, atrelado à cena contemporânea de massificação da justiça. Preocupa-se com o volume de demandas e a necessidade de diminuir processos em aberto no sistema de justiça. Prioriza o caráter decisório do sistema em face do caráter qualitativo da justiça que se aplica;

6) Modelo do juiz-democrata: favorece a procedimentalização dos argumentos de justiça. A atuação mais democrática e aberta da justiça é alcançada com a qualidade dos argumentos, na inclusão dos atores afetados e na igualdade das oportunidades de fala. Este modelo remonta ao pensamento de Jürgen Habermas (BITTAR, 2022).

Independente de preferência ou maior adesão a qualquer dos modelos de atuação apresentados, tem-se que o Poder Judiciário – não importa se por seus servidores, técnicos judiciários ou juízes – tem um papel fundamental a cumprir, no sentido de colaborar para que se opere a consolidação da democracia e da cultura dos direitos humanos. Segundo Bittar (2022,

p. 233), ocorre que este mesmo Poder Judiciário enfrenta uma crise, consideradas as mais profundas pressões da sociedade de massas, e de outros inúmeros fatores, a saber:

a inafastabilidade da jurisdição; a incipiente cultura de mediação/conciliação; a recuperação democrática recente do país; a ineficiência dos demais poderes; as tremendas injustiças e clivagens sociais; o crescimento exponencial da violência, nas cidades e no campo; a legislação processual de outrora; os déficits em atendimento a direitos básicos da população; a judicialização da política; o decisionismo judiciário; a herança histórica colonial e periférica diante das demais economias do mundo, percebe-se que são inúmeros e tormentosos os desafios se forem observados ainda os fatores da escalada da violência, do crescente número de violações de direitos humanos, o aumento da sensação de insegurança social, o que apenas colabora para potencializar o número de demandas que acabam sendo recebidas pelas portas do Judiciário.

Por isso, “o desafio aos juízes(as) está dado, no sentido de empurrá-los(as) para desempenhar o papel do juiz-máquina, o que contorce e retorce todo o valor à funcionalidade-fechamento do sistema jurídico”. Diante deste quadro, é imprescindível caminhar em direção à autonomia judiciária com vistas à humanização do próprio processo, com primazia pela lógica humanista e do razoável na atividade julgadora, com apelo para a prudência e para a capacidade de adequação de plúrimos fatores (BITTAR, 2022, p. 233).

A atuação dos juízes está cercada de complicadores, sendo a razão para que o processo de aplicação do Direito envolva signos verbais e não verbais na argumentação que leva ao raciocínio jurídico. Desta forma, são evidenciados:

- a) a aparição das etapas do raciocínio jurídico que conduziram à decisão jurídica;
- b) o aumento da racionalidade justificada, fundamentada e argumentada, sujeita à correção;
- c) o aumento da transparência e da democracia;
- d) a indução do comportamento fundamentado em razões de agir;
- e) a interação com alter mediada pelo convencimento/persuasão, e não pela autoridade/poder/investidura. Essa argumentação jurídica que culmina no raciocínio jurídico é predominantemente uma argumentação institucionalidade, precedida por regras e procedimentos, diferente de uma argumentação livre.

Por isso, adverte Bittar (2022, p. 234) capaz de fornecer razões, retoricamente convincentes, mas não necessariamente logicamente vinculantes, “permitindo-se, desta forma, equipar a ação discursiva no contexto da troca simbólica dos espaços de justiça com os elementos que haverão de influenciar e alterar os resultados de uma decisão jurídica”.

O Direito deriva do raciocínio jurídico argumentativo e evita com isso um desfileiro de descontrolo, irracionalidade, inverdades travestidas retoricamente, o uso de argumentos



absurdos, falsos, inverdades, contradições insustentáveis, palavras sem sentido. E isso em função de dois postulados fundamentais do raciocínio jurídico, quais sejam: 1) Tudo que é dito, pode ser contradito; 2) Tudo que é dito, tem de ser provado.

Estes dois postulados constroem as versões irreais sobre a verdade jurídica e o resultado da causa, dentro do quadro do ritual de justiça, pois compreendidos na argumentação jurídica que é apenas uma dimensão da argumentação geral, a qual tem seus parâmetros delimitados pelas regras da argumentação geral, que não podem ser desprezadas, pois determinam e pressionam a conformação do que se diz e do que se faz-com-palavras através dos atos discursivos da argumentação jurídica.

Assim, no campo da argumentação jurídica, ainda que caiba a invocação de vários tipos de argumentos, existem algumas regras e limites, especialmente em razão do contraditório e do dissenso judicial. Cabe se atentar a onze aspectos:

1.perfil do processo: Judiciário (Trabalhista; Cível; Criminal); Administrativo; Assemblear (Participativo/ Deliberativo);

2.auditório ao qual se reporta: juiz monocrático; parlamentares; turma do Tribunal; órgão colegiado; servidor público;

3.campo de argumentação: área do direito (penal, tributário, trabalhista) e a especificidade de regras que governam o microuniverso-de-discurso;

4.valores envolvidos na decisão: liberdade; igualdade; honra; vida; saúde; trabalho;

5.técnica legislativa adotada na textualização da norma jurídica: em caso de norma contendo palavras abertas e ambíguas, a margem de manobra do intérprete é maior do que aquela encontrada numa norma técnica e rigorosamente fechada no uso da linguagem jurídica;

6.estado de desenvolvimento da legislação da área: se mais recente e inacabada, se mais consolidada e desenvolvida;

7.estado da arte (história, tradição, cultura, instituição) da aplicação do Direito: das linhas de jurisprudência; da opinião majoritária dos tribunais; dos precedentes judiciais existentes;

8.força irradiada pelos princípios constitucionais sobre o ramo: se há princípios constitucionais explicitados e elevados à hierarquia maior do sistema jurídico para sobre determinarem o sentido da aplicação das regras jurídicas do ramo do Direito;

9.especificidade do caso e injunções sociais do momento de decidir: as condições irrepetíveis do caso concreto determinam a forma com a qual a solução jurídica se expressa, sendo relevante considerar as condições históricas da decisão jurídica;

10.papel actancial de discurso assumido pelo ator jurídico: é relevante considerar em que posição de discurso se encontra aquele que exerce a argumentação, pois os argumentos variarão de acordo com o papel institucional a ser exercido dentro do sistema jurídico e considerando a investidura específica de sua atuação;

11.conjunto das provas trazidas ao processo: é determinante a consistência do quadro probatório e das informações recolhidas no processo, para que o resultado seja capaz de retratar e espelhar a melhor solução possível ao caso concreto (BITTAR, 2022).

Assim como o ato de argumentar requer reflexão, o ato de interpretar implica um momento para refletir sobre o texto e atribuir sentido à escrita, considerado o contexto e a visão do intérprete, sopesando os fatos, os direitos e deveres envolvidos, a incidência de valores e princípios e a valoração das provas processuais. Desta forma, os argumentos serão, os meios de explicitação de interpretações. Por essa razão, não se considera o Direito como pronto-e-acabado, mas moldável cada vez que é interpretado e reinterpretado.

O ato de interpretar compreende modalidades de interpretação, que orientam o olhar do intérprete com foco num aspecto específico da realidade a ser interpretada e servem de guias no momento da aplicação do Direito.

Descreve Bittar (2022), que as dez principais modalidades de interpretação, são:

1 - Interpretação linguística: o olhar do intérprete repousa sobre o texto do legislador, sobre a dimensão linguística (literal; lógica; gramatical), seja semântica, seja sintática do enunciado normativo. Conceitos, uso literal das palavras, raciocínio lógico, a estrutura do texto, a textualidade semiótica, coerência lógica são o foco da observação;

2. Interpretação histórica: o intérprete se atém ao momento de produção da legislação e em sua gênese histórica. Analisa o momento histórico de edição da norma jurídica, a intenção do legislador na recuperação dos fatos que o levaram a editar a norma jurídica em sua dimensão de conjuntura histórico-política, a situação da pressão midiática ou da opinião pública em torno da norma jurídica, os debates legislativos e as discussões com a sociedade civil à época dos trabalhos preparatórios;

3. Interpretação sistêmica: o intérprete verifica as demais regras jurídicas, tomadas em seu conjunto de entorno sistêmico, e que cercam o dispositivo de lei. Essa interpretação valoriza a relação entre o Título, o Capítulo, o Item, dentro de um mesmo Código, ou ainda, a leitura de uma regra jurídica inserida dentro da lógica de todo um ramo do Direito;

4. Interpretação teleológica: o intérprete busca as finalidades contidas no texto jurídico, nos objetivos últimos da lei, na intenção geral do sistema jurídico, no papel-orientador da

instituição de justiça, ou mesmo na área do Direito e do público protegido (crianças; idosos; consumidores; trabalhadores; cidadãos; etc.);

5. Interpretação sociológica: o intérprete direciona o seu olhar para as condições reais da aplicação do texto jurídico à época da tomada de decisão jurídica. O processo hermenêutico busca a eficácia social dos direitos, as condições sociais das partes, se o delito foi cometido como fruto de prévias injustiças sociais, se a função social do Direito está sendo cumprida, se a capacidade do Estado de prover direitos e corrigir distorções do mercado está sendo efetividade;

6. Interpretação axiológica: se preocupa com os valores sociais e morais subjacentes ao texto normativo, no traçado e na definição de direitos. Vê importância no debate sobre a relevância dos valores envolvidos no debate jurídico, nas referências axiológicas fundamentais contidas nas regras jurídicas;

7. Interpretação econômica: a relação entre Direito e Economia é o foco desta análise, enfatizando-se as consequências econômicas da decisão fundada na lei. Para tanto, são utilizados dados técnicos e estatísticas, avaliações de risco econômico, análise de impacto socioeconômico e impacto de regras de regulação do mercado, verificados os efeitos microeconômicos e macroeconômicos da decisão jurídica e a inxequibilidade econômica da decisão jurídica;

8. Interpretação antropológica: o olhar se volta para questões culturais, interculturais ou multiculturais. Considera o universo cultural alheio, a análise de saberes locais e das diferenças, a pesquisa sobre as diferenças de etnia, identidade, cultura, e a preservação das tradições dos povos afetados pela decisão jurídica.

9. Interpretação política: o intérprete se interessa pela dimensão política da decisão jurídica, na fronteira entre Direito e Política. São verificadas a conjuntura política, as regras eleitorais e as disputas entre legendas partidárias, o exercício concreto dos direitos políticos e a violação dos mesmos, as ideologias em jogo em discursos políticos;

10. Interpretação técnica: se dá mediante a relação entre Direito e Técnica, ou ainda, na relação entre Direito e Ciência. Geralmente demanda laudo técnico-pericial, na apreciação de questões que possuem linguagem própria, universo próprio de regulação, e para as quais as soluções especializadas são decisivas. O processo hermenêutico valoriza os resultados dos laudos periciais (perito do juízo e peritos das partes), a opinião técnica que resulta da consulta a entidades especializadas, a participação e a opinião da comunidade científica.

Enfim, são muitos os argumentos e as modalidades de interpretação disponíveis, inexistindo entre elas uma modalidade que esteja acima das demais, sendo oportuno invocar

uma ou outra das modalidades. Elas possibilitam embasar saídas e soluções, bem como a responsabilização dos atores sociais por suas condutas, a racionalidade do processo decisório, a discussão fundada no embate argumentativo e contra argumentativo, fato que fortalece o próprio sistema jurídico.

Mesmo com a diversidade de argumentos de diferentes naturezas, é compatível com a construção da decisão jurídica o uso da subjetividade. Em proporções adequadas, essa margem discricionária de quem decide não resvala em arbitrariedade, mas possibilita humanizar as decisões, considerando os traços de personalidade dos juízes, sem que isto resvale nem no maquinismo judiciário, e nem no personalismo judiciário, de modo que preconiza Bittar (2022, p. 238), que a subjetividade é reconhecidamente compatível com o Estado Democrático de Direito porque,

enquanto exercício de sensibilidade jurídica, a humanização da justiça é um contraesforço à situação da frieza legalista. Desta forma, a pequena margem de subjetividade que cabe ser dosada com os demais elementos do sistema jurídico acaba sendo importante para compensar a excessiva objetividade da lei e da burocracia, servir de fator de humanização do Direito, para exercer uma contribuição humana ao funcionamento da ordem jurídica, para ser coordenada com o duplo grau de jurisdição e o direito de irrisignação, para ser exercida como capacidade jurisprudencial de inovação, renovação e refrigeração do direito histórico produzido pelo legislador. Porém, ainda assim, quando se fala de subjetividade todo cuidado é pouco, e, por isso, a margem de subjetividade cabível no caso concreto deve ser passível de ser apresentada na forma de interpretação judicial, por meio do uso da argumentação racional, com o hábil uso das fontes do Direito disponível, incluindo-se aí o da equidade, formas estas compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Porquanto, não se confundem os papéis de decisor e legislador, ainda que este complemente o trabalho daquele, quando se coloca na função de corrigir, atualizar, preencher ou inovar em face do direito positivo.

Ainda que questionável sob certos aspectos, o Direito representa nas sociedades modernas “um dos poucos instrumentos de preservação do mínimo ético comum, da defesa das instituições comuns, do laço de sociabilidade, do senso de justiça compartilhada, do procedimento que oportuniza a preservação da moral comum” (BITTAR, 2022, p. 241). Desse modo, o equilíbrio social, a promoção de valores socialmente relevantes, a mediação de relações conflituosas, a institucionalização de demandas e a contenção da violência e de graves injustiças dependem do Direito.

Mais do que se moldar a justiça precisa se concretizar, para tanto recorre à procedimentalização através “de instituições sociais que garantem, por meio de um sistema de discursos, argumentos, contra-argumentos, prova e avaliação/julgamento, o preenchimento

equidistante do vazio”, conferindo a implementação da responsabilidade na prática, por meio de um princípio procedimental-institucional de discurso [Pd] (BITTAR, 2022, p. 246).

Eis que Direito e (in)justiça se relacionam, mas assim como o Direito é cercado por acepções variáveis, o termo justiça também o é. Ela possui uma noção prestigiosa e confusa, razão de seu conteúdo diverso e da variabilidade de seu emprego no sistema legal contemporâneo. Ou seja, para salvaguarda de um amplo quadro de valores e fatores, a justiça se molda ao pluralismo contemporâneo.

#### 4.3 LEVANDO A SAÚDE A SÉRIO

Após o necessário detalhamento sobre a composição da reprodução assistida, é imperioso demonstrar como o direito à saúde está inerentemente implicado nas questões da infertilidade e da utilização de medicamentos e tratamentos para a reprodução humana. A importância dada à saúde nesse cenário se reflete na construção da decisão, haja vista ser o argumento inaugural da investigação.

Segundo os aspectos formais de estruturação da decisão judicial, findo o relatório, primeiro elemento do acórdão, tem início os chamados “fundamentos”, onde são elencadas as razões de fato e de direito para análise dos julgadores. Essa etapa compreende os votos dos desembargadores e permite a construção das bases lógicas para a decisão, onde se exteriorizam as razões que determinam o convencimento do órgão judicial. O embasamento legal está previsto nos arts. 489, inciso II e 943 do CPC 2015.

No acórdão em análise a sessão “fundamentos” foi inaugurada pelo voto do desembargador relator Rogério Favreto. Em seu voto robusto, com 20 páginas de sustentações, citações e referências (páginas 2/22 de 27) ele prioriza o direito o fornecimento do tratamento do médico consubstanciado no direito à saúde, como se nota:

#### **VOTO**

##### **Do fornecimento do medicamento/tratamento médico**

O direito à saúde está fundamentado na ética, no sentido de que todos têm direito à saúde assegurada pelo Estado. No Brasil, tal direito foi reconhecido pela Constituição Federal, nos seus arts. 6º e 196, como legítimo direito social fundamental do cidadão. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desta maneira, a saúde é direito social fundamental, sendo direito de todos e dever do Estado que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas. (Pg. 2 de 27)

Esse primeiro trecho extraído do voto traduz como o direito à saúde ostenta altíssimo relevo jurídico-social em nosso ordenamento jurídico, especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da Constituição da República, objeto de exaustiva interpretação pela doutrina constitucional brasileira.

Por força desse artigo é dever político-constitucional assegurar, a todos, o acesso e a proteção à saúde, de modo que o Poder Público reconheça o imperativo de solidariedade social vinculado, independente da dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

Em outras palavras, para o Ministro Celso de Mello (STA 175, Agr CE, 2010, p. 114) a proteção à saúde como típico direito de prestação positiva, vinculada ao conceito de liberdade (real ou concreta) compreende as prerrogativas constitucionais (art. 196, CF), individuais ou coletivas, que sob o fundamento de regra inscrita na própria Constituição impossibilita que o Poder Público disponha, na ânsia de sua efetivação, “de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial”.

Na redação da Lei 9.236/96, que trata e garante o planejamento familiar, percebemos a preocupação do legislador em aproximá-lo do direito à saúde, uma vez que seu conteúdo normativo diz respeito ao Estado e à prestação do serviço público de saúde.

Diante da relevância da concretização do direito à saúde que, inclusive, permeia as discussões sobre o planejamento familiar, sobretudo quando envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, é tema que, inevitavelmente, precisa ser debatido sob uma perspectiva mais ampla.

Convém advertir que a reprodução humana está expressamente vinculada ao conceito amplo de saúde, conforme se extrai da redação do art. 3º da Lei nº 9.263/96: “O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”. Portanto, respeitar o direito à reprodução humana significa respeitar o próprio direito à saúde.

O valor constitucional consagrado ao direito à saúde que se desdobra no planejamento familiar, é a razão para que o Poder Público disponibilize em seu Sistema Único de Saúde auxílio referente à reprodução assistida, isto é, a oferta das diferentes modalidades de tecnologia reprodutiva, sem exclusão da fertilização *in vitro*, eis que assim estará atendida e materializada mais uma política pública de Estado.

“Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República” (STA 175 Agr CE, 2010, p. 117). Desse modo, o Poder Público não pode se eximir da incumbência de formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Do contrário, restará configurada ofensa a bem jurídico constitucionalmente tutelado.

O caráter programático atribuído ao art. 196 da Lei Maior traduz a preocupação do constituinte, quando nomeia destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, de modo que “a organização federativa do Estado não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima”, o dever de cumprimento da própria Lei Fundamental do Estado por gesto que denota uma total irresponsabilidade governamental (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 4332/4334).

Nesse contexto, somente com a promoção e a efetivação das ações e prestações de saúde, em favor das pessoas e das comunidades, especialmente consubstanciadas em medidas preventivas e de recuperação, fundadas em políticas públicas idôneas, teremos concretamente amparado o art. 196, da Constituição da República.

Seguramente a polêmica que envolve a assistência médico-hospitalar como política de Estado prolifera em distintas instâncias de conhecimento, não seria diferente com o Poder Judiciário e a seara acadêmica, locais privilegiados no duelo entre teses antagônicas. Aduz o ilustre Ministro Gilmar Mendes (STA 175 Agr CE, 2010, p. 78) que “tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”.

Note-se que, o efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde, embora se preocupe com a natureza prestacional desse direito, sua maior antítese reside em compatibilizar o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. Daí a dupla dimensão que caracteriza os direitos fundamentais, também o direito à saúde – tanto uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressa no postulado de proteção (*Schutzgebote*), como uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), que reflete numa proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (CANARIS, 1989).

O imperativo que reveste o direito à saúde, por força do art. 196 e seguintes da Constituição Federal, pode ser esmiuçado em seis elementos: (1) "direito de todos e (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do

risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) "às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

O exame detalhado de cada elemento se faz necessário a fim de percebermos que o sentido máximo da Lei ocorre a partir da perspectiva holística e agregadora desses componentes.

(1) direito de todos:

A norma do art. 196, da CF, consubstancia-se em norma programática ao estabelecer diretrizes a serem observadas pelo Poder Público na aplicação de direito social que se soma à força normativa da Constituição, capaz de produzir efeitos. Também é possível identificar, pela redação do referido artigo, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello (AgR-RE n. 271.286-8/RS, 2000, p. 1409) "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente", uma vez que aos entes federados cabe um dever de prestação positiva.

Para o Ministro, a essencialidade do direito à saúde é mais uma vez estampada quando o legislador constituinte qualificou as ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública (CF, art. 197), de modo que o Poder Judiciário atue de forma legítima nas hipóteses de descumprimento do mandamento constitucional em apreço, pela Administração Pública.

Reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, com o condão de criar relação jurídico obrigacional entre indivíduo e o Estado, é traço que caracteriza a dimensão individual do direito à saúde.

Não obstante, esse direito público subjetivo é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, de modo que a proteção, promoção e recuperação da saúde está diretamente vinculada à existência de uma política pública que lhes concretize.

Lembrando que o encargo governamental para aplicação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, prescinde do binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devendo "configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos" (ADPF n. 45, 2004, p. 03).

Assim, equacionar a prestação individual de saúde e o não comprometimento do funcionamento do SUS é o desafio que se impõe nas análises dos casos concretos.

(2) dever do Estado:

Para além do direito fundamental à saúde, o dispositivo constitucional deixa claro que o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) tem o dever fundamental de prestação de saúde para todos. Consoante expresso no art. 196 da CF, o Estado tem a incumbência de



desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

A redação do art. 23, II, da CF, não deixa dúvidas sobre a competência comum dos entes da Federação no quesito saúde. Ela implica na responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na manutenção da saúde, “tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde” (STA 175 Agr CE, 2010, p. 86).

Com o intuito de melhorar a qualidade e o acesso da população aos serviços de saúde, o Sistema Único de Saúde teve os serviços descentralizados e os recursos financeiros dos entes da Federação conjugados, ressaltando, ao contrário de alguns posicionamentos, a obrigação solidária e subsidiária entre eles. Complementa Gilmar Mendes (2010, p. 87) que, “as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único”.

Com o escopo de evitar incongruências desnecessárias, como as alegações de que a ação deveria ter sido proposta contra outro ente da Federação, o Poder Judiciário acompanhado pela doutrina majoritária, firmou o entendimento da competência comum entre os entes da Federação, fato que lhes responsabiliza solidariamente para responder pelas demandas de saúde.

A prestação dos serviços de saúde é responsabilidade do Estado brasileiro, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem agir de modo conjunto (num modelo de cooperação e de coordenação de ações) no cumprimento do mandamento constitucional.

Logo, para que o Estado garanta a manutenção do SUS, sistema baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde, é necessário compatibilizar a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, a captação de recursos.

Consoante o art. 195 da Constituição - do orçamento da seguridade social, financiada conjuntamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes, resultam os recursos para o financiamento do Sistema Único de Saúde. Também objetivando maior estabilidade para os recursos de saúde, foi editada a Emenda Constitucional n. 29/2000, a qual consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação.

Com vistas a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos, foram acrescentados dois novos parágrafos ao art. 198 da CF, cominando na destinação de percentuais mínimos para

a saúde pelos entes da Federação. Mas no próprio § 3º do art. 198 há a ressalva que delega à Lei Complementar estabelecer: “os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União” (BRASIL, 1988).

O art. 200 da Constituição Federal, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 (Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências) e 8.142/90 (Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS - e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências).

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

Compreende a necessidade de formulação de políticas públicas que, por meio de escolhas alocativas, concretizem o direito à saúde. As garantias médico-hospitalares mediante políticas sociais e econômicas preconizam um viés programático do direito à saúde, significa dizer que os recursos naturalmente escassos devem ser concedidos por meio de critérios distributivos, considerando suas possibilidades e adversidades: uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas ratificam a dimensão preventiva na área da saúde. Inclusive, essas ações preventivas foram resguardadas pelo art. 198, inciso II, da Constituição Federal.

(5) políticas que visem ao acesso universal igualitário:

A redação do art. 196 da Constituição reverbera o cuidado do constituinte com um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, onde a efetivação das políticas públicas se propague à população como um todo. O acesso universal igualitário, como via de mão dupla, ao mesmo tempo que reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, simultaneamente, garante a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7, IV, da Lei 8.080/90).

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

Observamos que a ineficiência quanto as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde se devem não tanto à inexistência de políticas públicas de saúde, mas, sobretudo, aos problemas de eficácia social ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

A Constituição de 1988 foi clara ao disciplinar em seu art. 6º os direitos fundamentais sociais, especialmente ao especificar o conteúdo e a forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros) desses direitos. A sua redação “não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88)”. Razão para que os direitos fundamentais sociais se qualifiquem como autênticos direitos fundamentais (STA 175 Agr CE, 2010, p. 90).

Em que pese o olhar inclusivo, abrangente e conexo do direito à saúde, crescentes controvérsias são suscitadas indagando o dispositivo constitucional e as leis relacionadas. A contenda jurídica objeto desta análise diz respeito à possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, bem como os critérios considerados para tanto. Daí a recorrente tentativa do Poder Público em suspender decisões judiciais nesse sentido, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A atuação do Judiciário se circunscreve a verificar se a prestação de saúde pleiteada pela parte foi instituída como política estatal, não excedendo competência alheia na formulação de políticas públicas, mas apenas determinando o cumprimento. No entanto, se a prestação de saúde pleiteada não integra as políticas do SUS, é imperioso que se conheça a razão da não prestação: se decorrente de omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.

Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich (2004, p. 251) “*el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y - en caso de hallar divergencias - reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia*”.

Preocupado com a devida aplicação, o legislador constituinte com o intuito de proteger o direito à saúde, qualificou a sua não-realização como situação de inconstitucionalidade (por omissão) imputável ao Poder Público, agravada pela ausência de políticas públicas consignadas pela Lei Fundamental da República, num nítido programa a ser necessariamente implementado.

Sempre que provocado, o Judiciário deverá priorizar o direito à saúde, sobretudo, se caracterizado o menosprezo do Estado com o alto significado social e irrecusável valor constitucional que reveste esse direito.

Com isso, quer-se evitar que a norma programática (art. 196, CF) não se torne mera promessa constitucional inconsequente, demonstração de total desrespeito do Poder Público com a coletividade, que, ilegitimamente, substitui o cumprimento de seu impostergável dever,

por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (ADPF n. 45/DF, 2004, p. 1409/1410).

A fundamentalidade do direito à saúde que é também sinônimo de liberdades reais ou concretas, consequência da prestação positiva do Poder Público, depende, como visto, não só de previsão, mas de efetivo compromisso das instâncias governamentais em promover, plenamente, a satisfação do comando constitucional.

A positivação dos direitos sociais, aí inserido o direito à saúde, se “traduz em estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica”, e recai, do vínculo institucional do Estado, o dever em efetivar 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 vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição” (SILVA, 2000, p. 199).

Insuficiente reconhecer, portanto, a grandeza e o alcance do direito à saúde apenas de modo formal, uma vez que dele decorre a prerrogativa jurídica que dá poder ao cidadão em exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Nesse sentido, é essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, ele seja integralmente respeitado e plenamente garantido.

E mais, com base no art. 197 da CF, o descumprimento pelos órgãos estatais das prestações de relevância pública das ações e dos serviços de saúde (seja por omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante), legitima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, pois frustrada, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social da norma constitucional.

O direito à saúde está disciplinado nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal e, extensivamente, abarca os direitos sexuais e reprodutivos, quando diz no art. 196 “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

O resguardo à saúde e, por consequência, à própria vida, é o que legitima a limitação imposta pela lei à discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cuja reduzida liberdade de escolha não pode ser exercida de modo a comprometer - com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade -, a eficácia desse direito básico de índole social. Também, para que o art. 196 da Constituição da República seja integralmente respeitado, o Poder Público deve enfrentar eventuais obstáculos à execução desse direito, como:

- a. a ineficiência administrativa, governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à o descaso saúde);
- b. a incapacidade de gerir os recursos públicos;
- c. a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde;
- d. a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais.

A interpretação do mandamento constitucional não permite dissociar, portanto, o direito à saúde do próprio direito à vida, pois como bem jurídico constitucionalmente tutelado pelo Poder Público que se traduz em políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e/ou médico-hospitalar, bem como, o direito à saúde, que além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O direito público subjetivo à saúde assegurado à generalidade das pessoas inscrito no art. 196 da CF, impõe ao Poder Público, “qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional” (RE 393.175-AgR-RS, 2006, p. 1524).

Falar da inviolabilidade do direito à saúde que, em última instância, é inviolabilidade do direito à vida, assegurados pela própria Constituição da República (art. 5. "caput" e art. 196) como direitos subjetivos inalienáveis, se constitui a prerrogativa fundamental que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, ainda que confrontados a um interesse financeiro e secundário do Estado, ou mesmo, num cenário que caiba ao julgador, diante desse dilema, decidir.

Não bastasse o dilema inicial com a dificuldade de engravidar, as pessoas que procuram a reprodução assistida como uma possível solução, se deparam com um campo assolado por aspectos contraditórios (CORRÊA; LOYOLA, 1999).

O primeiro e mais complicado aspecto é perceber a quase inexistência de tecnologias reprodutivas no setor público de saúde, realidade que se impõe e reflete uma lógica (ou ilógica) excludente com as pessoas que dispõe de menos recursos financeiros.

Outro componente limitador no cenário brasileiro é o itinerário normativo criado como política de estado para delinear os direitos reprodutivos e sexuais. Política que por meio da atuação médica foi responsável pela queda das taxas de fecundidade no país, quando da instalação de uma potente prática contraceptiva.

O discurso higienista permeou a década de 1970, ao postular a existência de uma sub-raça brasileira, consequência da pobreza e de famílias numerosas, motivo de temeridade à segurança nacional e ao desenvolvimento. Essa retórica preconceituosa (na visão atual), suscitou à sociedade brasileira da época projetos não oficiais, mas consentidos pelo poder autoritário, que estimularam esterilizações em massa no País.

É nesse contexto que surge a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar (Bemfam) no Brasil, entidade de cunho privado que desenvolvia, com o apoio do governo militar, projetos para difundir as vantagens de uma família reduzida e o uso de práticas anticonceptivas modernas, a vida, como ensina Foucault passa a ser objeto o poder estatal, nas escolhas de quem deve (ou não) ser concebido (SAMRSLA, et al., 2007, p. 48).

Na década de 1980 as críticas e os questionamentos à política restritiva para concepção ganharam visibilidade, uma vez que o movimento feminista, pioneiro nessa luta, denunciou múltiplas esterilizações injustificadas e precoces.<sup>29</sup>

Na década seguinte, o assunto continuou a ser debatido, de modo que novas denúncias de excesso e esterilizações cirúrgicas feitas de forma abusiva e descuidada da União foram publicizadas. Resumindo, foi uma política pautada na medicina higienista e na cultura de esterilização, com impactos ainda hoje.

Hoje o processo é inverso, muitas pessoas esterilizadas procuram ajuda médica para a reversão de seus quadros reprodutivos. Atualmente (para que não se repita o erro do passado), só ocorre o procedimento de esterilização se houver um processo que inclui entrevista, palestras e aconselhamento.

Samrsla et al., (2007, p. 50) “entendem que assim como houve indiferença quanto a contracepção, o mesmo ocorre agora com as pessoas que almejam a concepção pela RA, sem condições de arcar com as despesas de tratamento de infertilidade em clínicas privadas”. Pois, somente quando tratada como política pública séria, numa justa distribuição de recursos e num amplo debate público, é possível alcançar a conscientização desse problema de saúde.

Enquanto isso, como resultado dessa indiferença - da falta de gestão responsável do Estado no tocante à saúde, especialmente para viabilizar a utilização das técnicas reprodutivas no SUS - a espera para o acesso aos serviços reprodutivos tecnológicos na rede pública desestimula e limita muitas pessoas e/ou potencializa sentimentos negativos pela lentidão, pelas poucas informações preliminares e pelas incertezas que marcam esse itinerário.

---

<sup>29</sup> Em sendo: Chimamanda Ngozi ADICHIE, no que diz respeito ao perigo de uma história única; Avtar BRAH, sobre a diferença e a diferenciação; Judith BUTLER sobre os problemas de gênero; Sueli CARNEIRO que estudou sobre o gênero, raça e ascensão social e Maria Teresa CITELI, quanto aos direitos sexuais no Brasil.

Os estudos sobre a RA no Brasil descortinam um cenário carente de regulação e com uma “privatização da medicalização da fecundidade feminina”, que contribui para o acobertamento de dados sobre “efeitos colaterais de medicações, número de embriões produzidos, implantados, descartados, congelados, proporção de gestações múltiplas e condições dessas gestações” (SAMRSLA, et al., 2007, p. 48).

Por mais que se tenha conhecimento que a reprodução assistida enquanto gênero, do qual derivam diferentes técnicas, sendo a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* as principais, e que o campo das tecnologias esteja sedimentado e incorporado à prática médica já há alguns anos, convém ressaltar a inexistência de lei brasileira específica sobre o tema, situação delicada e, por vezes, controversa.

O limbo só não é maior devido às Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que estabelecem normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros.

Tem-se, portanto, que: “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, ou seja, houve um alargamento da atuação médica para além dos casos em que há impossibilidade de procriação em virtude de patologias clínicas outras (MASCARENHAS; COSTA, 2019, p. 331).

Também, devido à ausência de lei específica sobre a utilização das técnicas de RA, não raro se recorre à Lei nº 9.263/1996 para a garantia de direitos. Ela trata do planejamento familiar e garante expressamente o direito de assistência médica à concepção, conforme o “art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.”

Bem como, o “art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

E, também, o “Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (BRASIL, 1996).

Igualmente, se destacam como forma de sustentação, os mandamentos constitucionais que garantem os direitos ao planejamento familiar e à saúde. O art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo que assegura a liberdade de composição familiar reconhece

a reponsabilidade do Estado em garantir o exercício do direito, assim disposto fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

É tarefa do planejamento familiar tema de livre decisão do casal, mas cabe ao Estado a competência de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, não sendo passível que instituições oficiais ou privadas interfiram coercitivamente (BRASIL, 1988). Assim, estabelecido o pano de fundo para análise, avançamos no próximo capítulo nos argumentos mais significativos apresentados pelos julgadores no acórdão objeto de estudo.



## 5 ARGUMENTOS MAIS SIGNIFICATIVOS DOS JUÍZES

Neste capítulo serão pontuados os principais argumentos presentes nos discursos dos membros do judiciário quando do julgamento do acórdão escolhido para análise. Para tanto, a ferramenta estatística com aporte suficiente à análise textual de modo preciso e confiável se deu por meio da escolha de software específico, denominado IRAMUTEQ, o qual revela características textuais, o posicionamento e a estruturação de palavras no texto, de forma que sejam retornados indicadores e visualizações intuitivas sobre a estrutura e ambientes, e, portanto, serve de guia para vislumbrar os principais termos, argumentos, justificativas e associações de palavras.

### 5.1 ANÁLISE DE SIMILITUDE

O procedimento metodológico adotado para a pesquisa foi o estudo de caso, ancorado na análise de conteúdo, em que a atenção se volta ao exposto no texto - ao uso de figuras estratégicas de linguagem. Como suporte para a análise dos dados faz uso da ferramenta tecnológica, IRAMUTEQ é o software de análise textual escolhido, ele permite diferentes formas de análises estatísticas, como estatísticas textuais clássicas; pesquisa de especificidades de grupos; classificação hierárquica descendente; análises de similitude e nuvem de palavras.

É oportuno esclarecer que não se utilizou um roteiro rígido que tenha delimitado a pesquisa, ainda assim, sua construção se deu em quatro fases, distintas, a saber: a delimitação da unidade-caso; a coleta de dados; a seleção, análise e interpretação dos dados; e, a elaboração do relatório.

Realizada a definição do *corpus* de análise segundo os parâmetros e os objetivos do estudo, após exaustiva pesquisa e leitura de jurisprudências emanadas de diferentes tribunais, a atenção direcionou-se exclusivamente ao acórdão eleito como unidade-caso da investigação – acórdão 5005258-03.2014.4.04.7004/PR -. Momento em que a leitura inicial dos dados possibilitou atentar-se às minuciosidades do caso, formular hipóteses, elaborar indicadores (atenção ao formato do acórdão, ao uso de topicalizações, aspas, negrito, itálico, categorizações temáticas, referências à sentença de origem e à precedentes jurisprudências, etc.) como resultado de interpretações preliminares.

No itinerário para a interpretação, é chegado o momento da codificação dos dados a partir das unidades de registro, isto é, tem início a exploração do material por meio de recortes temáticos da decisão. Foram elencadas 8 (oito) unidades de registro, assim nomeadas: “ativismo

judicial”, “direito à saúde”, direito ao planejamento familiar”, “judicialização”, “lacuna legislativa”, “mínimo existencial”, “reprodução assistida” e “reserva do possível”. Os variados temas que compõem a decisão, compreendidos por palavras, frases ou parágrafos, foram os critérios para a produção das oito unidades de análises (critério semântico).

Como último passo temos a interpretação e a inferência dos dados segundo as categorizações precedentes. Ocorre a análise comparativa desse material pré-classificado, verificando os aspectos considerados semelhantes e os que foram concebidos como diferentes, além de destacar significações a partir do conteúdo expresso no texto, numa abordagem contextual.

Ainda, o uso da ferramenta tecnológica para análise textual é fator que contribui à análise como um todo, de modo que a introdução do software IRaMuTeQ nessa terceira fase é importante para a agilidade na organização dos dados e na captura de aspectos estatísticos, o seu uso permite a Análise de Similitude, Nuvem de Palavras, Método da Classificação Hierárquica Descendente (CHD), entre outras. Como resultados preliminares do uso do software já constatamos as palavras: “saúde”, “tratamento”, “estado”, “reprodução”, “humano”, “público”, “medicamento”, “direito”, etc. com maior repetição dentro do *corpus* de análise.

Por derradeiro, importante lembrar mais uma vez que, o propósito da pesquisa foi explorar situações da vida real cujos limites não estão claramente definidos, quer seja na lei – jurisprudência – doutrina – pesquisa jurídica. Para, sobretudo, preservar o caráter unitário do objeto estudado, na descrição da situação problema do contexto em que está sendo feita a investigação.

O percurso metodológico se finda com a elaboração do relatório, que se materializa nos resultados perquiridos da análise, de modo que ao final, pretende-se formular hipóteses ou sugerir o desenvolvimento de novas teorias, mas, antes e sobretudo, para ampliar o debate na medida em que explica as variáveis causais do fenômeno da reprodução assistida.

Nos capítulos que seguem, maiores detalhamentos e minuciosidades serão aprofundados, tais como a origem e os fundamentos da decisão *a quo*, questionada pelo recurso em apelo, os principais questionamentos objetos da apelação, bem como a menção de resoluções, portarias, legislação, doutrina e precedentes jurídicos que embasam os argumentos em colisão.

## 5.2 ANÁLISE DE DADOS COM O USO DE FERRAMENTA ESTATÍSTICA

Com relação à Classificação Hierárquica Descendente (CHD), o corpus geral foi constituído por um único texto, separado em 267 segmentos de texto (ST), com aproveitamento de 194 STS (72,66%). Emergiram 9.455 ocorrências (palavras, formas ou vocábulos), sendo 1.762 palavras distintas e 832 com uma única ocorrência. O conteúdo analisado foi categorizado em cinco classes: classe 1, com 45 ST (23,20%); classe 2, com 28 ST (14,43%); classe 3, com 42 ST (21,65%); classe 4, com 48 ST (24,74%) e classe 5, com 31 ST (15,98%), como se vê nas imagens a seguir:

CHD	Perfis	AFC
<b>1 Classe 1</b> 45/194 23.2%	<b>2 Classe 2</b> 28/194 14.43%	<b>3 Classe 3</b> 42/194 21.65%
	<b>4 Classe 4</b> 48/194 24.74%	<b>5 Classe 5</b> 31/194 15.98%

Figura 8 - Perfis de Classe

Resumo	Actives forms	Supplementary forms	Total	Hapax
Resumo				
Number of texts : 1				
Number of occurrences : 9455				
Number of forms : 1762				
Número de hapax : 832 (8.80%of occurrences - 47.22% of forms)				
Média de ocorrências por texto : 9455.00				

Figura 7 - Resumo Estatísticas




CHD	Perfis	AFC
 +--+--+--+--+--+--+--+		
 [i]R[a]M[u]T[e]Q] - Tue Feb 21 14:18:30 2023		
 Number of texts: 1		
Number of text segments: 267		
Number of forms: 2260		
Number of occurrences: 9455		
Número de lemas: 1762		
Number of active forms: 1518		
Número de formas suplementares: 231		
Número de formas ativas com a frequência >= 3: 508		
Média das formas por segmento: 35.411985		
Number of clusters: 5		
194 segments classified on 267 (72.66%)		
#####		
tempo : 0h 0m 14s		
#####		

Figura 6 - Dados Classificação Hierárquica Descendente - CHD

Os segmentos de textos e seus vocabulários são correlacionados, formando um esquema hierárquico de classes de vocabulário, de modo a inferir o conteúdo do corpus, nomear a classe e compreender grupos de discursos/ideias, como se observa na representação abaixo, formada por cinco classes de palavras.

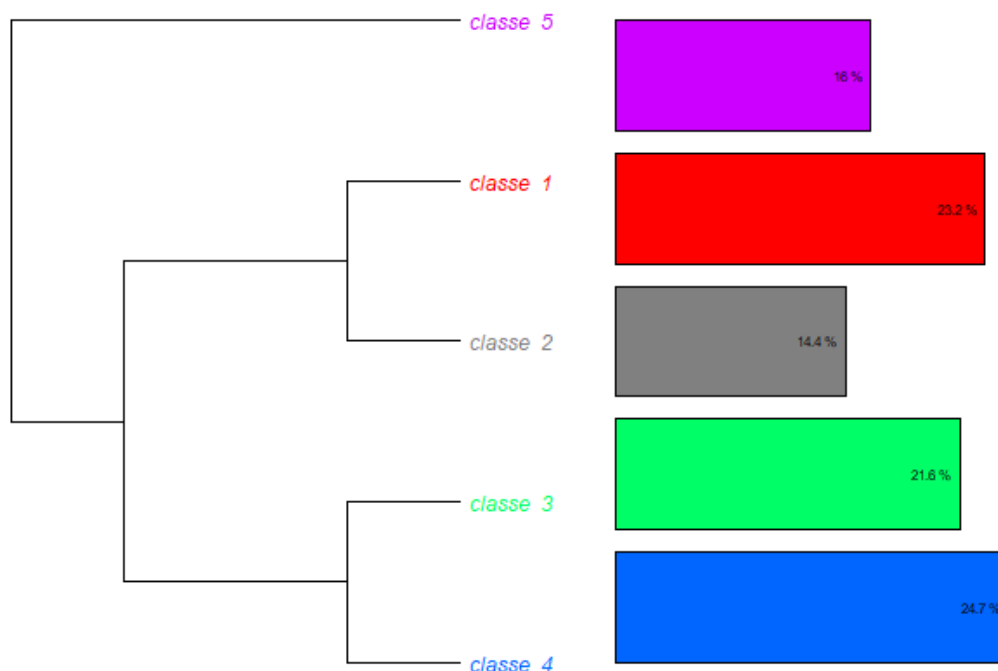


Figura 9 - Classes do CHD

Vale ressaltar que essas cinco classes se encontram divididas em três ramificações (A, B e C) do corpus total em análise. O subcorpus A, “Direito”, composto pela Classe 1 (“Atenção” e “Reprodução Humana Assistida”) e pela Classe 2 (“Planejamento” e “Familiar”) que se refere aos argumentos que embasam o voto do relator ao reafirmar o direito dos litigantes em constituírem família e terem acesso à reprodução assistida.

O subcorpus B, denominado “Dualidade”, contém os discursos correspondentes à Classe 3 (“Não” e “Sistema Único de Saúde”) e Classe 4 (“Dever” e “Necessário”), que contempla a dualidade do sistema público de saúde brasileiro, entre dispor o acesso indistinto e ilimitado a todos frente às restrições orçamentárias. No subcorpus C, “Juridiquês”, por sua vez, compreendida a Classe 5 (“Processo” e “Voto”) compreende aspectos técnicos – jurídicos/processuais – que compõem a decisão (ver Figura 9).

Já a Análise Fatorial por Correspondência (AFC), permite realizar a associação entre as palavras no texto, considerando a frequência de palavras e sua incidência nas classes, representando-as em um plano cartesiano (ver Figura 10).

De modo geral, observa-se que as palavras de todas as classes possuem alguns pontos de contato, mas, permanecem, majoritariamente, em quadrantes diferentes, próximas às extremidades, ou seja, há certa separação das classes. As palavras das Classes 1 e 2 estão mais próximas, tais como “Atenção” e “Reprodução Humana Assistida”, “Planejamento” e “Familiar”, bem como as Classes 3 e 4 “Não” e “Sistema Único de Saúde”, “Dever” e “Necessário”, em oposição as palavras da Classe 5 – “Processo” e “Voto”.

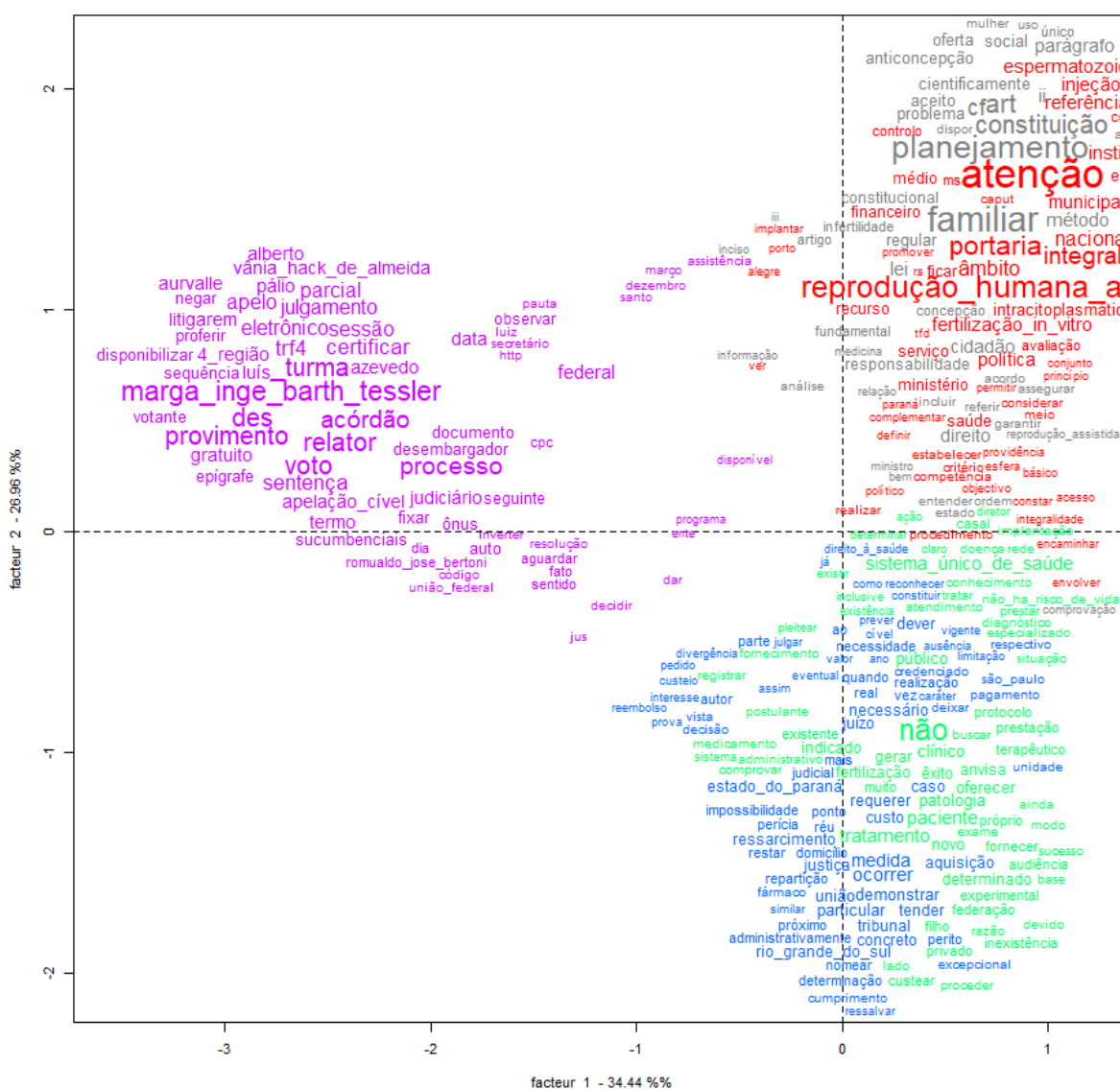


Figura 10 - Nuvem Palavras AFC



Em seguida, foi analisada a nuvem de palavras obtida por meio do discurso obtido da decisão, verificando-se que as palavras mais evocadas, assim como constatado na análise de similitude foram: “Não”, “SUS”, “Dever” “Público” e “Reprodução Humana Assistida”, mostrando que o discurso sobre a realização da reprodução humana assistida na seara pública perpassa sob diversas circunstâncias de enfrentamento, como a negativa do SUS e o dever/necessidade de realização do procedimento (ver Figura 12).

Numa interpretação comparativa com o auxílio da ferramenta estatística foi possível perceber as principais diferenças entre os votos emanados na decisão. Na análise foram elencados os dois principais votos, aqui identificados como voto 1 e voto 2, aquele proveniente do relator da decisão, desembargador Dr. Rogério Favreto e este da desembargadora que abriu divergência no posicionamento, Dra. Marga Inês Barth.

Algumas palavras foram citadas dezenas de vezes mais no voto 1 do que no voto 2, como as expressões “não”, “tratamento”, “saúde”, “sistema único de saúde”, “dever”, “estado”, “medicamento”, “necessário”, “reprodução humana assistida”, “público”, “procedimento”, “direito”, etc., em que pese o voto 1 ser extensivamente superior ao voto 2, razão para que repetições ocorram com maior frequência, fica clara a preocupação do votante 1 com o dever estatal em prover o tratamento, em detrimento das adversidades, haja vista o direito constitucional dos litigantes que está em questionamento na corte colegiada.

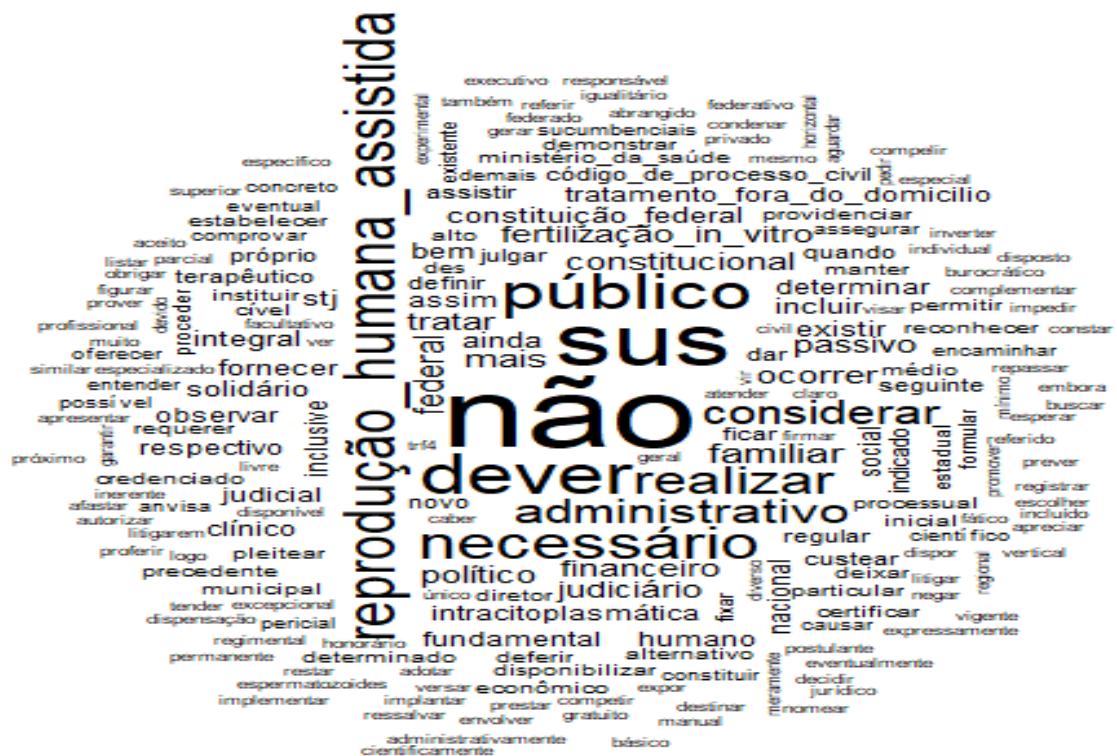


Figura 12 - Nuvem de Palavras

Pela nuvem de palavras apresentada acima é possível detectar que algumas expressões são frequentemente utilizadas durante todo o acórdão, pois da análise textual completa do julgado, palavras como “reprodução humana assistida”, “sus”, “público”, “não”, “considerar”, “realizar”, “dever”, “administrativo”, “necessário”, etc., se destacam em comparação com as demais. Assim, contextualmente, se trata de argumentos relacionados ao direito à saúde, ao dever do Estado em amparar àqueles que das tecnologias reprodutivas necessitem e do viés público que nas demandas está contido.

Tabela 1 - Análise Comparativa

palavras	*voto_1	*voto_2
Não	83	5
tratamento	73	2
Saúde	60	0
sistema_único_de_saúde	58	1
Dever	45	1
Estado	42	0
medicamento	36	3
necessário	34	0
reprodução_humana_assistida	34	1
público	32	4
procedimento	27	3
Direito	27	0
responsabilidade	20	0
fornecimento	19	3
planejamento	17	0
Serviço	17	0
necessidade	16	1
realização	16	0
política	15	2
político	15	0
Ação	15	0
constitucional	14	0
financeiro	13	0
constituição	13	0
Casal	12	1
Técnica	12	0
infertilidade	12	0
legitimidade	12	0
prestação	11	0
Valor	11	0
processo	11	1



decisão	11	0
Stj	11	0
atendimento	11	2
fertilização_in_vitro	11	2
fornecer	11	0
princípio	10	0
Lei	10	1
Cf	10	0
judiciário	8	2

Importante mencionar que o contraste entre o voto 1 e o voto 2 da tabela acima é resultado, além da oposição de perspectivas, reflete a diferença quanto ao volume de argumentação, no sentido que o primeiro voto é extensivamente superior ao segundo voto. Este muito mais enxuto e objetivo, com argumentação sintetizada.

Por fim, após toda a análise textual, é notável como os dados provenientes da aplicação do software Iramuteq ao discurso emanado da decisão permitiram acesso a critérios quantitativos, bem como à interpretação do conteúdo, de modo que similaridades e oposições foram constatadas.

### 5.3 ANÁLISE JURÍDICA

Toda procriação que por distintas causas não ocorra de modo “natural” e demande intervenção médico-tecnológica deverá ser englobada pelo planejamento familiar. Assim, compreendida o gênero reprodução assistida e as espécies que dela derivam: a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial, a gestação por substituição, a injeção intracitoplasmática etc.

O desafio tanto do Estado quanto da sociedade diz respeito à (falta de) efetividade dos direitos fundamentais, razão da crescente judicialização em prol da concretização do direito (fundamental social) à saúde. Com o aumento das demandas nesse sentido, o Estado-Juiz é provocado frequentemente a manifestar-se sobre “a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, [...] garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 12).

Tem-se por consequência a dualidade entre a designada “reserva do possível” e o chamado “mínimo existencial”, critérios materiais atrelados à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, inclusive, na esfera do direito à saúde.

Ocorre que a obtenção dessas prestações materiais, via ações judiciais, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), carecem de um equacionamento uniforme e/ou de um direcionamento das questões polêmicas, em que pese os esforços nesse sentido.

Os direitos sociais, aí incluso o direito à saúde, abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas). Portanto, além da dimensão “positiva” dos direitos sociais, que resulta da atuação positiva do Estado e da sociedade, há a dimensão negativa, o direito à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição.

A abrangência do nosso texto constitucional considera todos os direitos sociais como fundamentais, estando expressos ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante da Constituição, bem como localizados (expresso ou implicitamente) em sede de tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.

Por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF<sup>31</sup>, os direitos sociais detêm imunidade à supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional, ao passo que se sujeitam à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF<sup>32</sup> no sentido de que “a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais”, consoante às circunstâncias do caso concreto (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 17).

Assim como o contexto denuncia a falta de efetividade fática das normas constitucionais, também reflete a priorização dos direitos e a escassez de recursos, o que torna relevante a discussão em torno do mínimo existencial e da reserva do possível. Para Karina Volpe (2012, p. 121) “a ideia de mínimo existencial está relacionada às condições básicas, mínimas, que possibilitam às pessoas viverem com dignidade e isso exige prestações positivas por parte do Estado”.

Na visão de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 42), “os direitos sociais quando são tocados pelos interesses fundamentais, ou seja, em seu núcleo fundamental, formam o mínimo existencial e não há que se falar, nesse contexto, em reserva do possível”, razão pela qual devem ser exigidos. Ana Paula de Barcellos (2008, p. 282) associa o mínimo existencial a um núcleo

---

<sup>31</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>32</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

mínimo da dignidade da pessoa humana, “prioridade do Estado brasileiro, cuja violação permite que se exija judicialmente a prestação exigida”. Para ela, os direitos a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça estão vinculados a essa prestação.

Pela ausência de dicção constitucional própria, o mínimo existencial se vincula à ideia de liberdade, tornando possíveis as condições iniciais para usufruí-la. Também está contido nos princípios constitucionais da igualdade, da livre iniciativa e do devido processo legal, na Declaração dos Direitos Humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão.

A própria ideia de felicidade se coaduna ao mínimo existencial. Essa noção percorre o debate desde o período clássico na Grécia antiga, com as afirmações de Aristóteles atribuindo ao Estado garantir uma boa qualidade vida, sinônimo de felicidade, a todos os homens.

No Estado Moderno, inicialmente cabia à igreja prestar assistência aos pobres, que em contrapartida tinha direito aos dízimos eclesiásticos. O absolutismo esclarecido deu lugar à responsabilidade do Estado como garantidor do bem-estar dos súditos, “separando-se, como defendia von Justi, a felicidade eterna (*ewige Glückseligkeit*), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (*zeitliche Glückseligkeit*), objetivo do Estado” (TORRES, 1989, p. 31).

As ideias iluministas influenciaram a administração política e econômica do Brasil na época pombalina, a qual isentava o Estado de tributação do mínimo existencial, mas lhe impunha a função paternalista de garantir a felicidade geral e a assistência aos pobres.

A Inglaterra inaugura nova transição, onde os princípios do liberalismo atribuem ao Estado o dever de prestar assistência aos pobres com o produto da arrecadação de tributos e, com isso, garantir a maior felicidade possível através da “razão e do direito”.; esses princípios liberais transmigraram para o Brasil “especialmente pela influência da obra de Bentham e do seu conceito formalista de utilidade como obtenção do máximo de felicidade”, daí a correlação da questão da pobreza com as vicissitudes do princípio da felicidade que ainda hoje é lembrada (TORRES, 1989, p. 31).

Atualmente, ao contrário de um consenso a apaziguar a questão, impera verdadeiro dissenso teórico e jurídico sobre quais direitos constituem o conteúdo do mínimo existencial. Uma tendência aceitável ocorre quando o STF decide pela necessidade de implementação de determinada política pública social, desse modo apregoando o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível.

Em alusão a essa tendência, o Ministro Celso de Mello, relator da RTJ 185/794-796, tecendo considerações sobre o julgamento da ADPF/45-9, explanou em seu voto a gravidade político-jurídica devido ao descumprimento, em maior ou em menor extensão, de imposição

ditada pelo texto constitucional – oriunda de omissão estatal. Ele lembrou que “mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e, também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (STF - RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Portanto, é dever do Poder Público zelar pela licitude da atividade financeira e/ou político administrativa, impondo obstáculos artificiais no intuito “[...] fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência” (VOLPE, 2012, p. 123-124).

Nessa decisão do Ministro Celso de Mello, ficou evidente que diante da inércia ou “abusivo comportamento estatal” que comprometa a eficácia dos direitos sociais e, assim, o mínimo existencial, cabe ao Poder Judiciário atuar. Pois, a prioridade dos gastos públicos é em assegurar o mínimo existencial e, somente quando alcançado, discutir a execução de outros projetos com os recursos públicos remanescentes.

Conforme mencionado, o mínimo existencial embora não expresso, goza de garantia (implícita) de direito fundamental, parâmetro mínimo da sua efetividade, sobretudo para impedir omissões e a insuficiência de proteção e promoção por parte dos atores estatais. Para Sarlet e Figueiredo (2008, p. 42) “em outras palavras, [...] em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva”, desse modo, afastando argumentos vinculados à reserva do possível.

A tutela constitucional conferida ao mínimo existencial não isenta a sua demonstração e discussão com base em elementos probatórios, isto é, verificadas as necessidades de cada um em cada caso com relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento.

A mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra imune à contestação, passível que aquele tratamento se demonstre desnecessário, ou mesmo que exista alternativa igualmente eficiente e mais econômica, atendendo a um grupo maior de pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário. “Da mesma forma, é possível que o próprio tratamento recomendado não seja nem mesmo o melhor disponível ou o que de fato seja o menos invasivo para a própria pessoa que se pretende tutelar” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 44).

O papel do Poder Judiciário personificado na atuação do Magistrado que atua nas vestes do Estado-Juiz, quando chamado a garantir o mínimo existencial, diante do óbice orçamentário

que representa, demanda um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo, fiscalizando as provas trazidas pelas partes envolvidas, de modo a “verificar com rigor tanto a prescrição médica, quanto as alegações trazidas pelas entidades públicas a respeito da negativa da prestação, dado o comprometimento das contas públicas” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 48).

Inclusive, ao magistrado não só é permitido, como muitas vezes recomendável transpor a barreira jurídica para mensurar a eficiência e segurança dos tratamentos e medicamentos. Se temerário da extrapolação temática, nada impede que as condições técnico-científicas constantes das diretrizes sejam avaliadas por *expertises*, privilegiando uma fundamentação que respeite os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como critério para a decisão judicial.

Ainda que variável aquilo que é fundamental para uma sociedade em termos de direitos sociais, temos de convir a fundamentalidade de certos valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana. Pois, na conexão entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana reside as necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, relacionando o mínimo existencial com os direitos sociais.

Garantir uma existência digna aos indivíduos não se resume à garantia da mera sobrevivência física. A dignidade humana só é concreta numa vida com alternativas, do contrário, a impossibilidade de escolhas a reduz à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler.

Para este autor a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade” (SCHOLLER, 1980, p. 676). Tal fundamentação permite apreender a amplitude que a noção de dignidade da pessoa humana comporta, inclusive, no direito constitucional pátrio.

Dessa forma, a compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental está atrelada ao objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada, tendo o Estado e a sociedade como garantidores de condições básicas à fruição de uma vida saudável por todos e a qualquer um.

Importante perceber, segundo Sarlet e Figueiredo (2008, p. 24), “que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana”.

Portanto, a ausência de previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não tira a força dos princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput<sup>33</sup>), que a nossa Carta de 1988 elencou, com o intuito de garantir a existência digna, indistintamente.

A necessária garantia de efetividade do mínimo existencial, especialmente no que diz respeito à saúde, considerados os princípios da precaução e prevenção, pautados na observância de critérios científicos e garantias de segurança e eficácia do tratamento, privilegiam a eficácia na proteção à saúde, mediante a racionalização e otimização dos recursos públicos.

Importante “que não se confunda a necessidade de se levar a sério todas as dimensões e conexões da reserva do possível (embora sempre com reservas) com a inaceitável obstaculização da plena eficácia e efetividade do mínimo existencial, inclusive no que diz com a sua exigibilidade”, pois, incondicional, na condição de direito subjetivo originário e definitivo a prestações em matéria tão sensível como a da saúde e da vida humana.

Portanto, lembram Sarlet e Figueiredo (2008, p. 46) que, “a salvaguarda da vida é, de regra, prioritária em relação à reserva do possível, ainda que tendo por consequência (ou mesmo pressuposto) eventual comprometimento de outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários”, apurados segundo a análise do caso concreto.

A reserva do possível à luz do disposto no artigo 196 da Constituição Federal<sup>34</sup> é dever do Estado formular políticas sociais e econômicas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Mas, tendo em vista que o Sistema Único de Saúde adota os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, categoria que integra a “Medicina com base em evidências”, resta claro que um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo é avaliado com cautela.

Ainda assim, o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde é referência na gestão do SUS. Logo, gerir a pasta com eficiência e respeito ao princípio constitucional, se dá mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.

Dessa forma, como regra geral, o tratamento fornecido pelo SUS se sobrepõe à opção pretendida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (STA 175-Agr/CE, 2010, p. 95)

---

<sup>33</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

<sup>34</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No entanto, o Poder Judiciário ou a própria Administração podem fornecer medida diferente da custeada pelo SUS, observadas as razões específicas para tanto, bem como a comprovação de que o tratamento fornecido não produz efeitos para o caso. Inclusive, os protocolos existentes devem periodicamente ser revisados e/ou elaborados novos protocolos. Nas palavras do então Ministro da Saúde José Gomes Temporão (2010, p. 96) “Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial”.

Diferente é a questão que envolva tratamentos ou medicamentos não disponíveis na rede pública, quer sejam tratamentos puramente experimentais ou tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. O Estado não é obrigado a fornecer tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia), haja vista que dependem de testes laboratoriais e de pesquisas clínicas que atestem os efeitos prescritos.

Conforme o médico Paulo Hoff (2010), Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, a falta de avaliação ou aprovação a qualquer droga, não permite a sua compra em nenhum país, acesso restrito apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. Ao laboratório que realiza a pesquisa cabe fornecer continuamente o tratamento aos pacientes, ainda que finalizado o estudo clínico do qual foram participantes.

Com relação aos novos tratamentos, pendentes de testagem e de incorporação ao SUS é preciso atenção, pois o conhecimento e a *expertise* médica estão em constante desenvolvimento e, portanto, dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Além disso, como um ‘bônus’ da elaboração de Protocolos clínicos e das Diretrizes Terapêuticas tem-se uma melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, em contrapartida, o ‘ônus’ fica por conta da lentidão na aprovação de novas indicações terapêuticas, vindo a excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Não bastasse a complexidade da questão que exalta a dependência e/ou a carência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social e o entendimento de parte da doutrina que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, adstritas à formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, há uma defesa que retalha a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, argumentando uma violação ao princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Sobre a reserva do possível, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008) apontam para uma inversão hierárquica, com alcance jurídonormativo e axiológico, quando do privilégio concedido à legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e de prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais.

Eros Grau (2005, p. 125) ainda demonstra que a reserva do possível "não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob 'reserva de cofres cheios' equivaleria, na prática - como diz José Joaquim Gomes Canotilho - a nenhuma vinculação jurídica".

Eis que a governança num Estado Democrático de Direito tendo como alicerce a Constituição, impõe aos diferentes poderes, o dever de fidelidade ao regido pelo Constituinte, sobretudo em seus elementos essenciais, “que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais”.

O esforço do Estado consiste em adotar critérios distributivos para o uso consciente de seus recursos, sobretudo quando da efetivação de direitos sociais. Nessa situação, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, um valor é destinado para garantir direitos universais como a saúde, sem esquecer que valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão também são assegurados.

Diante da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais dos cidadãos, o Estado se utiliza da formulação de políticas sociais e econômicas voltadas à implementação desses direitos sociais, situação que, invariavelmente, depende de escolhas alocativas, pautadas em critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender).

As escolhas configuram-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macrojustiça. Consoante entendimento do Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 80), “a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.”.

A justiça do caso concreto (microjustiça), na hipótese de o Poder Judiciário examinar uma pretensão que demande a prestação de um direito social, consoante os parâmetros e a escassez do orçamento público, observadas as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo, impossibilitam que se cumpra a “microjustiça” em nosso país, modelo que justiça atenta às peculiaridades de cada caso.



Em decisão alusiva, consoante interpretação da microjustiça, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.

Na mesma oportunidade o STF ratificou que cada decisão é única, de modo que a natureza e as semelhanças das demandas não afastam a análise normativa caso a caso, considerando-se todos os aspectos fáticos da questão jurídica em apreço. Essa medida preventiva evita o denominado efeito multiplicador, temido pelo Poder Público.

A ementa a seguir ilustra o cenário em comento. A ADPF 45/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, (Informativo/STF nº 345/2004) exemplifica a dualidade entre a efetivação de direitos e a reserva do possível.

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’.** VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (grifo nosso).

A ementa reflete a preocupação da principal Corte brasileira em tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam - enquanto direitos de segunda geração - com as liberdades positivas, reais ou concretas.

Ocorre, no entanto, que a gradual concretização desses direitos depende das possibilidades orçamentárias do Estado. Na ocorrência da pessoa estatal alegar sua incapacidade econômico-financeira, comprovada objetivamente, lícita e legitimamente, poderá o Estado se eximir do comando fundado no texto constitucional.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello enfatiza a ilicitude contida na ação do Poder Público ao criar obstáculo artificial que revele – “manipulação de atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência” (ADPF 45/DF, Informativo/STF n. 345/2004, p. 03).

É prudente que se conclame a cláusula da reserva do possível com justo motivo objetivamente aferível, do contrário, se o Estado a empregar estrategicamente para “exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa” (STA 175 Agr CE, 2010, p. 114), estará se furtando de função de maior grandeza, qual seja, a nulificação, ou, a aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o texto se identificou a judicialização da reprodução assistida como um fenômeno crescente em nosso país. As demandas judiciais que versam sobre procedimentos tecnológicos para o auxílio, ou mesmo, concepção de bebês já ocupam um espaço considerável dos tribunais Brasil à fora. Desse modo, houve um esforço para contextualizar reprodução assistida e judicialização por meio de análise jurisprudencial, de modo a destacar a análise de conteúdo.

Percebeu-se que, muitos casais frente à inesperada infertilidade passam a conhecer um “universo à parte”, dos métodos reprodutivos tecnológicos. Até então desconhecido pela ausência de informações e/ou por ser algo distante de suas realidades. Sendo que a infertilidade de um ou de ambos os componentes do casal é a maior causa de procura pelas técnicas reprodutivas.

Ocorre que, ao se depararem com essa situação inesperada e, muitas vezes frustrante, quando decidem pelo filho biológico, somado ao alto custo financeiro dos procedimentos e medicamentos pela rede privada, é o que motiva inúmeros casais a recorrerem ao Sistema Único de Saúde (SUS) em nosso país, como meio de acessarem as técnicas de reprodução humana.

No entanto, o cenário que encontram revela a ausência de hospitais públicos que ofereçam serviços de reprodução assistida e, dos que oferecem, a maioria se localiza nas capitais dos estados, com as inscrições suspensas ou com filas de espera que se prolongam por anos.

Frente a mais esta dificuldade imposta, muitos casais não encontram outro meio que não recorrer ao sistema Judiciário. Não incomuns os pedidos nos pleitos jurídicos que imputam ao Poder Público, em regra, via Sistema Único de Saúde (SUS) e, excepcionalmente, via particular, a arcar com os onerosos custos do uso das técnicas reprodutivas.

Nesse sentido, a seara jurídica enfrenta um debate interdisciplinar, o Direito por si só não comporta todo a complexidade que a questão fomenta, assim, muitos atores são envolvidos e deles derivam múltiplos argumentos, o que reforça o ímpeto de avaliar e interpretar os argumentos retóricos que compõem a divergência jurídica.

O confronto de argumentos se aprofunda não só pela relação entre Direito, Biologia, Medicina, etc., mas pela falta de legislação específica sobre a reprodução assistida, razão que propicia a judicialização e, promove distintos posicionamentos dos magistrados que, conseqüentemente, resultam em distintas decisões. A polêmica jurídica nessas situações deriva tanto da discussão interdisciplinar, em que o Direito é insuficiente para o debate, como também,

da lacuna legislativa, em que inexistente lei que direcione, ou, mesmo oriente como proceder e/ou decidir.

Foi flagrante a sustentação que menciona uma inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, poderes tradicionalmente responsáveis por políticas públicas, cabendo, em última instância, ao Poder Judiciário decidir sobre questões sociais e políticas, razão da chamada judicialização. A judicialização da saúde é, pois, tema controverso e polêmico, pois impreciso na resolução e na causa.

As demandas judiciais que imputam ao Ente Público custear os tratamentos de reprodução humana assistida carecem de embasamento jurídico específico, haja vista que o Estado brasileiro não conta com legislação própria, a chamada lacuna legislativa. Disso resulta um cenário brasileiro disforme, onde as decisões são amparadas em resoluções e/ou portarias, não incomum, portanto, que os tribunais e os magistrados diverjam em suas posições.

A dissonância de posições para além de subjetividades se materializa nas decisões judiciais, reflexo do crescente aumento de pedidos que tramitam no Poder Judiciário a fim de que as técnicas reprodutivas tecnológicas sejam custeadas pelo Poder Público, bem como pela complexidade da matéria a ser apreciada que se esgueira do “juridiquês”, como também, pela falta de rigor legal para a condução das demandas.

Esse cenário de imprevisibilidade, incerteza e insegurança (jurídica) que emanam da divergência jurídica sobre a concepção, legitimam a instauração de um verdadeiro “cabo de guerra” argumentativo nos Tribunais brasileiros.

Por isso da escolha para análise da Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR, julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual retrata os argumentos retóricos que emanam da divergência jurídica sobre o percurso da reprodução assistida e tornou possível a análise de conteúdo sobre as justificativas dissonantes. Haja vista que durante o julgamento do recurso ocorreu divergência nos votos dos desembargadores. A 3ª turma composta por 5 (cinco) desembargadores, julgou o recurso citado, sendo as apreciações de 2 (dois) desembargadores diversos dos outros 3 (três), daí o “placar” final de 2x3, acolhendo as razões da apelação. Esse fato denota o já citado antagonismo de entendimentos que permeia todo o Judiciário brasileiro frente a essa questão.

Pelo exposto nas sessões, nos votos e nos julgamentos fica claro os diferentes discursos jurídicos e políticos dos desembargadores, num constante movimento de aproximação e atrito entre a temática da reprodução assistida e o judiciário brasileiro. Desse modo, foi determinante o auxílio da análise de conteúdo, bem como da utilização do software de análise textual

“IRaMuTeQ”, facilitador para a própria análise de conteúdo e na captação de aspectos quantitativos presentes na coleta de dados.

Desse cenário apinhado pelo dissenso nas decisões, onde a rejeição ou o acolhimento do pleito depende do entendimento do magistrado, tem-se a presença de justificativas que respaldam o direito à reprodução assistida como fundamental e outras que não reconhecem os direitos reprodutivos como constitucionalmente amparados. Portanto, necessário evidenciar os principais argumentos encontrados durante os votos dos desembargadores e que, por extensão, refletem o embate discursivo quando da discussão da reprodução assistida em sede jurídica.

O não enquadramento da reprodução assistida no direito fundamental à saúde, sob o argumento que a concepção de um filho, ou a ausência de gestação não implica em ausência de saúde; sob esta ótica, a reprodução assistida só será considerada parte integrante do direito fundamental à saúde, se atrelada a um problema de saúde de cunho reprodutivo, haja vista que no Brasil não há lei que regulamente a realização da reprodução assistida, apenas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), como a atual Resolução 2.294/2021, que abre muito o leque de possibilidades de quando e quem pode recorrer à mesma.

Foi citada a questão da reserva do possível, em que se prioriza argumentativa (ao menos), a dificuldade orçamentária do Estado, alertando, sobretudo, para a desigualdade estatal em beneficiar alguns poucos em detrimento de toda a coletividade; o dissenso na medida em que é constitutivo da própria existência do direito que, no caso de países como o Brasil, esbarra também na burocracia, no poder econômico e na compreensão e acesso aos direitos básicos. É a razão de ser da negativa justificada sob o argumento da “reserva do possível”, que se traduz na ausência de recursos públicos para arcar com os custos dos métodos de reprodução assistida, bem como garantir o procedimento de forma gratuita sem prejuízo à coletividade. Essa realidade torna-se ainda mais delicada pois, aparentemente, sem solução imediata, fato que gera enorme ansiedade e insegurança jurídica para os autores das ações judiciais.

De outro giro, foi possível perceber um discurso que insere a infertilidade num amplo conceito de doença formulado pela Organização Mundial de Saúde; como também da redação da Constituição Federal de 1988, se extrai que o direito à saúde se expressa numa extensa categoria – prestação, promoção e prevenção – compreendendo a reprodução assistida; o direito fundamental à saúde está previsto entre os artigos 196 e 200 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e se traduz como um direito de todos e dever do Estado.

Outro embasamento utilizado se refere ao direito ao livre planejamento familiar, constitucionalmente previsto que implica no direito à saúde reprodutiva, implicitamente abarcado no direito fundamental à saúde. Ambos considerados direitos humanos fundamentais,

positivados no ordenamento jurídico pátrio através das reivindicações da coletividade, frutos do contexto histórico, político e econômico em que se inserem. Como vincula direitos reprodutivos e saúde, diz respeito à liberdade reprodutiva materializada na decisão individual sobre o uso de métodos contraceptivos e conceptivos, isto é, ter ou não filhos, quantos filhos e em qual intervalo de tempo.



## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTS, C. **Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles**. Madri: Trotta, 2004.

ADICHIE, C. N. **O perigo de uma história única**. Companhia das Letras: 2019.

AGUIAR JUNIOR, R. R. de. Interpretação. **AJURIS**, v. 16, n. 45, pp. 7-20, mar. 1989.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA NETO, M. C. de. Jurisdição e a Supremacia das Normas Constitucionais. **Caderno Virtual**, Brasília, DF, v. 1, n. 17, jan./mar., 2008.

ALVES, D.A. M. B. ET AL. Mudanças legais no processo de esterilização feminina: os novos dilemas éticos envolvendo a laqueadura. **Revista Bioética Cremego**. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás, Goiânia, GO, v. 4, n. 2, semestral, 2022, p. 20-23.

ANZALDÚA, G. “Falando em línguas: uma carta para as mulheres escritoras do Terceiro Mundo”. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, SC, v. 8, n. 1, 2000, p. 229-236.

\_\_\_\_\_. “La conciencia de la mestiza / Rumo a uma nova consciência”. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, SC, v. 13, n. 3, 2005, p. 704-719.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Peçanha. – São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ARISTÓTELES. **Poética**. In: Aristóteles; Horácio; Longino. *A poética clássica*. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 17-52.

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**. Disponível em <<https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e-buscar-o-tratamento-adequado/https://sbra.com.br/fertilidade-o-tempo-nao-para/>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BARBOSA, R. M. Relações de gênero, infertilidade e novas tecnologias reprodutivas. **Revista Estudos Feministas**, ano 8, nº 1, p. 212-228, 2000.

BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais** – O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

\_\_\_\_\_. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2004.

\_\_\_\_\_. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUER, M. W.; GASKELL, G. (Org.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BEUREN, I. M. **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTAR, E. C. B. **Introdução ao Estudo do Direito**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3ª edição). Editora Saraiva, 2022.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOGDAN, R. C.; BIKLEN, S. K. **Investigação qualitativa em educação: uma introdução à teoria e aos métodos**. Porto (Portugal): Porto Editora, 1994.

BRAH, A. “Diferença, diversidade, diferenciação”. In: **Cadernos Pagu**, n. 26, 2006, p. 239-276.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.080/1990, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.263/1996, de 12 de janeiro de 1996. Institui o Planejamento Familiar. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário AgR-RE n. 271.286-8/RS**. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Brasília. 12 set. 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1484-DF**. Relator Celso de Mello, Brasília. 21 ago. 2001.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n. 45/DF**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário AgR-RE n. 393.175/RS**. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Brasília, 12 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará. STA175-Agr/CE**. Tribunal Pleno. Relator: Gilmar Mendes, 17 mar. 2010, p. 70-141.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5005258-03.2014.4.04.7004/PR**. Terceira Turma. Relator: Rogério Favreto, 07 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.794.629 – SP (2019/0027170-6)**. Terceira Turma. Relator: Moura Ribeiro, 18 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.443/2022, de 02 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 set. 2022. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Lei/L14443.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14443.htm#art4)>. Acesso em: 23 out. 2023.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CALABRESI, G. ; BOBBITT, P. **Tragic Choices**, New York : W. W. Norton & Company, 1978.

CAMARGO, B. V.; JUSTO, A. M. IRAMUTEQ: Um Software Gratuito para Análise de Dados Textuais. **Temas em Psicologia**, v. 21, n. 2, 2013, p. 513-518.

CAMPOS, C. J. G. Método de Análise de Conteúdo: ferramenta para a análise de dados qualitativos no campo da saúde. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília/DF, v. 57 n. 5, set./out. 2004, p. 611-6144.

CAMPOS, J. M. de. Processo Decisório - Lógica Jurídica Decisional. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.** - Belo Horizonte, 29 (59): 63-69, Jan./Jun.99.

CANARIS, C. W. **Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts**, Juristische Schulung, 1989, p. 161.

CANOTILHO, J. J. G. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1, São Paulo: RT, Coimbra, 2007.

CARDIN, V. S. G.; ROSA, L. C. B. Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida. In: **Revista Brasileira de Direito e Biotecnologia**. Salvador, v. 8, n. 12, p.147-165, jan./abr. 2013.

CAREGNATO, R. C. A.; MUTTI, R. Pesquisa Qualitativa: análise de discurso *versus* análise de conteúdo. **Texto & Contexto - Enfermagem**. Florianópolis, v. 15 n.4 out./dez., 2006, p. 679-684.

CARNEIRO, S. Gênero, raça e ascensão social. In: **Revista de Estudos feministas**, v. 3, n. 2, 1995, p. 544-552.

CERVO, A. L., BERVIAN, P. A. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CESAR, A. M. R. V. C.; ANTUNES, M. T. P.; VIDAL, P. Método do estudo de caso em pesquisas da área de contabilidade: uma comparação do seu rigor metodológico em publicações nacionais e internacionais. **Revista de Informação Contábil**, v. 4, n. 4, 2010, p. 42-64.

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais**. Petrópolis: Vozes, 2006.

CITELI, M. T. **A pesquisa sobre sexualidade e direitos sexuais no Brasil (1990-2002): revisão crítica**. Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos; Instituto de Medicina Social, IMS/UERJ, 2005.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2º edição, São Paulo: RT, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.294, de 15 de junho de 2021**. Brasília, DF, 15 jun. 2021. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>>. Acesso em: 10 maio 2022.

CORDEIRO, A. C. A Supremacia e a Defesa da Constituição Federal no Estado Constitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 7, n. 1, Natal, RN, 2014.

CORRÊA, M. V.; LOYOLA, M. A. Novas Tecnologias Reprodutivas. **Physis: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 9(1): 209-234, 1999.

COSTA PINTO, A. R. de. **Mudanças relevantes na Lei do Planejamento Familiar, especialmente para mulheres**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-set-29/costa-pinto-mudancas-relevantes-lei-14443>>. Acesso em 23 de out. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição de 1988** vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária.

CUNHA JR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUNHA JÚNIOR, D. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DUFNER, S. K. C. Reprodução assistida homóloga *post mortem* e a colisão da dignidade humana. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 22, n. 86, p. 149/163, jan./mar. 2014.

DWORKIN, R. Direito, Filosofia e Interpretação. **Rev. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, MG, v. 3, n. 5, jan./jul., 1997, p. 27-71.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Marin Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Obra aberta** (1962). São Paulo: Perspectiva, 1968.

\_\_\_\_\_. **Il nome della rosa**. 2. ed. Milano: Bompiani, 1980.

\_\_\_\_\_. **Tratado geral de semiótica** (1975). São Paulo: Perspectiva, 1980.

\_\_\_\_\_. **Leitura do texto literário: lector in fabula** (1979). Tradução: Mário Brito. Lisboa: Presença, 1983.

\_\_\_\_\_. **Os limites da interpretação** (1990). Tradução: Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e superinterpretação** (1992). Tradução: MF. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

FATIMA, R. de; PASCHOAL, R. V. **Semiótica**. Disponível em: <<http://www.avaad.ufsc.br/moodle/mod/hiperbook/view.php?id=3401&navigationnum=1&grupid=0>>. Acesso em: 27 set. 2023.

FERRAZZO, D. FIAMONCINI, D. R. Raciocínio Jurídico E Justificação De Decisões Judiciais: Aspectos Da Hermenêutica Jurídica Ocidental. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, RS, v. 15, n. 36, p. 39-66 | maio/agos. 2020.

FLICK, U. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FLORES, A. de J. Algumas reflexões sobre o método de estudo de casos no direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2011, p. 815-823.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1975.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1976.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRISCHEISEN, L. C. F. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAMA, G. C. N. da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1995.

\_\_\_\_\_. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GODOY, A. S. Estudo de caso qualitativo. In: GODOI, C. K.; MELLO, R. B. de; SILVA, A. B. da. (Org.). **Pesquisa qualitativa em estudos organizacionais: paradigmas, estratégias e métodos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODOY, M. G de. **Constitucionalismo e democracia. Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 1º edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, P. H. M.; VIEGAS, C.M.A.R. **As Intervenções Do Estado Ao Livre Planejamento Familiar E As Violações A Garantias Fundamentais**. RUNA – Repositório Universitário da Ânima. Universidade São Judas Tadeu – unidade Butantã, 2022, 26p.

GOODE, W. J.; HATT, P. K. **Métodos em pesquisa social**. 5a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1979.

GRAU, E. R. Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes ; MORAES, Filomeno (Coord.), **Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUASTINI, R. Interpretare e argomentare. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39; ver também: ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**. n. 29, p. 181-204, 2013. p. 190-191.

GUASTINI, R. Interpretar y argumentar. Madrid: **Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**, 2014.

HEIDEMANN, S.C.F. **Foram dois, “voltamos em cinco”: família e reprodução assistida em Marechal Cândido Rondon**, 2018. Dissertação de Mestrado, Foz do Iguaçu: Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Foz do Iguaçu.

HESSE, K. **A força Normativa da Constituição**. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre, 1991.

HIRONAKA, G. M. F. N. A incessante travessia dos tempos e a renovação de paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, SP, v. 101, jan./dez. 2006, p. 153-167.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1999.

ILARI, R. **Semântica**. Disponível em: <<https://www.ceale.fae.ufmg.br/glossarioceale/verbetes/semantica>>. Acesso em: 27 set. 2023.

JUSBRASIL. **A supremacia da Carta Magna na pirâmide normativa, suas características e o Instrumento de controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-supremacia-da-carta-magna-na-piramide-normativa-suas-caracteristicas-e-o-instrumento-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/627409781>>. Acesso em: 25 out. 2023.

\_\_\_\_\_. **A Força Normativa e Supremacia da Constituição**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-forca-normativa-e-supremacia-da-constituicao/190252884>>. Acesso em: 25 out. 2023.

\_\_\_\_\_. **Aplicação da Jurisprudência em Relação às Normas Positivadas e à Luz da Pirâmide de Kelsen**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/aplicacao-da-jurisprudencia-em-relacao-as-normas-positivadas-e-a-luz-da-piramide-de-kelsen/1933824784>>. Acesso em: 25 out. 2023.

JUSTIÇA FEDERAL – TRF4. **Competência e Organização do TRF da 4ª Região**. Disponível em:

<[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1&seq=1%7C327](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1&seq=1%7C327)>. Acesso em: 16 jun. 2022.

KARAM, H. Direito E Literatura Em Sua Articulação Teórica: Contribuições De Umberto Eco À Hermenêutica Jurídica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 17, n. 3, 2022.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. trad. Dr. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **O que é Justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito** (1960). 2. ed. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOCHEM, R. Racionalidade e decisão - A fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. **Revista De Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 244, jun. 2015.

LIMA, J. P. C.; ANTUNES, M. T. P.; MENDONÇA NETO, O. R. de; PELEIAS, I. R. Estudos de caso e sua aplicação: proposta de um esquema teórico para pesquisas no campo da contabilidade. **RCO - Revista de Contabilidade e Organizações**, Ribeirão Preto, SP, v. 6, n. 14, jan./abr. 2012, p. 127-144.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Ariel: Barcelona, 1983.

LORD, L. J. D. Análise do discurso político: um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal **Letras**, Santa Maria, v. 28, n. 56, p. 283-302, jan./jun. 2018.

LÜDKE M.; ANDRÉ, M. E. D. A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: EPU, 1986.

MACHADO, I.; ROMANINI, V. Semiótica da comunicação: da semiose da natureza à cultura. **Revista FAMECOS**. Porto Alegre. v. 17 n. 2. maio/ago. 2010, p. 89 – 97.

MARTINS, G. de A. Estudo de caso: uma reflexão sobre a aplicabilidade em pesquisas no Brasil. **RCO – Revista de Contabilidade e Organizações – FEARP/USP**, v. 2, n. 2, jan./abr. 2008, p. 8-18.

MASCARENHAS I. de L; COSTA A. P. C. A da. Fertilização *in vitro* e o direito ao planejamento familiar: a ilegalidade do Enunciado 20 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e a teoria da captura aplicada à ANS. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 121. ano 28. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2019, p. 323-345.

MENDES, G. F. Em Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A Força Normativa Da Constituição. Universidade de Freiburg. 1959.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

MENDES, R. M.; MISKULIN, R. G. S. A análise de conteúdo como uma metodologia. **Cadernos de pesquisa**. v. 47, n. 165, jul./set. 2017, p. 1044-1066.

MINAYO, M. C. de S. Ciência, técnica e arte: o desafio da pesquisa social. In: MINAYO, M. C. de S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2000.

MPF. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **PGR reforça inconstitucionalidade de dispositivo da Lei de Planejamento Familiar que restringe esterilização voluntária**. Disponível em: < <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr-pgr->

reforca-inconstitucionalidade-de-dispositivo-da-lei-do-planejamento-familiar-que-restringe-esterilizacao-voluntaria>. Acesso em: 23 de out. 2023.

MONEBHURRUN, N.; VARELLA, M. D. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 3, n. 2, dez. 2013, p. 423-443.

MOUFFE, C. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política & Sociedade**. Florianópolis, v.2, n.3, p.11-26, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plano de Ação do Cairo**. Versão não oficial em português. Cairo, Egito, 5 a 13 set. 1994. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2022.

NEVES, F. **Semântica**. Disponível em: <<https://www.normaculta.com.br/tudo-sobre-semantica/>>. Acesso em: 26 set. 2023.

NERY FERRARI, R. M. M. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5º edição. São Paulo: RT, 2004.

NOVAES, T. O. S. **Os Filhos da Técnica: a reprodução assistida e o futuro do humano informacional**. 1. ed. v. 1. Curitiba: Appris, 2017.

PAIVA, B. M.; MARTINS, G. R. A modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade: Um estudo à luz da estrutura das normas. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior – Vianna Sapiens**, v. 8, n. 1, Juiz de Fora, MG, jan./jun., 2017.

PÊCHEUX, M. **Les verités de la Palice**. Tradução de Eni Orlandi et al. Semântica e Discurso: uma crítica a afirmação do óbvio. Campinas: Edunicamp, 1995. 317 p. Edição original :1975.

\_\_\_\_\_. L'étrange miroir de l'Analyse du Discours. **Langages**, Paris, n. 62, p. 5-8, juin. 1981.

\_\_\_\_\_. **Discours** : structure ou événement? Tradução de Eni Orlandi. O discurso: estrutura ou acontecimento. Campinas: Pontes, 1990. 68 p. Edição Original: 1983a.

\_\_\_\_\_. **O discurso**: estrutura ou acontecimento. Campinas: Pontes, 1990.

PEDRO, C. B. ET AL. Fatores relacionados ao planejamento familiar em região de fronteira. **Escola Anna Nery – Revista de Enfermagem**. Rio de Janeiro, RJ, v. 25, n. 3, 2021, p. 1-8.

PINTO, C. R. J. Elementos para uma análise do discurso político. **Revista Barbarói**. Santa Cruz do Sul, n. 24, p. 78-109, 2006.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, M. A.; EVANGELISTA, D. R. Qualidade em planejamento reprodutivo. Um olhar para o processo. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v. 6, n.3, maio/jun., 2023, p. 10406-10420.

ROSE, N. **A política da própria vida**: biomedicina, poder e subjetividade no século XXI. São Paulo: Paulus, 2013.

RUDIO, F. V. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

SAMRSLA, M. et al. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – Estudo bioético. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, 53(1): 47-52, 2007.

SANTOS, F. M. dos. Análise de conteúdo: a visão de Laurence Bardin. **Revista Eletrônica de Educação**. São Carlos, SP: UFSCar, v. 6, n. 1, mai. 2012, p. 383-387.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: **Revista Interesse Público**. Porto Alegre. v. 12, p. 91-107, 2001.

\_\_\_\_\_.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SCHMAELTER, M. M. **Semiótica**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/filosofia/semiotica/>> . Acesso em: 27 set. 2023.

SCHOLLER, H. Die Störung des Urlaubsgenusses eines 'empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten, in: **Juristenzeitung (JZ)** 1980.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. v. 1. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, F. P. da; SARGENTINI, V. M. O. Análise de Discurso Político e a Política da Análise de Discurso (L'analyse de Discours Politique et la Politique de l'Analyse de Discours). **Estudos da Língua(gem)**, Vitória da Conquista, BA, v. 1, n. 1, p. 83-90, 2005.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, R. B. T. da. **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, A. H.; FOSSÁ, M. I. T. Análise de Conteúdo: Exemplo de Aplicação da Técnica para Análise de Dados Qualitativos. **IV Encontro de Ensino e Pesquisa em Administração e Contabilidade**. Brasília/DF, 3 a 5 de novembro de 2013.



SOMBRA, T. L. S. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito FGV**. São Paulo, vol. 13, n. 1, p. 236-273, 2017.

SOUZA, V. R. S.; CALDAS, M. S. C. G. A construção teórica dos direitos reprodutivos e as técnicas de reprodução assistida: acesso e efetividade via Poder Judiciário. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre, v. 2, n. 11, mar./abr. 2016, p. 24-48.

SOUSA, J. R. de; SANTOS, S. C. M. dos. Análise de conteúdo em pesquisa qualitativa: modo de pensar e de fazer. **Pesquisa e Debate em Educação**, Juiz de Fora: UFJF, v. 10, n. 2, jul./dez. 2020, p. 1396-1416.

STAKE, R. E. Case Studies. In: Denzin N. K, Lincoln T. **Handbook of Qualitative Research**. London: Sage; 2000.

\_\_\_\_\_. Case Studies. In: Denzin, N. K.; Lincoln, T. **Handbook of Qualitative Research**. London: Sage, 2005.

STOLCKE, V. New Reproductive technologies: the old quest for father hood, **Reproductive and Genetic Engineering**, n. 1, New York, p. 5-19, 1988.

STRECK, Lenio. Voluntas legis versus voluntas legislatoris. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 7, v. 25, p. 151-169, 2013.

TASSIGNY, M. M.; FREIRE, C. M. C. de B. P.; NOTTINGHAM, A. de B.; KARAM, A. M. S. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**. Recife, v. 88, n. 1, jan./jun. 2016, p. 39-57.

TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, Vol. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TOLLER, F. M. Origens históricas da educação jurídica com o método do caso. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2006, p. 98-133.

TONIN, C. M. **SEMIÓTICA E EDUCAÇÃO, INTRÍNSECAS RELAÇÕES**. 13º ENCITEC – Criar Inovar Empreender, 2017. Disponível em: <[https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/encitec/20171024-155320\\_arquivo.pdf](https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/encitec/20171024-155320_arquivo.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2023.

TORRES, R. L. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, n. 3, jul./set., 1989, p. 29-49.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOYODA, H. Da Modulação dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade: a virtude romana como referência para a preservação dos direitos do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, n. 92, p.195-229, jul./set. 2015.

TRINDADE, A. K.; BERNSTES, L. G. O estudo do "direito e literatura" no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225–257, 2017.

TRINDADE, A. K. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

\_\_\_\_\_. Law and Literature in Brazil. In: SELLERS, Mortimer; KIRSTE, Stephan (ed.) **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**. Dordrecht: Springer, 2022.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016.

TRINDADE, A. K.; KARAM, H.; ALCÂNTARA, G. G. O papel do autor nos estudos do direito na ou através da literatura. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, e40148, 2019.

TRINDADE, A. K.; ESPÍNDOLA, A. A. da S.; ALMEIDA, D. C. A superinterpretação da Medida Provisória 936: o julgamento da ADI 6.363/DF e a prevalência do direito dos intérpretes sobre o direito dos textos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 2, p. 1-20, 2020.

TURATO, E. R. **Tratado da metodologia da pesquisa clínico-qualitativa: construção teórico-epistemológica, discussão comparada e aplicação nas áreas da saúde e humanas**. Petrópolis: Vozes, 2003.

VASQUEZ, A. G.; DE MELO, L. B. P.; BACURY, G. R. Estudo de caso como caminho investigativo na pesquisa em Educação. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 13, 2022, p. 1-12.

VENTURA, M. M. O Estudo de Caso como Modalidade de Pesquisa. **Revista da Sociedade de Cardiologia do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, set./out., 2007, p. 383-386.

VOLPE, K. R. M. A judicialização dos direitos sociais estudos de caso na ótica do mínimo existencial. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, jan./jun. 2012, p. 119-138.

WARNOCK, M. **Question of Life: Warnock Report on Human Fertilization and Embryology**. London: Wiley Blackwell, 1984.

\_\_\_\_\_. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**. London: Her Majesty's Stationery Office, 1984.

WATSON, J. D. The future of asexual reproduction, **Intellectual Digest**, oct. p. 6947, 1971.

YIN, R K. **Case study research: design and methods**. London: Sage, 1986.

\_\_\_\_\_. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. São Paulo: Bookman, 2001.

\_\_\_\_\_. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

\_\_\_\_\_. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.