

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS PEDIDOS DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

**CAUÊ MOLINA ANDREAZZA¹; ANDRÉ KABKE BAINY²; LUANA PERIN³;
NIKOLAI BEZERRA FRIO⁴ GUILHERME CAMARGO MASSAU⁵**

¹ Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito - andrezacaue@gmail.com

² Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito - andrebainy@hotmail.com

³ Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito - luana_perin@hotmail.com

⁴ Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito - nikolai_bezerra@hotmail.com

⁵ Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito - uassam@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário jurídico marcado pela judicialização das políticas públicas, somado à constante falta de efetividade das políticas administrativas da área da saúde e ao entendimento amparado na ideia da força normativa da Constituição – que torna o direito fundamental à saúde exigível judicialmente, quando a sua prestação pela via administrativa não for devidamente garantida (MENDES; BRANCO; 2011), bem como a problemática amplitude do conceito de “saúde” acabam acarretando um claro exagero na provocação e atuação judicial. Esse excesso não se verifica apenas no número crescente de demandas judiciais, mas também no tipo de pedido postulado. Tal circunstância leva à reflexão: o que pode ser exigido do Estado por intermédio de um processo judicial que vise a efetivar o direito à saúde?

Nessa senda, o presente estudo tem por objetivo analisar os casos de pedidos judiciais de tratamento para infertilidade através da fertilização *in vitro*, abordando os argumentos contrários e favoráveis à procedência de tais demandas, na busca pela solução mais adequada ao novo cenário jurídico-constitucional. Objetiva traçar, outrossim, as consequências advindas da ausência do tratamento para a infertilidade bem como os meios oferecidos pelo Estado para atender à necessidade humana e o direito jurídico de constituição de uma família, com especial atenção ao instituto da adoção. Por fim, tenta inserir no debate novos argumentos recentemente utilizados pelo TJ/RS em demanda que, em grande medida, diz respeito ao debate aqui abordado.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a elaboração do presente estudo consistiu em uma análise que combinou as principais fontes do direito: norma, jurisprudência e doutrina.

Foi realizada, para tanto, uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório. O método de pesquisa adotado foi o bibliográfico, com enfoque principal em obras doutrinárias relacionadas ao Direito Constitucional e ao Direito Sanitário, procedendo-se também numa análise dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes. Por fim, ressalta-se a análise jurisprudencial realizada (especialmente no TJ/RS, TRF4 e STJ), onde foram pesquisados diferentes julgados que, de alguma forma, abordaram a temática aqui debatida.

Por outro lado, foi utilizado o método de abordagem indutivo, haja vista que se pretendeu chegar às “conclusões cujo conteúdo é mais amplo do que as premissas nas quais se basearam” (LAKATOS; MARCONI, 2010). O método procedimental utilizado, por sua vez, foi o método monográfico.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os direitos sociais são aqueles que se concretizam mediante as políticas públicas, “destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais

pobres; ou seja, aqueles que não dispõe de recursos próprios para viver dignamente” (COMPARATO, 2010). Ocorre que “esses direitos a prestações positivas estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002). E tal situação mostra-se ainda mais gravosa quando considerarmos que, por vezes, verbas orçamentárias devidamente destinadas a projetos sociais deixam de ser aplicadas à finalidade a que inicialmente se destinavam (KELBERT, 2011). Não é outra a situação do direito à saúde e das políticas públicas correlatas.

Considerado uma novidade constitucional preconizada pela Magna Carta de 1988 (DALLARI, 2009), o direito à saúde enseja a necessidade de atuação estatal universal e suficientemente asseguradora, por meio de responsabilização conjunta de todos os entes da federação quanto à formulação de políticas públicas, financiamento e gestão da saúde no país (SARLET, 2002).

Mostrando-se ineficiente a gestão pública do direito à saúde, a questão acaba sendo judicializada (BARROSO, 2007). Mas “o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos” (BARROSO, 2007). A assustadora quantificação do número de demandas relacionadas à temática da saúde aponta, além da própria falha nas políticas públicas concernentes, um exponencial abarrotamento do judiciário com tais processos. E tal situação ganha ainda mais relevância se considerarmos a largueza semântica existente nos conceitos de “saúde” e “direito à saúde”: pode ocorrer do judiciário se tornar alvo na busca por soluções para todos os tipos de problemas, até mesmo os que não têm eficácia comprovada ou não constam na lista do SUS, por exemplo.

Nesse quadro, observa-se o considerável aumento de pedidos de fornecimento de fertilização *in vitro*, motivo pelo qual se começou a questionar se referidos pedidos poderiam caracterizar efetivação do direito à saúde em sentido estrito e se, mesmo sendo assim considerado, podem ser judicialmente exigíveis diante da inegável escassez de recursos vividas pelo Estado brasileiro.

Sabido que a infertilidade humana é uma doença, caracterizada pela incapacidade de engravidar e gerar filhos (para as mulheres) e a incapacidade de engravidar uma mulher (para os homens) (KUSSLER; COITINHO, 2008). A OMS conceitua a infertilidade como uma doença do sistema reprodutivo definida pela incapacidade de conseguir engravidar após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares e desprotegidas (ZEGERS-HOCHSCHILD et. al., 2009).

Como forma de realizar o tratamento da doença, a ciência médica desenvolveu as denominadas técnicas de reprodução assistida, ou seja, os métodos científicos que auxiliam o processo de reprodução humana. Por reprodução assistida se entendem as técnicas médicas que facilitam, estimulam ou viabilizam a reprodução humana, dentre as quais insere-se a fertilização *in vitro* (SOUZA, 2010).

Por ser considerada uma técnica moderna e de alta eficácia no tratamento da infertilidade, a fertilização *in vitro* passou apenas em 2012 a ser fornecida gratuitamente pela rede pública de saúde, em alguns poucos hospitais especializados espalhados pelo país. Mas ainda não há regulamentação legal acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida. Em meio a esse contexto questiona-se: é viável a imposição judicial, ao Estado, do fornecimento do tratamento em benefício daqueles que ingressam com ações com essa pretensão? O cerne da problemática, na realidade, reside em impor ao Estado o fornecimento do melhor tratamento disponível no mercado, o que não pode ser a

regra, caso contrário, por exemplo, não existiriam planos de saúde privados, pois bastaria o ajuizamento de demanda judicial para alcançar o tratamento almejado.

Assim, tem-se que o Estado não pode ser erigido à condição de garantidor universal ilimitado, o que tornaria insustentável qualquer sistema público de saúde.

Nesse sentido, foi o entendimento da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da AC nº 70054527148, sustentando que cabe ao poder público fornecer o “razoável” e não o “máximo”. Na mesma linha de argumentação foi julgada a AC nº 0172848-44.2007.8.19.0001, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Defende-se a ideia de que, embora se reconheça que a utilização da técnica da fertilização *in vitro* está inserida na cláusula constitucional de acesso à saúde, elementos como a complexidade do procedimento, a ausência de risco de dano irreparável e risco de vida, o alto custo do procedimento, e o fornecimento, ainda que restrito, do procedimento no âmbito do SUS, são elementos que justificam uma maior atenção a estas demandas judiciais. Fugindo à regra do fornecimento quase ilimitado através de demanda junto ao Poder Judiciário, as ações que buscam o tratamento para infertilidade através da *FIV* extrapolam, regra geral, o âmbito de atuação jurisdicional que garante a efetividade do direito à saúde. Não se nega, assim, a legitimidade da pretensão ou o sofrimento suportado pela pessoa que possui infertilidade, mas apenas se defende o argumento de que o fornecimento da *FIV* deve se ater ao plano administrativo, através do SUS.

Uma ação estatal que talvez correspondesse à solução mais efetiva seria a concretização do instituto da adoção, que é “uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado” (DINIZ, 2013). E dentre todas as perspectivas possíveis e argumentos utilizados, essa parece-nos a melhor posição a ser assumida.

Ocorre que recente entendimento do TJ/RS¹ - que, de forma tangencial, abordou a temática dos pedidos judiciais de fertilização *in vitro* - parece ir em sentido diametralmente oposto aos argumentos aqui defendidos. Na oportunidade foi reconhecido o direito dos autores em ver custeada a fertilização *in vitro* com embriões selecionados, de modo a viabilizar tratamento para a outra filha do casal, portadora da doença conhecida como Beta Talassemia Major. E de tal circunstância é possível se inferir que os debates acerca da temática da judicialização da saúde estão longe de se encerrarem.

4. CONCLUSÕES

Se os debates acerca da possibilidade/impossibilidade de determinação judicial para o fornecimento de tratamentos de fertilização *in vitro* já se apresentavam sobremaneira acirrados e distantes de uma uniformidade de entendimentos, no momento em que surgem argumentos e contextos fáticos novos, como aqueles enfrentados pelo TJ/RS em julho do ano corrente, as opiniões controvertidas provavelmente ganharão ainda mais veemência.

Antes dessa recente decisão, as pesquisas até então levadas a efeito apontavam, pela apreensão e análise de todos os argumentos possíveis, pela inviabilidade de determinação judicial para o fornecimento de *FIV*, sendo típica tratamento de saúde que deveria ser fornecido pelo poder público unicamente

¹ Conforme notícia veiculada em <http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=273518>. Acesso em 24/07/2015, às 17h15min.

pela via administrativa, de modo a se considerar a gestão das políticas públicas de uma maneira integral. Todavia, no momento em que a argumentação passa pela necessidade de se salvar uma outra vida (como no caso decidido pelo TJ/RS), possivelmente será necessária uma revisão dos argumentos utilizados, culminando, até mesmo, numa mudança de opinião que poderá ocorrer com a continuidade das investigações.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da reprodução assistida. **Revista Bioética**. v. 9, n. 2, 2001. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/242>. Acesso em: 27 set. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. v. 9, n. 3, São Paulo, 2009, p. 9-34.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- KUSSLER, Ana Paula; COITINHO, Adriana Simon. Técnicas de reprodução assistida no tratamento da infertilidade. **Revista Brasileira de Análises Clínicas**, v. 40, n. 4, p. 313-315, 2008. Disponível em: <http://www.sbac.org.br/pt/conteudos/rbac/rbac_40_04.html>. Acesso em: 27 set. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2011.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 23 set. 2013.
- SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. **Bioética. Revista da EMERJ**. v. 13, n. 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 27 set. 2013.
- WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **O direito social e o direito público subjetivo à saúde – O desafio de compreender um direito com duas faces**. In. Revista de Direito Sanitário, v. 9, n. 2. São Paulo, 2008, p. 92-131.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F et al. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology. **Human Reproduction**, v. 24, n. 11, p. 2683-2687, 2009. Disponível em: <<http://www.who.int/en>>. Acesso em: 27 set. 2013.