

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

ATIVISMO JUDICIAL, DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A INFERTILIDADE FEMININA

JUDICIAL ACTIVISM, HEALTH CONSTITUTIONAL RIGHT AND THE FEMALE INFERTILITY

Anizio Pires Gavião Filho

Resumo

A Constituição brasileira confere aos seus titulares uma série de direitos e garantias fundamentais. Considerando o alto grau de generalidade destas normas, bem como a sua natureza jurídica distinta (normas de direitos fundamentais), observa-se discussões no contexto atual a respeito da sua aplicabilidade. Um reflexo disto é o debate acerca do tema do ativismo judicial. Estaria o Poder Judiciário extrapolando de suas competências ao aplicar estas normas, pergunta-se. Recentemente, tem-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.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Neoconstitucionalismo, Infertilidade feminina, Política pública, Princípios, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution of Brazil entitles its subjects with a variety of fundamental rights. Considering the high level of generality that such norms carry as well as their distinct legal nature (norms of fundamental rights), there have been many discussions in the recent context about the applicability of such norms, as the questioning about the judicial activism. It is questioned whether the judges would be adjudicating beyond their competences. Recently, the Tribunal of Appeal of the State of Rio Grande do Sul has been adjudicating cases in which is pleaded concession of treatment for female infertility at Public expenses. The analysis of this specific case sheds light on the debate of judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Neoconstitutionalism, Female infertility, Polices, Principles, Balancing

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a discussão em torno do ativismo judicial, notadamente quanto à exigibilidade judicial do direito fundamental à saúde, a partir da análise da situação específica em que se pleiteia a concessão de tratamento para a infertilidade feminina pelo Estado. Assim, pode ser considerada como ativismo judicial a decisão que obriga o Estado a conferir tratamento para infertilidade feminina a uma pessoa específica?

As principais questões em torno dessa discussão remetem à falta de clareza conceitual ao que exatamente se deve entender por ativismo judicial e à possibilidade de que as prestações materiais necessárias à realização do direito fundamental à saúde possam ser exigidas judicialmente em face do Estado. Esse questionamento remete ao tema da judicialização da implementação das políticas públicas e da politização da jurisdição ordinária e constitucional. Argumenta-se que a imposição que a exigibilidade judicial das prestações colocadas para a realização do direito fundamental à saúde implica invasão da atividade judicial no espaço reservado à opção e à discricionariedade administrativa do gestor público. Por fim também argumenta-se que a realização das prestações materiais do direito fundamental à saúde está condicionada à existência de recursos orçamentários disponíveis.

Nesse contexto, tem chegado com cada vez mais frequência aos tribunais brasileiros ações em que se postula a concessão pelo poder público de tratamento de infertilidade para mulheres. Ao se analisar esse caso específico, é possível traçar algumas considerações acerca do ativismo judicial, como a de que tal definição depende das ideias que se tem do Direito e de qual deve ser o papel exercido pelo julgador e que, portanto, não se pode acusar de ativista o juiz que decide pelo direito de uma mulher ao tratamento de infertilidade.

1. ATIVISMO JUDICIAL

Tradicionalmente, ativismo é definido como a busca por causar efetivas mudanças no ambiente social. O sujeito dito ativista é aquele que se empenha em tomar ações que diretamente afetam o meio em que vive. O termo *ativismo judicial* foi cunhado pelo norte-americano Arthur Schlesinger em artigo publicado na revista *Fortune*, no ano de 1947, apesar de não ter sido dada por ele nenhuma definição exata¹. A partir daí o termo espalhou-se pelos Estados Unidos e mundo afora continuando incerto. Contudo, é possível afirmar que o seu uso

¹ Cf. GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. *Emory Law Journal*, Atlanta, GA, v. 58, n. 5, p. 6, 2009. Disponível em: < <http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/58/58.5/Green.pdf> >. Acesso em: 10 jan. 2014.

costuma denotar alguma visão crítica à atuação dos juízes, em especial, a noção de abuso funcional. Logo, a postura do juiz – representada pela legitimidade ou não da decisão tomada – é o que está em jogo.

Focando-se na realidade brasileira, pode-se concluir que a discussão mais pontual acerca do ativismo judicial vem ocorrendo após a promulgação da Constituição de 1988 e direciona-se especialmente à atuação do Supremo Tribunal Federal. Questiona-se se aquele tribunal estaria composto por juízes *ativistas*, desde debates acadêmicos à imprensa. Uma das razões para isso encontra-se no fato de que a Constituição brasileira, bem como diversas constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, ao introduzir cláusulas gerais, em especial os direitos fundamentais, amplia a tradicional área de atuação dos intérpretes (juízes). Agora, os tribunais são convidados diariamente a lidar com temas amplos e controversos como liberdade religiosa e dignidade humana² – veja-se, por exemplo, a discussão acerca das uniões homoafetivas³ – temas indispensavelmente ligados à noção que se tem de Direito na sociedade brasileira.

É possível constatar que a promulgação da Constituição brasileira atual afetou a dogmática e a prática jurídica, configurando-se um verdadeiro giro – ressalte-se que se passou de um Estado ditatorial a um Estado com pretensões amplamente democráticas, o que se verifica a partir da leitura do próprio texto constitucional. Destaque-se que, dentre as questões sensíveis a essa mudança, estão os denominados princípios constitucionais. Isto é, eles estão por trás das discussões acerca do ativismo judicial, essencialmente, no que concerne a sua aplicação e aplicabilidade. Nessa nova configuração, surgiu o movimento denominado *neoconstitucionalismo*⁴.

Ávila relaciona o tema do ativismo judicial com o neoconstitucionalismo, que, segundo ele, estaria assente em quatro fundamentos: (1) normativo, consistente no argumento de que se passou da regra ao princípio; (2) metodológico, no sentido de que a ponderação sobrepôs-se à subsunção; (3) axiológico, significando que a justiça particular deve preponderar sobre a justiça geral; (4) organizacional, representado na sobreposição do Poder

² Cf. TJRS. Ap. Cív. 70061159398, j. 29/08/2014, D. 02/09/2014; TJRS Ap. Cív. 70059153163, j. 05/06/2014. D. 09/06/2014; TJRS Ap. Cív. 70059045526, j. 24/04/2014, D. 29/04/2014; TJRS Ap. Cív. 70057304677, j. 19/03/2014, D. 26/03/2014; TJRS. Ap. Cív. 70058189457, j. 26/03/2014. D. 10/04/2014; TJRS Ap. Cív. 70054556345, j. 10/07/2013. D. 22/07/2013; TJRS Ap. Cív. 70054399183, j. 19/06/2013, D. 08/07/2013.

³ Cf. STF. ADIn 4277/DF, j. 05/05/2011.

⁴ Sobre a questão do neoconstitucionalismo, ver: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. SANCHIS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta, 2013.

Judiciário ao Poder Legislativo⁵. Percebe-se que todos esses fundamentos estão relacionados à questão dos princípios, pois, se se passou da regra ao princípio, passou-se, então, da subsunção à ponderação; bem como da justiça geral à justiça particular e do Poder Legislativo ao Poder Judiciário – uma vez que são os tribunais que aplicam os princípios ao decidir os casos concretos. O referido autor refuta todas essas posições, concluindo que a Constituição brasileira é regulatória, pois composta maioritariamente por regras, constituindo-se em um complexo de regras e princípios dotados de funções e eficácias distintas e complementares; de sorte que o neoconstitucionalismo não encontraria respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo se tomar como corretos os quatro fundamentos acima citados⁶.

A argumentação é interessante, pois o objeto de crítica foca-se exatamente na atuação dos juízes e em tema que é frequentemente associado ao ativismo judicial, isto é, o neoconstitucionalismo. Um ponto delicado da questão diz respeito à ponderação. Ávila critica o seu uso indiscriminado pelo juiz, refletido essencialmente quando o julgador lança mão da ponderação para aplicar princípio que julga, conforme sua visão pessoal, ser a norma mais adequada à resolução do caso concreto, ainda que haja regra aplicável à situação. Nesse sentido, em sua exposição, o autor argumenta que a ponderação restringe-se a determinadas situações e que sua utilização deve ser bem fundamentada pelo juiz; para tanto, são apresentadas diretrizes⁷. A discussão específica da ponderação demanda análise maior, objeto a que este trabalho não se propõe⁸. Contudo, parte-se, aqui, da importância crucial que a fundamentação da decisão judicial possui; uma vez que é, a partir dela, que se verificará a legitimidade da decisão proferida pelo julgador.

⁵ Cf. Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 17, p. 1-19, 2009. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

⁶ Cf. *Ibidem*.

⁷ Cf. *Ibidem*.

⁸ Sobre a ponderação, ver: ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007; ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007. ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003. ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 254-259. KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University, 2012. KLATT, Mathias. Robert Alexy’s Philosophy of law as system. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 1-26, 2012. LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *La ponderación en derecho*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 75- 113, 2008. SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 307-316, 2012.

Para Perelman, a noção de lógica jurídica dominante em uma comunidade depende necessariamente da ideia de Direito que os membros dessa detêm⁹. 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, em um sentido mais filosófico e também político. Isto é, ao tachá-lo de ativista, quer-se, na verdade, indicar que a interpretação adotada por aquele julgador não faz parte do que se acredita ser o Direito e, também, do que se pensa ser o papel ideal do juiz. Assim, 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.

Igualmente, na tentativa de buscar aclarar o que seria o ativismo judicial, é fundamental que se entenda que a fundamentação da decisão judicial configura ponto central. Nesse sentido, toma-se como pressuposto o conceito de certeza jurídica. Para Aarnio, existe uma definição em sentido estrito e uma definição em sentido amplo. No primeiro significado, certeza jurídica reflete a ideia de que todo o cidadão tem o direito de esperar proteção judicial; no segundo, o conceito compreende dois elementos substanciais: (1) que a decisão proferida pelo juiz não seja arbitrária e (2) que ela seja correta, devendo estar de acordo com o direito válido e estar em concordância com outras normas sociais não jurídicas¹⁰.

O autor exemplifica com a exigência de igualdade: o texto da lei não oferece nenhuma informação acerca do que seja a igualdade, porém exige que os sujeitos sejam tratados de modo igual. Assim sendo, o conteúdo da lei depende da interpretação e essa requer que sejam levadas em consideração normas não-jurídicas referentes à igualdade¹¹.

A partir da análise do caso da infertilidade, serão demonstradas algumas conclusões a respeito do tema do ativismo judicial.

2. O CASO DA INFERTILIDADE

Está se tornando frequente nos tribunais brasileiros ações judiciais em que mulheres com dificuldades de fertilização recorrem ao Poder Judiciário para ter assegurado o tratamento contra infertilidade por parte do poder público. Genericamente, os pedidos

⁹ Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

¹⁰ Cf. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 26-7.

¹¹ Cf. *Ibidem*, p. 27.

baseiam-se no direito à saúde, inculcado, maiormente no texto do artigo 196 da Constituição: *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*¹². Em síntese, as autoras argumentam não ter condições de custear um tratamento particular, o que as possibilitaria a gestação, ao passo que a elas não está disponível cuidados na rede pública de saúde. Não há posição exata por parte do Poder Judiciário. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, a questão está bem dividida. Em um julgamento¹³ o Tribunal decidiu por cancelar o direito da parte em receber o tratamento médico, sob o argumento de que a Constituição assegura o direito a gerar uma vida e que se trata sim de questão pertinente ao direito à saúde; é ressaltado, inclusive, que foi suspensa uma portaria emitida pelo Ministério da Saúde que tratava do atendimento a quem sofre de infertilidade. Já em outro julgamento¹⁴, a decisão do Tribunal foi contrária à pretensão da parte, determinando que não é obrigação do Estado fornecer tratamento para infertilidade, porquanto não constitui risco à vida ou à saúde da mulher. As duas decisões referidas foram proferidas por órgãos fracionários distintos. Pode-se acusar a primeira de ativista? Ou seria a segunda reflexo do ativismo judicial? Tal questionamento é fecundo.

Anteriormente, afirmou-se que a definição de ativismo judicial depende das ideias que se tem acerca do Direito e de qual deve ser o papel desempenhado pelo julgador. A divergência instaurada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ilustra a ilação. No primeiro caso, entendeu-se que o Direito brasileiro assegura à parte o direito em receber o tratamento para infertilidade e que, por conseguinte, o juiz tem o dever de cancelá-lo. Contrariamente, no segundo caso, a interpretação é no sentido de que tal tratamento está para além dos imperativos do Direito brasileiro e que, portanto, não cabe ao juiz reconhecê-lo – a parte não detém esse direito. Pode se inferir que para esse último julgador seria *ativismo*, então, a decisão tomada pelo primeiro. Quem foi ativista? É possível qualificar como ativista alguma dessas decisões? Em última análise a definição para ativismo judicial vai depender da verificação da legitimidade ou não da decisão exarada pelo julgador, segundo os parâmetros que o emissor de tal opinião entende serem os corretos, no que concerne ao Direito e à atuação do juiz.

¹³ Cf. TJRS. Agrv. de Instr. 70051816536, j. 24/04/2013. D.02/05/2013.

¹⁴ Cf. TJRS. Ap. Cív. 70052806189, j. 10/04/2013. D. 26/04/2013.

No caso aqui trabalhado, entende-se que a conclusão emitida pelo segundo julgador não é adequada, pois é possível construir uma interpretação diversa acerca dessa questão no Direito brasileiro, similar a que foi exposta no primeiro julgamento citado.

3. UM CASO DE ATIVISMO JUDICIAL?

A justificação para a posição aqui defendida exige que sejam traçadas algumas considerações acerca da ideia de Direito possível no Brasil atual. Não se nega que o Direito assume questões da esfera da moral e da ética, contudo aqui não se pretende demonstrar tais questões.

Parte-se da premissa de que a ideia de Direito vigente em uma sociedade pode ser buscada na Constituição que a sustenta¹⁵, uma vez que nela está espelhada uma espécie de *consenso* aceito por todos os seus membros. Esse acordo confere legitimidade à formação e ao funcionamento do Estado. No caso da brasileira, destaca-se o objetivo em assegurar a adequada realização da pessoa, conferindo-lhe diversas prerrogativas, tal qual o direito à saúde (artigos 6º e 196). Isto significa que o texto constitucional, além de garantir as liberdades individuais (não intervenção), também vincula o Estado na consecução dos objetivos por ela traçados.

Isso decorre das seguintes situações. (1) A Constituição brasileira está calcada na dignidade humana (conforme a norma do artigo 1º, inciso III), (2) de onde surgem direitos fundamentais, tal qual o direito à saúde, considerando-se que o catálogo de direitos fundamentais contemplado pela Constituição brasileira é materialmente aberto (de acordo com a norma do parágrafo segundo, artigo 5º). A partir daí, considera-se que os direitos fundamentais, formulados como valores e princípios constitucionais, detêm significado jurídico-positivo, vinculando, por conseguinte, as atividades legislativa, executiva e jurisdicional. Portanto, pode-se dizer que o Estado está obrigado a agir, não lhe sendo facultado ignorar os ditames constitucionais.

Em última análise, é possível afirmar que a Constituição brasileira impõe ao Estado a realização de justiça social, independentemente das preferências políticas dos que compõem o governo. Assim, esse tema passa a ser pauta permanente da sociedade brasileira. O direito à

¹⁵ Com esse corte, afastam-se as discussões mais gerais e profundas acerca do conceito de Direito, o que implicaria uma análise da relação entre Direito e Moral, pois que se discutiriam os fundamentos do Direito. Apesar de tal discussão ser fundamental no estudo da Teoria do Direito, ela não encontra espaço no presente trabalho; de modo que, as ilações aqui demonstradas tomam como pressuposto que a ideia de Direito possível em uma dada comunidade pode ser buscada a partir de uma análise do texto constitucional. Assim, o estudo parte do que está escrito pelo constituinte.

saúde representa reflexo desses imperativos. Se isso é verdade, tem-se algumas conclusões: (1) pela Constituição, é esperado que o Estado trabalhe efetivamente no desenvolvimento de tais ordens e (2) a ideia de Direito vigente no Brasil atual compreende preceitos de justiça social – garantida pelo Estado – como o direito à saúde. Logo, o direito à saúde configura um direito fundamental social, havendo a possibilidade de vinculação do Estado.

Estatui o texto do artigo 196 da Constituição que *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Assim sendo, percebe-se que esse enunciado normativo corrobora as conclusões acima apresentadas. Aqui, chega-se a um ponto fundamental: a Constituição outorga que a saúde é direito de todos e impõe que o Estado a proveja, por meio de políticas sociais e econômicas; contudo, não discorre uma linha sequer acerca do que seria o direito à saúde. Em outras palavras, não diz o que estaria compreendido no conceito de *saúde*.

Dessa forma, o particular vê-se autorizado a pleitear perante o Poder Judiciário a concessão de tratamento de infertilidade pelo poder público. De modo que, o juiz, ao receber tal pleito, depara-se com o dilema de se tal procedimento estaria compreendido no conceito de saúde e se o Estado estaria obrigado a concedê-lo. Percebe-se que se trata de idêntica questão a que aqui está sendo enfrentada; de sorte que cabe a ilação feita por Aarnio, no sentido de que a estrutura da justificação (raciocínio) feita pelo juiz (aplicador do Direito) e pelo cientista do Direito (*dogmático jurídico*) são análogas. De modo que, ambos pensam de maneira similar ao buscar clarear o significado do conteúdo do ordenamento jurídico¹⁶.

Nesse sentido, para que se possa chegar a alguma solução à questão, deve-se adicionar mais algumas premissas. Primeiramente, importa verificar se o tratamento de infertilidade está inserido no conceito de saúde.

3.1. Infertilidade feminina insere-se no conceito de saúde?

A Classificação Internacional de Doenças (CID) emitida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece a infertilidade feminina como doença, classificada sob o CID N97 e

¹⁶ Cf. AARNIO, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

seguintes, a depender de variantes do problema¹⁷. A enfermidade encontra-se delimitada como doença do sistema genitor (cap. XV, da lista mais recente da OMS).

Em termos de normativas brasileiras, existe a Resolução CFM nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe acerca do tratamento da infertilidade, reconhecendo-a expressamente como *um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas* e que *o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana*. Logo, tal órgão brasileiro também entende que a infertilidade feminina é questão de saúde.

Portanto, é possível afirmar que a infertilidade feminina, por ser uma doença reconhecida por organismos competentes, insere-se no conceito de saúde, de modo que o pleito de fornecimento de concessão de tratamento à infertilidade sustenta-se. É lógico tê-lo como objeto da ação judicial.

O passo seguinte é verificar se o Estado tem o dever, ou não, de fornecer este tratamento. A dizer, está autorizado o particular a exigir do Estado a prestação material de tratamento à infertilidade feminina?

Seguindo o raciocínio aqui exposto, deve ser levada em consideração a norma do artigo 226, § 7º da Constituição. Conforme o texto constitucional, *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*. Donde se conclui ser dever do Estado proporcionar recursos científicos para o exercício da paternidade/maternidade. Dessa forma, o tratamento a infertilidade configura meio científico de saúde a facilitar a realização da paternidade/maternidade, reconhecidos como direito pela Constituição.

Isto é, pelo texto constitucional brasileiro, existe o direito de ser pai e de ser mãe. Portanto, entra em cena mais este aspecto, de modo que o direito à paternidade responsável (artigo 226, § 7º, CF) e o direito à saúde (artigos 6º e 196, CF) são duas faces a sustentar o pleito de concessão de tratamento de infertilidade feminina por parte do Estado. Assim, não se trata tão-somente de uma questão exclusiva de saúde. Além de ser assunto de saúde, também é questão relacionada ao direito à paternidade.

¹⁷ Cf. INTERNATIONAL statistical classification of diseases and related health problems 10th Revision. Geneva: WHO, 2010. Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en/#N97.0>> Acesso em 11/05/2014.

Acima se apontaram razões que fundamentam o reconhecimento do pleito de concessão de tratamento de infertilidade feminina pelo Estado. Resta enfrentar a análise do seguinte questionamento: *em que medida dá-se a legitimidade do juiz para reconhecer o pleito em questão?*

Aqui, chega-se em um ponto central para o raciocínio defendido, no sentido de que não se pode acusar de ativista o juiz que entende pelo reconhecimento a esse direito. Inicialmente, afirmou-se que a Constituição impõe deveres ao Estado, independentemente das preferências políticas do governo; uma vez que tais deveres decorrem de objetivos expressos do próprio texto constitucional, como é o direito à saúde. Daí, conclui-se que o Estado está *obrigado* pela Constituição a observar este imperativo.

Além disso, observou-se em que está estruturado, materialmente, o pleito em análise; isto é, ele está adstrito ao campo de aplicação normativa da norma constitucional que confere o direito à saúde (artigos 6º e 196, CF) e da norma constitucional que confere o direito à paternidade responsável (artigo 226, § 7º). Ao unirmos isso à vinculação do Estado imposta pela Constituição, conclui-se que é dever do Estado – e, portanto, direito da parte pleiteante – fornecer o tratamento à infertilidade feminina.

3.2. Possíveis objeções

No que diz respeito as ideias apresentadas até aqui, duas objeções podem ser formuladas: (I) os direitos sociais cofiguram uma categoria especial, programática, divergindo, portanto, das liberdades e dos direitos individuais tradicionais. (II) a questão da escassez dos recursos públicos.

Relativamente à primeira objeção, é necessário analisar brevemente a fundamentação dos direitos sociais. Conforme Luño, os direitos sociais constituem um reflexo das exigências do princípio da igualdade¹⁸, ou seja, são uma consequência natural dele¹⁹. Também o autor identifica três concepções sobre os direitos sociais. (1) Os direitos sociais seriam normas programáticas, sem caráter jurídico, funcionando como um programa de ação ao legislador. Essa concepção faz uma diferenciação nítida entre os reconhecidos direitos e liberdades tradicionais²⁰ e os direitos sociais, tendo como principal adepto Carl Schmitt²¹. (2) Na

¹⁸ O desenvolvimento dos direitos fundamentais gravita, historicamente, em torno do princípio da liberdade e do princípio da igualdade.

¹⁹ Cf. LUÑO, 1999. p. 83 e ss.

²⁰ Correspondem aos direitos subjetivos de caráter individual, derivados tradicionalmente do princípio da liberdade como o direito à liberdade de expressão.

concepção socialista (das antigas repúblicas soviéticas), os direitos sociais estariam em equivalência com os demais direitos fundamentais, estando relacionados, sobretudo, com os meios de produção – os direitos fundamentais sociais seriam uma consequência do funcionamento das instituições da estrutura do Estado socialista²². (3) Os direitos fundamentais sociais são entendidos como categoria jurídico-positiva, em que se leva em consideração a relação do indivíduo com a comunidade. Essa posição busca superar a ideia de rígida distinção entre os direitos individuais (de liberdade) e os direitos sociais, no sentido de que os aspectos sociais da vida do indivíduo são relevantes para que ele possa atingir a sua plena completude²³.

O autor vai além e demonstra que não há diferenças substanciais no que diz respeito aos direitos individuais (liberdades) e aos direitos sociais, considerando-se os planos da fundamentação, da formulação, da tutela e da titularidade. Quanto ao plano da fundamentação, não é possível afirmar que um direito social (como o da saúde, ou o do trabalho) é menos natural do que um direito individual, diante da atual conjuntura social. Igualmente, a proclamação dos direitos sociais supõe uma garantia para a democracia, como possibilidade de efetivo disfrute dos direitos individuais e políticos²⁴. Além disso, tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais necessitam da intervenção do Estado²⁵.

Relativamente ao plano da formulação, Luño argumenta que não é correto o entendimento de que os direitos individuais estariam plenamente positivados no texto constitucional, enquanto que os direitos sociais necessitariam de intervenção do legislador. Nesse sentido, ele defende que alguns direitos sociais são tomados como de aplicabilidade imediata, incontestavelmente, como na Itália, relativamente ao direito social a um salário equitativo e que, por vezes, direitos individuais necessitam de intervenção do legislador para que detenham eficácia²⁶.

No que concerne ao plano da tutela, se a constituição pode formular positivamente os direitos sociais, pode também tutelá-los em igual medida que os demais direitos por ela proclamados²⁷. Por fim, quanto ao plano da titularidade, os direitos fundamentais sociais

²¹ Cf. Luño, 1999.

²² Cf. Luño, 1999.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Luño apresenta o exemplo dado por G. Burdeau, no sentido de que o direito individual à livre circulação não teria muito sentido se não houvesse um Código de Trânsito, bem como o direito à liberdade de imprensa sem a existência de privilégios fiscais.

²⁶ Cf. Luño. *Op. cit.*

²⁷ Ibidem.

pertencem tanto a grupos, quanto a indivíduos, devendo ser respeitados em todos os setores do ordenamento jurídico²⁸.

A conclusão de tudo isso, defendida por Luño, é que uma definição apropriada de direitos fundamentais é aquela que supera a bipartição entre direitos (liberdades) individuais-direitos sociais, como preceitos reciprocamente excludentes. Pelo contrário, os direitos fundamentais sociais constituem autênticos princípios constitucionais, que adquirem efetividade progressiva, na medida em que a democracia política alinha-se com a democracia econômica e social²⁹.

Quanto à objeção da escassez dos recursos públicos, trata-se de um tema complexo, exigindo uma análise própria, o que refoge aos limites do presente artigo. Contudo, aqui, é suficiente destacar que a escassez dos recursos demarca um limite lógico à aplicação dos direitos fundamentais, em especial, dos sociais, já que, em regra, exigem grandes investimentos do Poder Público. Ou seja, os recursos são limitados, naturalmente. Trata-se de um problema eminentemente de ordem fática.

Trata-se, na verdade, do conhecimento a argumento da reserva do possível, que tem sido oferecido para justificar o não reconhecimento de prestações materiais do direito fundamental à saúde. Ele aparece normalmente atrelado o princípio da disponibilidade orçamentária e da divisão dos poderes. Esse argumento tem origem na cláusula da reserva do possível, formulada originariamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão³⁰. Ele diz que as prestações materiais devidas pelo Estado somente podem ser exigidas na medida do que for possível sob o ponto de vista da disponibilidade dos recursos estatais para atendimento das demandas sociais de toda a coletividade. Isso significa que as posições fundamentais jurídicas individuais não são ilimitadas à custa da sociedade como um todo. Os limites estão exatamente naquilo que uma pessoa pode razoavelmente exigir da coletividade³¹.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Cf. Luño, 1999.

³⁰ A expressão reserva do possível foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), em 18/07/72. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão. Essas restrições de acesso ao ensino superior foram questionadas perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão (Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667).

³¹ Cf. BVerfGE 33, 303, in SCHWABE, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*., p. 664-666.

A cláusula da reserva do possível tem sido apresentada como barreira ao reconhecimento de prestações materiais cuja realização implica custo para o erário. Como os recursos públicos são escassos, a realização das prestações estatais materiais de saúde está condicionada à disponibilidade orçamentária. Assim, por exemplo, a determinação judicial de que um determinado procedimento cirúrgico seja realizado ou de que um determinado medicamento seja fornecido está condicionada à aquilo que pode ser faticamente realizado, conforme os recursos públicos disponíveis. O argumento da reserva do possível coloca a questão do custo dos direitos. Que direitos custam dinheiro, não deve haver dúvida. Mas apenas os direitos a prestações materiais exigem a alocação de recursos públicos? Não, todos os direitos custam. Os direitos de liberdade custam tanto quanto os direitos a prestações. Os direitos negativos e os direitos positivos custam³². Então, o argumento da reserva do possível é um argumento oponível a todos os direitos e não apenas aos direitos a prestações materiais.

A questão que pode ser colocada é se as deliberações dentro desse espaço de competência são livres de qualquer controle judicial. Essas deliberações são apenas políticas? Esse não é o caso. Quando a negativa da prestação estatal viola uma posição fundamental jurídica definitiva³³, um direito definitivo deve ser reconhecido e, se for o caso, uma prestação material será definitivamente devida. Dessa forma, o argumento da reserva do possível não é absoluto e impeditivo do reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas de saúde, mas, apenas, expressão do princípio da divisão dos poderes e da disponibilidade

³² Cf. SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University, 1997, p. 70; HOLMES Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 113.

³³ Em sentido aproximado disso, uma decisão do Supremo Tribunal Federal diz que “a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental”. Nesse sentido, então, a “cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”. A decisão acrescenta que “a noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança” (Cf. STF, Ag. Reg. 639337, j. 23/08/2011).

orçamentária. Ele cumpre seu papel na determinação do grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo nesses princípios.

Portanto, a mera alegação de que não há recursos não deve ser usada como justificativa para se negar um direito fundamental. Deve-se destacar que há um risco de que esse argumento seja utilizado de modo a autorizar uma inação injustificada do Poder Público. Igualmente, deve-se chamar atenção para o fato de que deve ser preservado um mínimo existencial, que assegure o respeito à dignidade humana³⁴³⁵.

Analisadas as possíveis objeções, importa tecer algumas considerações acerca do papel do juiz no marco do Estado Democrático de Direito.

3.3. *O papel do juiz*

Indubitavelmente, o Poder Judiciário ocupa papel fundamental, pois é a ele que compete, em última análise, a guarda do justo prosseguir das relações sociais; o que ocorre, quando elas estão conforme ao Direito.

Detendo função tão essencial, é dever do juiz motivar suas decisões, de acordo com a ideia de certeza jurídica defendida por Aarnio. Assim, 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.

Ademais, Perelman apresenta visão semelhante; seu argumento é no sentido de que, com o fim do caráter puramente formalista do funcionamento da justiça, na medida em que se busca a adesão das partes e da opinião pública, o juiz não pode restringir-se ao argumento de que sua decisão está sob a proteção da autoridade de um determinado dispositivo legal; na verdade, deve demonstrar que ela é equitativa, oportuna e socialmente útil, de modo que a autoridade e o poder do juiz fiquem acrescidos³⁶.

Igualmente, é vital que se preserve a independência do Poder Judiciário, diante de influências externas, tanto do governo, quanto dos próprios cidadãos. Sobre o tema, Perelman também tem entendimento oportuno, resumido no argumento de que, se o Direito é um instrumento flexível, adaptável aos valores considerados prioritários pelo juiz, não será necessário que a decisão judicial seja baseada em diretrizes vindas do governo; pelo contrário,

³⁴ Sobre a questão conferir: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁵ Cf. STF, RE 581352 AgR, j. 29/10/2013; STF, STA 175 AgR, j. 17/03/2010; STF, ADPF 45 MC, j. 29/04/2004;

³⁶ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

ela deverá dar-se em função dos valores dominantes na sociedade, de tal sorte que é missão do julgador conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, colocando-se em evidência tanto a legalidade, quanto o caráter razoável e aceitável da decisão. Conclui o autor que a própria existência de um Estado de Direito implica a manutenção de um Poder Judiciário independente; correspondendo a isso a teoria da separação dos poderes, a inamovibilidade dos juízes e a proibição de se constituírem tribunais especiais³⁷.

Partindo dos conceitos acima expostos, é possível afirmar que o juiz deve motivar suas decisões, demonstrando argumentativamente todas as razões que levam à sua decisão; uma vez que, o Direito não é fenômeno estático, devendo o provimento jurisdicional estar de acordo com os valores a que a sociedade está vinculada. Para tal, o magistrado é livre, estando vinculado tão-somente pela Constituição. Isso porque é ela reflexo do consenso de valores a que a sociedade está submetida. A dizer, o juiz tem o dever de seguir a Constituição, demonstrando explicitamente em que está baseada a sua decisão.

Logo, 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. Estaria, por conseguinte, legitimada a decisão.

CONCLUSÃO

Ao longo do texto, discorreu-se acerca do fenômeno do ativismo judicial. A partir da análise do caso da infertilidade feminina, buscou-se aclarar a definição do termo ativismo judicial, procurando-se demonstrar que o juiz que reconhece o direito ao tratamento de infertilidade feminina por parte do Estado não pode ser considerado *ativista*.

Para tanto, considerou-se que o conceito de ativismo judicial está relacionado com a emissão de alguma visão crítica negativa à atuação do juiz e argumentou-se que a definição de ativismo judicial depende das ideias que se tem de Direito e de qual deve ser o papel do juiz.

Nesse sentido, verificou-se que a ideia de Direito possível em uma dada comunidade pode ser delimitada a partir da análise do texto constitucional. No caso da Constituição brasileira, argumentou-se que ela permite que seja feita a interpretação favorável àquele que

³⁷ Ibidem.

postula tal tratamento, como decorrência das normas que conferem o direito à saúde e o direito à paternidade. Além disso, estabeleceu-se que a Constituição vincula o Estado e o juiz; esse, por sua vez, tem o dever de motivar suas decisões, demonstrando argumentativamente as razões que as justificam.

Daí que, se a decisão judicial que confere o direito ao tratamento de infertilidade feminina, pago pelo Estado, está de acordo com o Direito e com qual deve ser o papel do juiz, ela não pode ser considerada como ativista.

BIBLIOGRAFIA

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*.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007.

_____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003. _____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 256 p.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 17, p. 1-19, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. *Emory Law Journal*, Atlanta, GA, v. 58, n. 5, 70 p, 2009. Disponível em: <

<http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/58/58.5/Green.pdf> >. Acesso em: 10 jan. 2014.

- HOLMES Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights*. Cambridge: Harward University, 1999.
- LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *La ponderación en derecho*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 75- 113, 2008.
- KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University, 2012.
- KLATT, Mathias. Robert Alexy's Philosophy of law as system. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 1-26, 2012.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999. 568 p.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2004. 259 p.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideú: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Mathias (Ed). *Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, p. 307-316, 2012.
- SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harward University, 1997.