

Concessão de tratamento à infertilidade feminina por meio do processo judicial. Um caso de ativismo judicial?

Gabriel S. de Souza¹, Anizio P. Gavião Filho².

1. Estudante de IC da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP; [*gabrielsilva.souza@hotmail.com](mailto:gabrielsilva.souza@hotmail.com)

2. Professor de Teoria da Argumentação Jurídica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.

Palavras Chave: *ativismo judicial, direitos fundamentais, interpretação.*

Introdução

O trabalho tem como objetivo analisar o pleito acerca da concessão de tratamento à infertilidade feminina pelo Estado, buscando responder se isso configura um caso de ativismo judicial, ou não.

A presente investigação insere-se no contexto da atual discussão relativamente ao ativismo judicial. Questiona-se se os juízes estariam decidindo para além de suas competências, tomando medidas que caberiam ao Executivo ou ao Legislativo. Esta discussão tem por base a nova ordem constitucional presente, estruturada em um conjunto de normas jurídicas semanticamente abertas; em especial, normas de direitos fundamentais, como a do direito à saúde (artigos 6º e 196, da CF).

Recentemente, têm-se julgado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande ações em que se postula a concessão de tratamento de infertilidade feminina por parte do Poder Público. A partir da análise deste caso específico é possível apresentar algumas conclusões acerca da discussão maior do ativismo judicial.

Resultados e Discussão

A metodologia utilizada consistiu na análise de decisões judiciais sobre a questão, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à luz das normas constitucionais brasileiras e dos conceitos de lógica jurídica (Perelman) e de certeza jurídica (Aarnio). A partir dela foi possível determinar algumas conclusões.

Primeiramente, da análise das decisões daquele Tribunal verificou-se que existe uma divergência entre os órgãos fracionários, sintetizada no seguinte: ou se concede o tratamento, considerando-o como consequência do direito à saúde, ou se nega o pleito, sob o argumento de que não é dever do Estado conceder o tratamento, porquanto não há risco à vida ou à saúde da mulher, considerando-se que os recursos públicos são finitos e que este tratamento demanda alto custo.

Com o auxílio dos conceitos de lógica jurídica de Perelman e de certeza jurídica de Aarnio, é possível formular uma interpretação no sentido de que a parte detém sim direito à concessão de tratamento de infertilidade feminina, pago pelo Poder Público, nos seguintes termos.

Para Perelman, a noção de lógica jurídica dominante em uma comunidade depende necessariamente da ideia de Direito que os membros dessa detêm. Pode-se utilizar raciocínio semelhante com a questão do ativismo judicial. Aquele que acusa um juiz de estar sendo ativista, assim o faz porque acredita que o julgador não está sendo fiel àquilo que o primeiro entende ser o Direito. Logo, o ativismo judicial pode conter diversos

significados, a depender dos fundamentos de quem emite tal opinião; de modo que o essencial está contido no que se entende estar constituído no Direito – o que leva ao estudo da relação Constituição e Direito – e qual deve ser o papel do Poder Judiciário.

A partir da análise da atual Constituição do Brasil, é possível concluir que ela reconhece direitos fundamentais sociais (como o direito à saúde), impondo que o Estado os respeite. No caso analisado, o direito à concessão do tratamento pelo Estado decorre tanto da norma do direito fundamental à saúde (arts. 6º e 196), quanto da norma do direito à paternidade (art. 226, § 7º).

No que diz respeito ao papel do juiz, é essencial o conceito de certeza jurídica de Aarnio, no sentido de que a motivação judicial deverá ser de tal forma que permita com que a decisão (1) não seja considerada arbitrária e (2) que seja correta, estando de acordo com o direito válido e com outras normas sociais não jurídicas. Partindo-se, então, desse conceito é possível afirmar que o juiz deve motivar suas decisões, demonstrando argumentativamente todas as razões que levam à sua decisão. Para tanto, o juiz está vinculado tão-somente pela Constituição porque é ela reflexo do consenso de valores a que a sociedade está submetida.

Conclusões

1. O conceito de ativismo judicial depende da ideia de Direito daquele que o formula.
2. A análise da Constituição permite refletir sobre a ideia de Direito possível em uma dada sociedade. No caso da Brasileira, ela estabelece exigências de respeito a direitos fundamentais sociais (como o direito à saúde).
3. A concessão de tratamento da infertilidade feminina pelo Poder Público representa um direito decorrente das normas constitucionais do direito à saúde (art. 6º e 196) e do direito à paternidade (art. 226, §7º).
4. Não pode ser considerado ativista o juiz que entende pelo reconhecimento do direito ao tratamento de infertilidade feminina custeado pelo Estado, após demonstradas as razões que legitimam o pleito, pois a Constituição permite que esta interpretação seja realizada, e, o juiz tem o dever de respeitar a Constituição.

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p. (El Derecho y la justicia). Tradução de: The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2004. 259 p.