

## A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOBRE O VIÉS DA DEMOCRACIA<sup>1</sup>

TALITA ALVES PEREIRA DO AMARAL<sup>2</sup>

### 1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O presente artigo tem por objetivo analisar e justificar a judicialização das políticas públicas a partir de um olhar democrático, além disso, irá analisar a ação civil pública e justificará a legitimidade e a necessidade da jurisdição constitucional na proteção e realização dos direitos fundamentais.

A busca da efetivação dos direitos sociais no Brasil vem trazendo uma grande tensão entre os três poderes, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, pois para que eles se efetivem é necessário que o Poder Público cumpra seu dever prestacional. Estes direitos estão expressos na Constituição da República Federativa do Brasil e sem uma atuação do Poder Executivo através da implantação de políticas públicas e com a ausência de legislação específica o Poder Judiciário está tendo um papel mais forte de atuação para poder efetivar tais direitos.

Com tudo isso a tensão aumenta, pois os tribunais são cobrados a prestar uma efetiva solução e, ao mesmo tempo, existe o conflito entre a separação da função que cada poder possui. Outra objeção existente é a falta de legitimidade do Poder Judiciário para efetivar tais direitos, pois são os poderes Executivo e Legislativo representantes da vontade do povo. A idéia de democracia está vinculada ao conceito de maioria, contudo, o voto majoritário não é suficiente para se ter ações justas, pois não assegura igualdade política e esse então é o caráter contramajoritário em defesa dos direitos fundamentais. Portanto, se a vontade da maioria não está de acordo com o bem comum ela não prevalece. Deve ser levado em consideração também que a democracia existe quando o povo está com os seus

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 20 de outubro e aceito em 04 de dezembro de 2012.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de direito nas Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL).  
[talitalvespereira@hotmail.com](mailto:talitalvespereira@hotmail.com);

direitos fundamentais garantidos e efetivados. E tudo isso será abordado no presente trabalho, além do mecanismo de intervenção que é a ação civil pública e será feita também uma análise jurisprudencial.

### 1.1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Atualmente existem tensões entre os poderes, no que concerne a esse assunto, mas segundo Eduardo Appio, “o princípio da separação dos poderes não se encontra superado na conformação das ações do Estado, mas apenas realocadas as responsabilidades políticas de cada um dos poderes”<sup>3</sup>. E ainda segundo esse autor, nesse caso não se deve discutir o princípio da separação dos poderes, pois se trata de uma decisão do Poder constituinte originário que condicionou o exercício dos direitos sociais à lei. Entretanto, faz dez anos que o Supremo Tribunal manifestou-se falando sobre essa atuação do Judiciário, em que ele coloca que a atividade judiciária deve estar condicionada sempre à lei.<sup>4</sup> Appio, entende que a separação dos poderes diz respeito às divisões de funções do Estado e não é vedado o exercício de uma determinada função por um órgão que não tenha essa atividade específica como função desde que essa função seja compatível com a atividade-fim.<sup>5</sup>

A idéia de reserva absoluta da lei coloca que para a concretização de uma matéria é necessária uma regulamentação legal mesmo que esta seja a efetivação de um dado direito, e essa atividade legislativa para a concretização de matérias é destinada somente ao Poder Legislativo. Contudo, o Poder Judiciário através do STF é quem possui o papel de guardar a Constituição e fazer com que ela seja devidamente válida e olhando sobre esse aspecto, vê-se que, se o Judiciário tem essa função, então também cabe a ele garantir para aos cidadãos a efetivação dos direitos consagrados na Constituição em virtude de uma omissão legislativa, pois se houver leis e políticas públicas não há motivo para uma atuação do Judiciário

---

<sup>3</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.,p.59.

<sup>4</sup> STF, Segunda Turma, Recurso Especial 322.348 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 06.12.2002: “ (...)O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO(...)

<sup>5</sup>APPIO, Eduardo. **Controle Judicial...** Op. cit., p. 66.

nessas matérias. A intervenção feita pelo Judiciário não deve ser vista como uma invasão da função legislativa ou executiva, mas sim como uma forma de auxílio ao cidadão que necessita da efetivação de um direito que é dele e que o Poder Público se omitiu de cumprir seu dever.

## 1.2 VISÃO CONTEMPORÂNEA DA JUDICIALIZAÇÃO

Uma visão mais contemporânea diz que deve ser feito um equilíbrio entre o constitucionalismo e a democracia pelo intérprete constitucional, pois eles são segundo Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, princípios basilares de um Estado moderno. E ambos devem prover segurança jurídica, bem-estar social e justiça, isso tudo fazendo um equilíbrio entre a Constituição e a vontade da maioria e assim pode-se obter estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, ficam preservados os textos constitucionais e traz mais agilidade para as demandas cotidianas<sup>7</sup>.

Destarte, Barroso, no que concerne à jurisdição constitucional diz que os juízes e tribunais devem implementar direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os valores de uma sociedade democrática como: justiça, liberdade e tratamento isonômico. Para ele a redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos seus próprios direitos, através da Constituição de 1988, que tem um caráter extremamente democrático, fez com que aumenta-se cada vez mais as demandas judiciais.<sup>8</sup> E a partir disso o Judiciário passou a desempenhar um papel simbólico na realidade brasileira, que também é político e divide espaço com o Legislativo e o Executivo.

O Judiciário tem características diferentes dos outros poderes, pois seus membros não são eleitos pela maioria, contudo, sabe-se que é um poder exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. E a partir disso que vem às discussões em relação à legitimidade democrática da função judicial, suas potencialidades e seus limites. Esses questionamentos podem ser mais amplos

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

<sup>7</sup> Idem

<sup>8</sup> Ibidem, p. 407.

como: numa tomada de decisão política do Judiciário muitas vezes não é levada em consideração a reserva do possível e a escassez de recursos; o juiz muitas vezes só analisa o caso concreto e não leva em consideração que existem inúmeras pessoas que necessitam muito mais daquele benefício. Contudo, cabe salientar que essa atuação do Judiciário tem um objetivo nobre que é garantir a concretização de um direito. A questão da reserva do possível não terá uma profunda abordagem aqui, pois será melhor abordada no tópico seguinte.

No tocante ao conflito existente Estefânia Maria de Queiroz Barbosa diz que:

(...) Haverá uma tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia, quando aquela, em face de uma omissão legislativa que impeça a execução de um direito fundamental social, assegura este direito fundamental ao cidadão, dando-lhe portanto, conteúdo concreto, tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade; logo, muitas vezes intervindo, não só na esfera do Legislativo- ao estabelecer a norma a ser aplicada ao caso concreto- mas também na esfera do Executivo, quando tem por tomar decisão de política pública.<sup>9</sup>

Já Cláudio Ari Mello argumenta no sentido de que é pressuposto de um regime democrático não haver a monopolização de uma determinada função:

Quando um determinado Estado vive sob um regime democrático, no qual a competência pela criação legítima do direito é monopolizada pelo Poder Legislativo, a exclusão de determinados conteúdos normativos do poder de disposição legislativa da população, e a conseqüente limitação do sistema democrático por meio de direitos inflexíveis parecem entrar em choque com a própria razão de ser da democracia.<sup>10</sup>

Com essas palavras é possível concluir que num Estado democrático de direito é legítima a intervenção dos três poderes na criação e execução de um direito que sempre esteja em benefício do cidadão e baseado nos princípios democráticos.

### 1.3 PAPEL DO JUDICIÁRIO NA BUSCA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

É sabido que os direitos sociais são de cunho prestacional o que impõem ao Estado o dever de agir, para assim garantir condições para o gozo efetivo dos

---

<sup>9</sup> BARBOZA. Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional, Direitos fundamentais e Democracia**. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277-293.

<sup>10</sup> Mello, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.143.

direitos. Este caráter prestacional assume relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, assim para a efetiva realização das prestações requeridas não será possível sem que dispenda recursos econômicos.

Assim segundo Estefânia Maria de Queiroz:

A controvérsia quanto à efetividade dos direitos sociais se dá não só quando eles impõem um papel negativo ao Estado, mas quando, principalmente, impõem a este uma prestação positiva, uma vez que, enquanto os direitos sociais de defesa (de cunho negativo) independem para sua efetivação, de circunstâncias econômicas, os direitos sociais a prestações (de cunho positivo) exigem, para sua efetiva realização, o dispêndio de recursos.<sup>11</sup>

Logo, os direitos sociais prestacionais necessitam de uma maior atenção do Poder Público, pois eles precisam de uma atuação positiva para que sejam plenamente efetivados.

Contudo, existe uma limitação aos direitos sociais que é a reserva do possível, o que significa dizer que eles só podem ser efetivados se a reserva orçamentária permitir para que assim o Estado possa dispor juridicamente de recursos de forma justa e correta. Entretanto, sabe-se que tanto os direitos sociais quanto os direitos civis e políticos demandam um gasto do orçamento público para que sejam realizados.<sup>12</sup>

Em um país tão extenso como o Brasil e com tantos problemas sociais, grande parte da população não consegue ter seus direitos sociais atendidos e assim se põe legítima a atuação do Judiciário para auxiliar os cidadãos necessitados e não conseguiram ter uma resposta do Executivo e do Legislativo, pois assim o Judiciário estará cumprindo o seu papel de guardião da Constituição Federal e preservando valores estabelecidos nela, sendo que ela expressa a vontade do povo. “No Brasil, os valores substantivos já foram escolhidos pelo povo e alçados a direitos fundamentais, bastando apenas que esses sejam realizados, pois num país desigual como o Brasil, enquanto os direitos sociais mínimos não forem garantidos, não se poderá sequer falar em proteção de direitos individuais ou políticos”<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre o constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 23-67.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>13</sup> Idem

Destarte, cabe ao Poder Judiciário fazer com que os direitos consagrados na Constituição, porém abstratos, sejam efetivados e assim alcancem a sua finalidade social. A Constituição traz em seu artigo 5º inciso I que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata<sup>14</sup>, e como se entende que os direitos sociais são também direitos fundamentais, se houver uma omissão legislativa é obrigação do Judiciário garantir tais direitos e é legítima essa atuação jurisdicional, pois se trata de algo estabelecido na Constituição e deve ser aplicado.

Segundo Estefânia Maria de Queiroz:

A Constituição não pode mais ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, sem preocupação ou vinculação com a realidade social, como mera garantia do status quo. A Constituição brasileira, ao trazer valores sociais alçados a direitos fundamentais, acaba por legitimar o juiz constitucional.<sup>15</sup>

Portanto, num Estado democrático de direitos “o Direito existe para realizar-se”<sup>16</sup> e assim cabe ao Judiciário garantir os direitos sociais prestacionais. Palavras de Estefânia Maria de Queiroz: “Importa ressaltar que os tribunais brasileiros já vêm mudando a realidade, entendendo eles que o juiz deve interpretar a Constituição de forma a se alcançar o resultado efetivamente objetivado pelo Constituinte.”<sup>17</sup> Contudo deve-se entender também que a harmonização entre os poderes é que pode levar o Brasil a ter um Poder Público melhor estruturado. Nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz:

Destarte, para instituir um verdadeiro Estado democrático, conforme pensado pelos constituintes, o Poder Judiciário deve interpretar sempre a Constituição, de forma a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. É esta ideologia, adotada no Preâmbulo da Carta Constitucional, em que devem estar pautadas as decisões do Judiciário, e com fundamento nela dar maior efetividade aos direitos sociais, respondendo aos anseios de uma população tensa, heterogênea, e com grande carga de litigiosidade, tendo sempre em conta que o trabalho de aplicação do direito tem sempre destinação social.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 de julho de 2012.

<sup>15</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional...** Op.cit.p, 57-98.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e efetividade de suas normas...** Op.cit, p.87.

<sup>17</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional...** Op.cit.p, 98

<sup>18</sup> Idem

Portanto, o fenômeno jurídico da judicialização das políticas públicas é uma atividade legítima feita pelo Judiciário que atua para que sejam efetivados os direitos sociais prestacionais e assim é colocado em prática os direitos tutelados pela Carta Constitucional.

#### 1.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE O VIÉS DA RESERVA DO POSSÍVEL

Existem muitos doutrinadores que argumentam no sentido de que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva considerando que as definições dos valores a serem gastos com um programa social ou com a efetivação de um direito consagrado na Constituição devem ser determinadas pelo Executivo e passa por uma revista do Legislativo. Assim, o Judiciário teria que dizer qual é a fonte de recurso dessa nova despesa e assim ele se encontra com um obstáculo que é a reserva do possível.

O princípio da reserva do possível ou reserva orçamentária pode ser entendido como uma necessidade pleiteada que pode ou não ser realizada. A reserva do possível, segundo Marcelene Carvalho da Silva<sup>19</sup>, constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais e possui uma relação dicotômica entre: o Estado possuir uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis, e deve ter capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes. A reserva do possível também está relacionada com a razoabilidade e a proporcionalidade, pois existe a possibilidade real e razoável de seu cumprimento pelo Poder Público, cabendo a ele verificar suas potencialidades e fazer uma ponderação entre a necessidade da concessão de um direito e as limitações orçamentárias.<sup>20</sup>

Contudo, a partir do entendimento de Ana Carolina Lopes Olsen<sup>21</sup>, a reserva do possível é uma forma de limitar os direitos fundamentais sociais frente à escassez de recursos para atender o pleito material. Segundo ela, não cabe apenas

---

<sup>19</sup> SILVA, Marcelene Carvalho da. **O direito à proteção da saúde na constituição federal de 1988**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.p. 76-80.

<sup>20</sup> COSTA, Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 54, p.7-40, Jun. 2010.

<sup>21</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. 351 p., 21cm. ISBN 9788536218304.p. 202-206.

ao Judiciário usar a proporcionalidade nas decisões, mas também o Executivo e o Legislativo que devem fazer suas escolhas levando em conta o bem jurídico protegido e o orçamento com as devidas justificativas. Segundo Ana Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos sociais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que esses recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável.<sup>22</sup>

A partir desse entendimento pode-se verificar que tanto a reserva do possível deve ser analisada quando a necessidade de efetivação de um direito, mas aquela não deve ser dita como absoluta sem a análise do caso concreto para que assim haja realmente uma verificação da proporcionalidade.

Destarte, caso o Poder Executivo se omita a garantir um dever consagrado constitucionalmente, o Judiciário poderá através de ação civil pública ordenar ao Estado a efetivação de direitos. No que concerne à reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal através do voto de Celso de Mello na ADPF 45, entende que:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. 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. Portanto, tal incumbência poderá atribuir-se ao Judiciário."<sup>23</sup>

A partir desse entendimento do STF, pode-se concluir que o princípio da reserva do possível só poderá ser aplicado se houver uma ponderação entre a razoabilidade da pretensão desse direito, sempre levando em conta o mínimo existencial, e a disponibilidade financeira. Além disso, o STF também deixou claro

---

<sup>22</sup> Ibidem, p.209.

<sup>23</sup> BRASIL. **ADPF 45**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo345.htm#ADPF>

que é legítima a atuação positiva do Judiciário frente a uma omissão do Executivo e do Legislativo, contudo, sempre levando em conta esse sopesamento que se faz necessário. Portanto, a reserva do possível não é uma barreira para que sejam efetivados direitos difusos e assim o cidadão pode contar com a atuação do Judiciário para a defesa e garantia de direitos fundamentais e sociais.

Contudo, o posicionamento tomado no que concerne à reserva do possível não é unânime e não há pacificação na doutrina e nem na jurisprudência, pois muitos argumentam que não se deve aplicar algo fora do planejamento orçamentário e que há uma supremacia do interesse coletivo.

No próximo item será abordado o segundo grande assunto do artigo que é a ação civil pública, seus desdobramentos e a análise jurisprudencial, pois como será visto, a ação civil pública é um instrumento importantíssimo que o cidadão tem para cobrar através do Judiciário, uma atuação positiva do Estado.

## **2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS CIDADÃOS**

As ações civis públicas geralmente têm o objetivo de alcançar um direito que por falta de política pública ou legislação não foi possível garantir esse direito. Essa tutela é coletiva, pois visa a implementação de políticas sociais voltadas aos cidadãos com o objetivo de garantir os direitos fundamentais e sociais consagrados na Constituição.

Esses direitos podem ser garantidos pelo Estado de forma positiva através de programas ou projetos sociais, ou seja, políticas sociais para que haja assim o pleno atendimento desses direitos. Sabe-se que um dos objetivos do Estado brasileiro são a erradicação da pobreza e a promoção da justiça social, contudo, em virtude de omissões ou até mesmo da limitação de alguns recursos, infelizmente, isso não vem sendo efetivado. Além disso, a opção do governante pode ser a aplicação de recursos em uma determinada área específica não atendendo assim

com excelência outras áreas, pois em um país tão extenso às vezes não é possível atingir tudo e a todos da melhor forma.<sup>24</sup>

## 2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Será falado somente desse direito fundamental, pois esse direito social e fundamental é de muita importância e sem ele a vida de um determinado indivíduo pode ser comprometida, e por isso o instrumento da ação civil pública relacionado ao direito fundamental à saúde deve ser levado muito a sério, pois uma decisão errônea pode matar muitas vidas. E assim o papel do Judiciário se torna fundamental para garantir aos cidadãos o direito de ter uma vida digna. Portanto, conforme ensina José Afonso da Silva<sup>25</sup> “a vida humana, que é objeto do direito assegurado no artigo 5º da Constituição, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”. Ele continua dizendo que “todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser”. Portanto, a partir dessas sábias palavras pode-se concluir que o direito à saúde, que está diretamente relacionado ao direito à vida, pois os dois são elementos indissolúveis, e é algo fundamental para todos os cidadãos. Assim será tratado o direito fundamental à saúde nesse tópico e no último tópico haverá uma análise jurisprudencial com base no direito à saúde.

A Constituição consagra em seus artigos 6º e 196 a 200 o direito fundamental social à saúde, contudo, este rol não tem pretensão de exaurir o tema. A lei consagra o direito à saúde como direito social, contudo, alguns autores o colocam como um direito fundamental ou ainda como um direito da dignidade da pessoa humana, pois ele é um direito básico inerente à dignidade humana e sem a efetivação desse direito a existência digna pode ser afetada.<sup>26</sup> Na Constituição de 1988 em seu artigo 196<sup>27</sup> fica claro que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, portanto, a saúde deve ser preservada e protegida. No rol de artigos sobre

---

<sup>24</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial...** Op. cit., p. 364

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 5. ed, 1989, p.177.

<sup>26</sup> DORNELLES, Bianca Bello de Souza; MALISKA, Marcos Augusto (Orient.). **Direito à saúde: dimensões e efetividade**. Curitiba: [s.n.], 2004. P. 27-32.

<sup>27</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.

direito à saúde a Constituição faz uma regulamentação das ações e serviço de saúde, cria e fixa diretrizes do sistema único de saúde e ainda estabelece a participação da iniciativa privada na assistência médica.<sup>28</sup> No artigo 5º da Constituição Federal é garantido o direito à integridade física e assim é dever do Estado efetivar a proteção desse direito. A administração pública só pode se orientar a partir da Constituição, mas é a lei que vai fazer o direcionamento da atuação, contudo, essa limitação pode trazer obstáculos. Esse aspecto negativo pode se dar quando não há uma regulamentação legislativa de um direito fundamental ou social que é previsto na Constituição de forma genérica e precisa de uma legislação que venha complementar e descrever melhor a amplitude desse direito. Entretanto, existe a negativa da pretensão de compra de medicamentos especiais, assistência médica, tratamento médico específico que pode representar um obstáculo ao direito à vida do cidadão em que, na verdade, é um direito garantido na Constituição e segundo ela tem aplicabilidade imediata.<sup>29</sup>

O grande conflito relacionado ao assunto da ação civil pública é que existe o direito à vida do cidadão que ingressa no Judiciário em busca da garantia do mínimo existencial e o direito à vida dos outros cidadãos, pois uma vez que é concedido um tratamento especial que não é do Sistema Único de Saúde (SUS) e mais caro a um cidadão é retirado um recurso que é direcionado à saúde que poderia beneficiar muitos outros cidadãos. Essa decisão no que concernem as prioridades do Estado é uma decisão que envolve vários fatores, mas é essencialmente uma decisão política, contudo, cabe lembrar que sempre deve ser analisado o caso concreto e deve sempre ser feita uma ponderação levando em consideração o mínimo existencial.

Cabe aqui fazer uma breve explicação no que diz respeito ao mínimo existencial. Ele pode ser compreendido, por grande parte da doutrina, como a garantia que cada cidadão tem que lhe seja fornecido o mínimo para a sua sobrevivência, incluindo a garantia de prestação médica e de fornecimento de medicamentos. Com relação a essa existência digna, não se pode entender somente o necessário para a existência corpórea em grau mínimo, mas com tudo o

---

<sup>28</sup>SILVA, Marcelene Carvalho da. **O direito à proteção da saúde...**Op. cit.,p. 46-51.

<sup>29</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial...** Op. cit., p. 416.

que diz respeito a aspectos indispensáveis para a vivência do ser humano, ou seja, a condição de pessoa humana titular de direitos fundamentais consagrados na lei fundamental, e assim é legítima a capacidade de cobrar a efetivação desses direitos para alcançar os pressupostos para a existência mínima e digna.<sup>30</sup>

A Constituição não faz distinção entre os cidadãos que necessitam de um tratamento especial urgente e os que podem aguardar por um tratamento comum disponível pelo SUS e por isso no caso de uma demanda judicial o juiz deve analisar o caso concreto e ver se aquele cidadão necessita mesmo desse determinado tratamento e também se ele não tem condições financeiras de arcar com os custos, principalmente nos casos em que o SUS não cobre o tratamento necessário para uma determinada doença.<sup>31</sup>

Este campo pode ser determinado como o das “escolhas trágicas” tanto por parte do legislador quanto do administrador e também do juiz quando solicitado para decidir um caso de ação civil pública relacionada a assuntos de saúde ou vida. É o campo das “escolhas trágicas”, pois não é possível beneficiar todos os cidadãos brasileiros necessitados e por isso tem que ser bem analisado e tem que ser dado preferência aos mais necessitados. Deve ser levado em consideração que cada caso é um caso, e deve ser feita a devida ponderação para que possa haver um equilíbrio, e por isso esta atividade judicial de decisão é tão importante porque neste caso pode salvar vidas.

### 2.3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ação civil pública constitui instrumento processual de defesa dos interesses transindividuais que é disciplinado pela Lei 7347 de 24 de julho de 1985, e a Constituição de 1988 faz uma expressa referência no artigo 129, inciso III. Vários autores dizem que essa lei trouxe muitos aspectos positivos para o Estado Democrático de direito brasileiro e abriu novos horizontes e fazendo com que valores socioculturais passassem a serem tutelados perante a Justiça brasileira. A Constituição veio a complementar a Lei de Ação Civil Pública, pois na lei é

---

<sup>30</sup> COSTA, Ivana Ganem. **A aplicação dos princípios da reserva do possível...**Op.cit.,p. 21-23.

<sup>31</sup> Idem

delimitado que é possível este tipo de ação desde que se trate de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e a Constituição complementa dizendo que o alcance da proteção via ação civil pública também se estende ao patrimônio público e social e a outros interesses difusos e coletivos.<sup>32</sup>

O interesse processual ou de agir pode ser qualificado por um trinômio: a necessidade, a utilidade, e a adequação. O primeiro a necessidade do recurso ao Poder Judiciário para obter um bem relacionado à vida ou um direito que exige a intervenção jurisdicional. O segundo que é a adequação do provimento pretendido e o terceiro é a utilidade da via processual eleita.<sup>33</sup> A ação civil pública pode ser proposta pelo Ministério Público que é o órgão público legitimado para ajudar na proteção das tutelas coletivas e também pode ser iniciada por outros legitimados, como o próprio cidadão que pode ingressar no Judiciário para requerer direitos, garantias e a efetivação dos mesmos. A ação civil pública é um ótimo instituto criado pelo Poder Público para que o cidadão possa ter a efetivação de um direito através de uma atuação positiva do Poder Judiciário, contudo, sempre devem ser levados em consideração todos os aspectos do caso concreto e devem ser feitas as devidas ponderações. Aqui também deve ser ressaltado o importante papel do Ministério Público que ingressa no Judiciário para que o Poder Público tenha uma atuação positiva e assim auxilia os cidadãos na defesa de direitos fundamentais.

#### 2.4 ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL

Depois de ser analisado a judicialização das políticas públicas e a ação civil pública agora será feita uma análise de uma jurisprudência de ação civil pública no que concerne ao direito fundamental à saúde. O processo é o ACP 8873863 PR 887386-3 e a decisão foi proferida pelo juiz Leonel Cunha da 5ª Câmara Cível. Aqui será feito um resumo da decisão, pois a mesma é muito extensa e depois será realizada a análise.

Na decisão supracitada o Juiz decidiu em favor do interessado Jivago Augusto Ranuffo Piotto portador de uma patologia denominada “Epilepsia Refratária

---

<sup>32</sup> STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Junia barroso de. **Ação Civil Pública: O direito e o processo na interpretação dos Tribunais Superiores.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001 p. 30.

<sup>33</sup> idem

de Distúrbio de Comportamento” em que o juiz Leonel Cunha julgou procedente o pedido e assim concedeu os medicamentos Depakote Er 500 mg e Frisium 20 mg que são necessários para o tratamento dessa doença assim garantindo o direito à saúde ao senhor Jivago. Contudo, o juiz indeferiu o pedido para o fornecimento de medicamentos para todos os usuários do Sistema Único de Saúde, residentes na Comarca de Londrina.

A justificativa dada pelo juiz de não concessão do pedido foi a de que nesse tipo de situação o Poder Judiciário deve analisar cada caso concreto levando em consideração o princípio da proporcionalidade e assim fazer um sopesamento para analisar qual valor deve prevalecer. Além disso, o juiz também se fez uso do princípio da separação dos poderes e o da harmonia entre os poderes para dizer que é função do Poder Executivo realizar políticas públicas e por isso não seria concedido a todos porque cabe ao Executivo incluir, se necessário, levando em consideração o orçamento da Administração Pública, o remédio na listagem do Sistema Único de Saúde. “A imposição do fornecimento gratuito, aleatório e eventual de medicação não especificada ou sequer discriminada tem potencial suficiente para inviabilizar o aparelho de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública.”

Nesta decisão fica claro que entendimento dos tribunais no que concerne à ação civil pública é de que deve ser analisado pelo juiz cada caso concreto para que o mesmo realize um sopesamento dos valores constitucionais e da necessidade da concessão do direito. Isso mostra que em algumas situações a ação civil pública acaba não tendo o caráter de tutela coletiva e sim de tutela individual em virtude da chamada individualização do processo e de outros aspectos. Os argumentos usados pelo juiz Leonel foram o de que se ele decidisse em prol da tutela coletiva estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, pois estaria realizando uma política pública e interferindo no orçamento da Administração Pública, e assim realizando funções que geralmente são do Executivo e do Legislativo. Além disso, o juiz disse que favorecendo a tutela coletiva e não fazendo uma individualização da situação fática, a que foi submetido o doente, ele estaria dando para uns e tirando de outros.

Contudo, como a ação civil pública é um instrumento que tem por objetivo tutelar o direito que não foi garantido pelo Poder Público a todos os cidadãos, apesar

de se tratar de direitos consagrados na Constituição, é legítima a demanda coletiva para que seja garantido um direito.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual Estado democrático de Direito, portanto, se faz necessário uma jurisdição constitucional para a proteção e efetivação de direitos fundamentais. Portanto, entendo legítima e necessária à atuação do Poder Judiciário em benefícios dos cidadãos quando ocorre uma omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Contudo, o assunto da judicialização das políticas públicas é algo muito discutido pela doutrina e com vários entendimentos diferentes, mas na atual conjuntura brasileira cada vez mais se deve buscar a democracia e um tratamento democrático a todos os brasileiros para que no futuro este país seja realmente para todos, com direitos e garantias iguais. E como diz a Constituição uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

### 4 REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional:** entre o constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional, Direitos fundamentais e Democracia.** In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.). Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 277-293.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **ADPF** **45.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>  
Acesso em: 20 de junho de 2012.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública.** RJ: Aide. ed., 1989, p. 15-37.

COSTA, Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 54, p.7-40, Jun. 2010.

DORNELLES, Bianca Bello de Souza; MALISKA, Marcos Augusto (Orient.). **Direito à saúde: dimensões e efetividade**. Curitiba: [s.n.], 2004.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.51-90.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 5.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25-165.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública (Lei 7.347/85- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.163-460.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. 351 p., 21cm. ISBN 9788536218304.p. 164-240.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**, 5. ed, 1989.

SILVA, Marcelene Carvalho da. **O direito à proteção da saúde na constituição federal de 1988**. Curitiba: UFPR, 2001.p. 76-80.

STARLING, Marco Paulo Cardoso. Oliveira, Júnia Barroso de. **Ação Civil Pública: O direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores, doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p.25-44.