

## IV SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FMP (2014)

### **CONCESSÃO DE TRATAMENTO À INFERTILIDADE FEMININA POR MEIO DO PROCESSO JUDICIAL: um caso de ativismo judicial?**

Autor: Gabriel Silva de Souza

Orientador: Prof.º Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP

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. 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). É presente no contexto jurídico brasileiro atual a discussão relativamente ao ativismo judicial, no que concerne à atuação dos magistrados, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Questiona-se se os juízes estariam decidindo para além de suas competências, tomando medidas que caberiam ao Executivo ou ao Legislativo. Um caso paradigmático, por exemplo: o julgamento da ADIn n. 4277 (união homoafetiva). 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). Assim, o raciocínio tradicional subsuntivo, a partir dos comandos prescritos pelo legislador, mostra-se desafiado, abrindo espaço para uma maior discussão acerca da atuação do juiz. Dentro desse contexto, têm chegado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul diversos processos em que a parte autora postula a concessão de tratamento à infertilidade feminina, às custas do poder público. Analisando as decisões que estão sendo tomadas por este tribunal, verifica-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. Visto isso, pergunta-se, então, se o juiz que decide pelo dever do Estado de fornecer o tratamento à infertilidade feminina está sendo ativista ou não. A resposta a essa pergunta exige que se pense o próprio conceito de ativismo judicial, atualmente, indefinido. Na formulação de uma possível solução, considera-se o conceito de lógica jurídica de Perelman, no sentido de que a definição de lógica jurídica depende da ideia presente em uma determinada comunidade acerca do que é o Direito; bem como o conceito de certeza jurídica formulado por Aarnio, assente em dois elementos substanciais: (I) que a decisão do juiz não seja arbitrária e (II) que a decisão judicial esteja correta, em acordo com o direito válido e com normas

sociais não jurídicas (o que acentua a necessidade de interpretação das normas jurídicas por parte dos magistrados). Tendo essas premissas como base, busca-se responder a questão proposta, partindo do entendimento de que o conceito de ativismo judicial depende da ideia que os membros de uma determinada comunidade detêm acerca do Direito e de qual deve ser o papel dos juízes. Além disso, analisa-se se as normas constitucionais permitem interpretação no sentido favorável à concessão do tratamento à infertilidade feminina pelo Estado. O juiz que decide pelo dever do Estado em fornecer o tratamento à infertilidade feminina não deve ser tachado de ativista, uma vez que esta interpretação é possível, considerando-se as normas constitucionais brasileiras e a ideia que se tem acerca de qual deve ser o papel do juiz, no âmbito do Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Ativismo judicial. Infertilidade feminina.