



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LEONARDO GARCIA SERVILHA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO.**

**Assis/SP
2019**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

LEONARDO GARCIA SERVILHA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO.**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando (a): Leonardo Garcia Servilha
Orientador (a): Prof. Ms. Fernando Antonio Soares de Sá Junior

Assis/SP
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

S491a SERVILHA, Leonardo Garcia.

O Ativismo Judicial e a Judicialização da Saúde no Sistema Jurídico Brasileiro / Leonardo Garcia Servilha– Assis, 2019.

47p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Fernando Antonio Soares de Sá Junior

1. Separação-poderes 2. Direito constitucional

CDD: 341.233
Biblioteca da FEMA

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

LEONARDO GARCIA SERVILHA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

Examinador: _____
Inserir aqui o nome do examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho especialmente a minha família, mas também a todos aqueles que, mesmo indiretamente, contribuíram de alguma forma para o meu desenvolvimento pessoal e acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu pai, Mauro, obrigado por desde o começo me ensinar os valores da vida e do direito. Fico muito feliz em dividir esta paixão e por trilhar os mesmos passos do senhor.

A minha mãe, Debora e a minha irmã, Amália, obrigado por estarem sempre ao meu lado, me apoiando e me fortalecendo a cada dia.

“A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”. -Luís Roberto Barroso

RESUMO

O presente trabalho pretende discorrer sobre o ativismo judicial e sobre a judicialização da saúde no Brasil. Nesse foco, consiste em dispor sobre o surgimento do ativismo judicial e os motivos que deram causa a seu nascimento, sobre casos concretos onde o ativismo judicial foi utilizado na justiça brasileira. E ainda, averiguar como a judicialização da saúde interfere na separação dos poderes, teoria formulada por Montesquieu e acaba afetando drasticamente o orçamento do Poder Executivo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Tripartição dos Poderes. Ação Coletiva

ABSTRACT

This work intends to discuss about judicial activism and the judicialization of the right to health in Brazil. In focus, it consists on arguing about the judicial initiative and the reasons that gave rise to it, about real cases where the judicial activism was used in the Brazilian justice system. Also, find out how the judicialization of health interferes with the separation of powers, theory formulated by Montesquieu and ends up drastically affecting the budget of the executive power.

Keywords: Judicial Activism Judicialization of Health. Separation of Powers. Class Action.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC	CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
CPI	COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO
CNJ	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CPC	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
EUA	ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
HIV	HUMAN IMMUNODEFICIENCY VIRUS
IBPT	INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E TRIBUTAÇÃO
INSPER	INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SUS	SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. CONCEITO E ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL	14
2.1. DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO	18
3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	21
4. SEPARAÇÃO DOS PODERES	25
4.1. OS LIMITES ULTRAPASSADOS PELO PODER JUDICIÁRIO	27
5. DIFICULDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS	29
5.1. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	32
5.2. INADEQUAÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS.....	35
5.2.1. ECONOMIA PROCESSUAL.....	39
5.2.2. SEGURANÇA JURÍDICA	40
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
7. REFERÊNCIAS	44

1. INTRODUÇÃO

O primeiro capítulo do trabalho se ocupará principalmente em discorrer sobre os principais conceitos de ativismo judicial bem como destacar o pensamento de diversos autores quanto a sua origem. Irá se mencionar as principais maneiras com que a postura ativista se manifesta, desde a aplicação da constituição em situações não contempladas pelo legislador, passando pela declaração de inconstitucionalidade de alguns atos normativos até a imposição de condutas ao Poder Público, no que tange, principalmente, a matéria de políticas públicas.

Quanto a origem, irá expor de maneira sucinta o pensamento de Barroso, o qual menciona que o ativismo judicial teve como berço a justiça norte americana, através de suas jurisprudências progressistas julgaram casos principalmente relacionados aos direitos fundamentais.

Mencionará também o posicionamento contrário de Carlos Eduardo de Carvalho, para o qual o ativismo judicial se manifestou primeiramente na justiça belga, apesar de ter sido, nos EUA, em que os casos vieram a ganhar mais repercussão.

No mais, esclarecerá o posicionamento da professora Vanice Regina Lírio do Valle, a qual esclarece que o termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez por um jornalista americano, em uma revista. Nesse sentido, o jornalista havia usado o termo ativismo judicial (judicial activism) para expor quatro magistrados cujo autor considerava ativista, além de alguns outros que detinham uma característica mais contida.

Explorará ainda a dinâmica de que, apesar dessas divergências, é nítido que o ativismo é decorrente do neoconstitucionalismo. Estudará que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, em razão das terríveis atrocidades praticadas pela guerra em geral, começará a surgir novas constituições com o que é chamado de constitucionalismo contemporâneo, destacando principalmente as constituições americana e francesa.

Ainda, discorrerá sobre as principais diferenças entre ativismo judicial e Judicialização, através dos ensinamentos do professor e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso.

O segundo capítulo abordará de maneira mais aprofundada a questão da Judicialização da saúde, desde a época em que não existia qualquer tipo de tratamento público, até o início do sistema de saúde pública no Brasil. Ainda averiguará o início da Judicialização como umas das principais decorrências da Constituição Federal de 1988, a qual ampliou o acesso a informações de maneira com que os cidadãos passaram a ter mais consciência de seus direitos e buscar efetiva-los junto ao Poder Judiciário. Ainda, relatará que as principais demandas nessa época consistiam principalmente no acesso a medicamentos e acarretaria em responsabilidade solidária entre os membros da federação.

O terceiro capítulo consistirá em estudar e expor a teoria da Separação dos Poderes, desde seu início ainda na Grécia com Aristóteles, o qual, já naquela época havia alertado a Grécia sobre os benefícios de se dividir os poderes, através de uma de suas obras, até o filósofo Barão de Montesquieu, o qual reafirmou a teoria em uma época mais favorável, considerando o cenário político pós liberal e revolucionário que vivia a França naquele momento.

Ainda no terceiro capítulo, um de seus subtítulos consistirá em explorar a invasão do Poder Judiciário nos demais poderes, a fim de tentar garantir aos cidadãos seus direitos fundamentais, em razão da Carta Magna declarar a saúde como um direito fundamental em seus artigos 6 e 196. Questionará essa invasão feita pelo poder judiciário pois, em razão dessas decisões que vinculam os demais poderes, principalmente o Executivo, acabaria retirando o orçamento da saúde que tinha como intuito servir a um determinado grupo de pessoas, para servir a apenas uma.

No quarto e último capítulo, discorrerá sobre as principais dificuldades entre se efetivar os direitos fundamentais na sociedade brasileira, sem entrar no mérito do mau gerenciamento ou insuficiência de fundos, o que acaba veiculando o Poder Judiciário a julgar tais questões, filtrando-as pelas teorias do mínimo existencial e reserva do possível. Sobre estas, que surgiram na Alemanha, questionará sua efetividade no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que, as condições políticas, econômicas e sociais que deram origem a essas ideias na Alemanha não existem no Brasil.

Por fim, discorrerá sobre a questão da inadequação de ações individuais para implementar políticas públicas. Nesse espectro, demonstrará que, além de exigir um esforço desnecessário do Poder Judiciário ao entrar com ações individuais que possuam o

mesmo pedido, afetará também a celeridade processual. Nesse desiderato, vários processos com o mesmo pedido acarretarão numa sobrecarga do Judiciário.

Conceituara o direito coletivo, sobre o qual se encontra a saúde, que surgiu como um direito de segunda dimensão. Ainda conceituará algumas de suas características e por fim, concluirá que a ação civil pública, em razão de suas principais características como a segurança jurídica e a economia processual, se torna mais viável como forma de pleitear o acesso a medicamentos.

2. CONCEITO E ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente, é necessário que se conceitue o ativismo judicial. A ideia do ativismo está relacionada a uma participação mais extensiva do Poder Judiciário, algo que ultrapassaria os contornos da Judicialização da justiça. A postura ativista pode se manifestar por meio de diferentes condutas, as quais incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

José Augusto Delgado (2008, p. 319), em sua obra, definiu o Ativismo Judicial como: “uma postura a ser adotado pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”.

Nesse mesmo espeque, é a definição dada ao tema por Barroso (2008, p. 06):

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes...”

O ativismo é a atitude proativa do magistrado ao lidar com determinados problemas que não são cobertos pela legislação. Ocorre que muitas vezes, dada a nova envergadura do Direito, as demandas que chegam ao Judiciário não têm padronizações legais objetivas. Nesse passo, o magistrado ativista recorre-se aos costumes, à jurisprudência, aos princípios gerais do direito, à analogia e, segundo alguns juristas, também à equidade para lidar com essas questões já que o mesmo não pode privar-se de oferecer uma tutela jurisdicional. A propósito, os dizeres do artigo 140 do Novo Código de Processo Civil:

*“art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”*

Ainda sobre o assunto, Garapon (1998, p. 42) explica o ativismo:

“O ativismo, por outro lado, está situado dentro do Direito — no âmbito interpretativo, da decisão judicial — mas, paradoxalmente, também está fora, na medida em que a estrita dependência em torno daquilo que o juiz pensa, entende ou deseja no julgamento de uma determinada questão judicializável. Na falta de efetivação de um direito fundamental, o Judiciário, se provocado, evidentemente, está autorizado a agir para concretizá-lo.”

Pois bem. Em relação a origem, não podemos simplesmente mencionar uma única data ou fato histórico. Nesse sentido, há certa divergência doutrinária. Para Barroso (2008, p.07), O ativismo judicial teve seu início no século XX, e nos remete a justiça norte americana, onde por volta de 1947, através de suas jurisprudências progressistas em relação aos direitos fundamentais, a Suprema Corte Norte Americana, sob a presidência de Warren (1954-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973) produziu uma jurisprudência progressista no tocante aos direitos fundamentais, principalmente envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). Cabe ressaltar, que nessa época, a justiça americana passava por, ainda que silenciosas, profundas revoluções, no sentido de produzir uma jurisprudência mais progressista, no que concerne aos direitos fundamentais.

Nessa determinada época, a Suprema Corte Americana, ao julgar estas questões, foi de encontro ao que tangiam as leis federais daquele tempo, as quais ainda consentiam com a discriminação.

Por outro lado, para Carlos Eduardo Araújo de Carvalho (2009, p. 01), a primeira aparição do ativismo judicial se deu na imprensa belga, no século XIX, apesar do assunto, na época, não ganhar tanta repercussão, vindo esta visibilidade ocorrer, de fato, nos Estados Unidos, através da Suprema Corte, como afirma Barroso. A propósito, Carlos Eduardo assim leciona em sua obra:

“O vocábulo ativismo, segundo investigação sobre a sua origem, foi empregado, pela primeira vez em 1916, na imprensa belga. Porém, foi consagrado nos Estados Unidos da América, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes. Contudo, como leciona Dierle José Coelho Nunes, esta percepção sociológico-econômica e protagonista do Juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra em 1901.”

Ainda, segundo a professora Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 19), o termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez pelo jornalista americano Arthur Schlesinger. Onde o referido autor fez uma publicação, mais especificamente no ano de 1947 para a revista Fortune. No mencionado trabalho, Schlesinger usou o termo ativismo judicial (judicial activism) pela primeira vez e, citou quatro juízes da época, dos quais considerava ativista e três que eram considerados como “campeões do autocomedimento” (champions of self-restraint), fazendo uma menção a posição de autocontenção judicial destes três magistrados.

O termo self-restraint usado por Schlesinger é o que pode ser interpretado como a autocontenção judicial, que é justamente o oposto do ativismo. Nesse trilhar, a autocontenção ocorre quando os magistrados buscam não interferir nas ações dos demais poderes, ou, pelo menos, reduzir tais interferências. Assim explicou Barroso (2008, p. 07):

“O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”

A fins de corroborar a autocontenção judicial no sistema jurídico brasileiro, segue um recente julgado sobre o tema:

“DIREITO À SAÚDE. OMISSÃO ESTATAL NÃO COMPROVADA. ATIVISMO JUDICIAL CONTIDO.

1. Sem a prova da omissão estatal quanto à prestação do direito à saúde, não pode o Ente Público ser obrigado a custear tratamento médico de alto custo em hospital privado eleito pelo paciente. 2. Em matéria de políticas públicas, o ativismo judicial deve ser contido (judicial self restraint), pois não é recomendável ao Judiciário substituir o administrador público na implementação de políticas em curso, privilegiando uns em detrimento de muitos, agindo, assim, de maneira não igualitária. 3. Apelo conhecido e provido. Unanimidade

(TJ-MA – AC: 00050202820158100022 MA 0288272018, Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 26/03/2019, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/04/2019 00:00:00) “

A questão é que, apesar de cada autor ter sua particularidade quanto ao surgimento, é indiscutível que esse ativismo é uma das características do neoconstitucionalismo. Nessa esteira, com o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, diante das atrocidades praticadas não só no nazismo, mas na guerra em geral, timidamente foram surgindo novas constituições, destacando principalmente as constituições francesa e americana, originando assim o Constitucionalismo Contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo, no qual nos encontramos até os dias atuais. Essas novas constituições, a fim de evitarem novamente tamanha barbárie, consagraram novos grupos de direitos, tendo como núcleo central a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, até a Segunda Guerra Mundial vigorava um sistema de Estado Legislativo de Direito, ou seja, a constituição era meramente um documento político, cujas normas não se aplicavam constantemente e não existia o controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário. Assim menciona Barroso (2012, p. 3-4) ao citar as principais diferenças entre o Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito:

“O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito⁶. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.”

Entre as características do constitucionalismo contemporâneo, é visível o fortalecimento do poder judiciário, por exemplo nas questões das relações públicas e sociais, as questões mais importantes são submetidas às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Sem entrar nesse momento no mérito se isso ocorreu em razão da judicialização excessiva ou do enfraquecimento dos demais poderes, o fato é que o Poder Judiciário vem assumindo desde essa época forte protagonismo. Os juízes começaram a sair da sua condição passiva de aplicador de regras, para a ativa de ativismo judicial, substituindo o legislador como nos casos de judicialização das relações e políticas sociais, ou seja, os Tribunais passam a tratar de lides atinentes a políticas públicas, determinando por exemplo, no âmbito de direitos sociais, a distribuição de remédios.

2.1. DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Em razão de que muito se confunde esses dois institutos, a fim de um aprendizado maior sobre o assunto, é necessário conceituarmos também a judicialização. Entretanto, para compreender ambos institutos, é primordial entendê-los separadamente. Para que se entenda o ativismo judicial, necessita-se primeiramente entender a Judicialização do Poder Judiciário. Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal e visível interessado no tema, explica a judicialização. Segundo Barroso (2012, p. 12): “A judicialização representa em grande parte a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal”.

Nesse passo, quanto a diferença entre ativismo judicial e judicialização, o professor Barroso (2008, p.06) ainda acrescenta que:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Com efeito, a judicialização é o fenômeno que consiste na incisão de dilemas políticos que antes eram responsabilidades pertencentes, tão somente aos poderes Legislativo e ao Executivo. É a chegada de questões políticas ao poder judiciário, em decorrência, principalmente da evolução natural do direito, que veio como uma das consequências do neoconstitucionalismo e da promulgação da Constituição de 1988. A vida, por completo, judicializou-se. A judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário, é a circunstância do modelo constitucional democrático que circunda os tempos atuais.

A judicialização da política representa, portanto, um conjunto de coisas sob as quais o judiciário, simplesmente, não possui controle. Nessa esteira, são questões de cunho político-sociais que antecedem o nosso próprio ordenamento jurídico. Portanto, são por completo independentes do poder judiciário. Ou seja, são elementos preexistentes em

relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. Portanto, fica esclarecido que a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. Ainda nessa direção:

“Portanto, fica evidenciado que a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático.”¹

Ainda sobre a diferença entre os dois institutos, é destacável a maneira com que o Poder Judiciário vem invadir o âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Enquanto na judicialização o Poder Judiciário fica vinculado a invadir outras esferas em razão de um processo de transformação decorrente do neoconstitucionalismo e da Constituição Federal de 1988, no ativismo judicial, o próprio Judiciário, por livre e espontânea vontade, passa a tomar decisões que caberiam ao poder Legislativo ou Executivo. Apesar de aparentar um teor fortemente negativo, em consideração ao atual cenário político-jurídico, tem-se o entendimento de que, quando corretamente aplicado, o ativismo pode assegurar os dizeres constitucionais cravados na Constituição e a própria democracia em si. Sobre o viés positivo do ativismo judicial, o professor Luciano Tertuliano Silva (2015, p. 147/148) nos ensina que:

“A responsabilidade social do juiz Constitucional e do seu método de trabalho coloca a magistratura na linha de frente dessa alteração ideológica e paradigmática, exigindo-se dos juízes o desapego ao originalismo e minimalismo jurídicos em predileção ao ativismo judicial como medida indispensável à concretização da implementação substancial da Constituição.”

Sobre quando o ativismo judicial é corretamente aplicado, André Ramos Tavares (2012, p. 124/125), explica o possível desencadeamento e desvirtuamento da separação dos poderes quando não praticado da maneira correta:

“[...] a crítica à legitimidade da Justiça Constitucional na sua vertente chamada “substantiva”, mais ativista e menos distante dos problemas sociais, recorre frequentemente à “separação de poderes”. Da mesma forma como ocorre anteriormente, não há uma preocupação em tornar mais preciso o sentido dogmático dessa cláusula de “separação de poderes”. Por vezes, a operacionalização dos “poderes” (que ocorre por meio do Tribunal Constitucional) é relegada a um segundo plano. Isso é feito não sem se incidir em certa inconsistência interna, já que se o tribunal puder definir livremente a própria cláusula da “separação de poderes”, por se tratar de mais uma cláusula da Constituição, então a sua interferência em setores que seriam tradicionalmente pertencentes ao espaço

¹ https://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial#_ftn2

parlamentar restaria fundamentada pela justificação inicial em manipular a referida cláusula.”

Logo, denota-se que ambos os institutos, apesar de possuírem certa semelhança, são diferentes em certos quesitos, principalmente no que tange quanto à vontade do representante do Poder Judiciário em agir de maneira proativa. Retomando que, nos casos em que eventual postura ativista seja praticada pelo membro do Judiciário, seus limites devem ser bem traçados, de forma a respeitar a Separação dos Poderes.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Cabe ressaltar que a saúde nem sempre foi um direito garantido a todos. Tal fato ocorreu apenas na década de 30, onde o sistema de saúde pública teve início. Anteriormente a este período, não existia tratamento interventivo curativo, sendo possível somente ter acesso a tais procedimentos através de serviços particulares.

O termo judicialização, em si, foi descrito por Barroso (2009, p. 332) como:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos de Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministros e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade...”

Podendo ser compreendido, portanto, como uma atitude do poder judiciário que, ao sair da inércia, busca consolidar os direitos sociais e fundamentais gravados na Carta Magna no nosso ordenamento jurídico, através de decisões que, quase sempre, obrigam o Estado a efetivar os direitos constitucionais que a povo possui. Ainda, cabe destacar as três principais causas que deram origem a judicialização, segundo o ministro do STF (2009, p. 332/333):

“A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direito a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”

E ainda:

“(...) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as

Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. ”

Por fim:

“(...) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. ”

Logo, chega-se a inferência de que a judicialização teve como ponto inicial não só a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe certo ressurgimento da democracia nos cidadãos, fazendo com que estes passassem a ter mais acesso não só a informações, mas também a ter consciência de que eram detentores de direitos e poderiam, sem qualquer problema, buscar efetivar tais direitos ao reclamá-los ao poder judiciário, mas também foi potencializado por uma crise de representatividade do Poder Legislativo, o qual acabou por regredir e, de certa forma, proporcionar a ascensão do Poder Judiciário.

As ações judiciais contra o poder público a fim de receber acesso a medicamentos começaram por volta da década de 1990, ano no qual inclusive, foi aprovada a Lei nº 8.080, conhecida como a Lei Orgânica da Saúde, a qual instrumentalizou o SUS ao regularizar o funcionamento e a organização do Órgão. A propósito, o artigo 15 da respectiva Lei, determinou as atribuições comuns entre as três esferas governamentais e suas diversas áreas de atuação, da seguinte maneira:

*“Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:
I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;*

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;
IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;
V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;
VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;
IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;
X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;
XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;
XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;
XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;
XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;
XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial. ”

Os pedidos consistiam principalmente no acesso a medicamentos combatentes ao HIV/AIDS. Os pedidos se baseavam na premissa de que a Constituição Federal assegura, de forma completa, através do Sistema Único de Saúde (SUS) com responsabilidade solidária, ou seja, o compromisso poderia ser partilhado entre várias partes, digo, entre a União, Estados e Municípios. Nessa linha, vale ressaltar alguns julgados, como título de exemplo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.

(STF - RG RE: 855178 PE - PERNAMBUCO 0005840-11.2009.4.05.8500, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-050 16-03-2015). ”

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010). 2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. 3. Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010). ”

“MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. (RE 195192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000). ”

Acontece que, como de fato tais direitos estão gravados na Constituição Federal, tais pedidos deram nascimento a uma jurisprudência que, quase sempre, responsabilizava os entes federativos a cumprir os pedidos postulados e conseguir determinado medicamento. Atualmente, passados aproximadamente trinta anos desde o primeiro pedido pleiteando o acesso a medicamento, é de se notar que o direito a saúde vem sendo considerado como um direito ilimitado, o que chega a ser quase utópico, vez que quem paga os direitos sociais é o cidadão que, muitas vezes necessita de medicamentos com preços exorbitantes, muito além do que a pessoa acaba contribuindo.

4. SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao se falar da separação dos poderes, apesar de certo induzimento a atribuir tal autoria ao filósofo iluminista Montesquieu, o que de certa forma não é errado tendo em vista que o barão francês de fato desenvolveu a teoria da separação, a qual é usada até hoje em diversas constituições, não só a brasileira, mas também a portuguesa e alemã. Contudo, cabe ressaltar que Platão, ainda na Grécia Antiga, tratou pela primeira vez do tema, ao trazer à baila, o modelo de democracia como forma de governo, em sua obra “A República”.

Aristóteles, posteriormente, alertou para a Pólis grega sobre a conveniência em se dividir os poderes, trabalho feito em sua obra “A política”, realizada no século III a.C. Portanto, apesar de não ser evidente que a teoria da separação teve seu nascimento na Grécia, em razão de peculiaridades daquele tempo, como sua forma de organização social ainda com escravos e relacionamento entre cidades independentes, é primordial que se destaque a antiguidade clássica como o período em que a divisão dos poderes foi criada.

Posteriormente, a respectiva teoria foi esculpida pelo Barão de Montesquieu em uma época mais favorável. O ambiente burguês pós-revolucionário e liberal, atribuía ao Poder Judiciário um papel de mera “boca de lei”, ou, originalmente, “bouche de la loi”. Nesse aspecto, os magistrados deveriam buscar aplicar a lei vigente da forma mais mecânica possível, de forma a preservar a supremacia da lei, constantemente ultrapassada pelos abusos dos monarcas daquela época. Sobre o assunto, eis o pensamento de Flávia Viveiros de Castro (2006, p. 138):

“No que diz respeito à autonomia do Poder Judicial a posição de Montesquieu é enfática: os juízes deviam ser apenas a boca que pronunciava as palavras da lei. Conhecidos os fatos e a regra de direito, o juiz apenas procederia a uma operação lógica e automática de aplicação das leis aos fatos. A sentença proferida sobre o caso concreto seria a mera reprodução do já decidido genérico-abstratamente pela norma.”

A nossa vigorante Carta Magna, adotou a ideia da separação dos poderes em seu artigo segundo, o qual aqui cito: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Apenas a fins de conhecimento, vale ressaltar que o mencionado artigo é considerado uma das cláusulas pétreas, ou seja, é impossibilitado a modificação do texto através de Emendas Constitucionais.

A partir de uma interpretação do artigo segundo, é de se destacar que a principal função de tal artigo é garantir a liberdade individual, de forma a prevenir e combater a concentração absolutista do poder na mão de determinada pessoa ou grupo de pessoas. Foi nesse contexto que surgiu o sistema de freios e contrapesos, conhecido e explorado na doutrina americana como “check and balances”, o aludido sistema ganhou muita relevância com os ideais do próprio Montesquieu, no século XVII e XVIII. De forma a justificar a harmonia e a independência entre os poderes, o sistema de freios e contrapesos revela que um poder deve conter o outro, de forma a evitar abuso. Originando-se assim, as funções típicas e atípicas dos três poderes. Sobre o sistema de freios e contrapesos, assim nos ensina a professora Flávia Viveiros de Castro (2006, p. 142):

“No que pertine à harmonia entre os poderes do Estado, a referência que deve ser feita diz respeito à mútua interferência entre os mesmos, visando à criação de um sistema de freios e contrapesos, indispensável para que se evite arbítrio e o abuso de poder. Cria-se um complexo sistema de corresponsabilidades, que busca o equilíbrio e controle recíprocos.”

Dessa forma, derivada do sistema de freios e contrapesos surgiu a questão sobre as funções típicas, por exemplo, em regra, o Poder Legislativo legisla, ou seja, cria leis e as fiscaliza. O Poder Executivo, tem a função de executar, ou seja, administrar. Por sua vez, o Poder Judiciário detém o poder de julgar, logo, aplicar a lei ao caso concreto.

Não obstante, apesar de tais poderes serem independentes, foram criadas as suas funções atípicas, possibilitando dessa maneira que um poder fiscalize o outro. Nesse sentido, vemos que o Poder Executivo pode vetar projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo. Há também, como o Poder Legislativo processar e julgar os membros tanto do Poder Executivo, como do Poder Judiciário. Sobre o Poder Judiciário, este tem a capacidade de rever os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, bem como atos de determinada CPI, quando extrapolar o princípio da reserva constitucional de jurisdição. Assim, demonstramos as funções atípicas dos respectivos poderes, digo, funções típicas dos demais poderes.

4.1. OS LIMITES ULTRAPASSADOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Conhecido é que, todo serviço público oferecido pelo Estado tem por contrapartida o arrecadamento de tributos, ou seja, a acessibilidade e a eficiência dos direitos sociais devem ser garantidas pelo Estado, porém, suportada por toda a sociedade, a qual a sustentara através do pagamento de tributos, entre outras prestações. O obstáculo surge no momento em que se percebe que tais recursos não são suficientes. Sobre o assunto, assim se posicionou Barcellos (2002, p.259/260):

“Se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática, serão normas irrealizáveis. Luís Roberto Barroso já identificara essa situação, em que a manifesta ausência de condições materiais condena a norma desde o seu nascedouro, como uma forma de insinceridade normativa. O que se pretende enfatizar, portanto que, ao cuidar da interpretação do direito público em geral, e do constitucional em particular é preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos. “

Nesse sentido, apesar da Constituição Federal de 1988 tratar a saúde como um Direito Fundamental aos seus cidadãos, cravado em seu artigo 6º, o qual menciona:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. “

E ainda, complementado pelos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal:

“Artigo 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. ”

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. ”

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;*
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;*
- III - participação da comunidade. ”*

É sabido que nem todos conseguem efetivamente usufruir de tal garantia fundamental. Além da saúde pública no Brasil ser afetada principalmente por falta de gerenciamento e insuficiência de investimentos, a judicialização contribui de forma ativa e relevante para tal problema. As demandas concernentes à saúde pública no Brasil aumentaram em 130% entre os anos de 2008 e 2017, de acordo com pesquisa elaborada pelo INSPER, a pedido do CNJ, apresentada em um seminário no Hospital Sírio-libanês.

Apesar de inicialmente as decisões feitas pelo Poder Judiciário serem adequadas, digo, julgando de acordo com a Lei, seus impactos devem ser analisados com maior cautela. Nessa esteira, de acordo com o Ministério da Saúde, em 2016 foram gastos R\$ 1,6 bilhão a fim de cumprir os gastos de decisões judiciais relacionadas a saúde, valor que não estava incluído no plano orçamentário destinado a saúde pelo governo. Logo, a Judicialização causa um alto custo aos cofres públicos. O pagamento, por exemplo de medicamentos de alto custo, sem licitação, em razão da urgência, acaba alterando de forma drástica na balança econômica.

Na teoria, em razão do já mencionado artigo 140 do CPC, que diz que o juiz é obrigado a julgar, não é de se esperar que tais casos venham sendo decididos à luz do que traz a constituição e as respectivas leis esparsas. O judiciário não tem interesse em legislar ou sequer invadir e prejudicar o poder executivo através de decisões que concebem, por exemplo, medicamentos milionários, de forma a gerar enormes rombos nos cofres públicos, todavia, as decisões são baseadas e fundamentadas em normas constitucionais, de forma que o judiciário, representado no caso concreto pela figura do juiz, apenas realiza sua função típica, tendo, em razão da deficiência de certos artigos, prejudicando os demais poderes. Assim dizia Bobbio (1992, p. 16/17):

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los (...). Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações eles sejam continuamente violados.”

Dessa maneira, torna-se necessária uma atitude do Poder Legislativo, no sentido de novas considerações serem tomadas a respeito dos direitos sociais, a fim de se estabelecer um filtro, de maneira que se garanta os direitos sociais elencados na Carta Magna, sem, contudo, prejudicar o direito de terceiros.

5. DIFICULDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

Por ser um direito consagrado na Constituição, o direito à saúde pertence a todos, ou seja, está dentro do princípio da universalização, ocorre que, em razão da quase utópica efetivação completa destes, derivada da enorme população brasileira e dos limites orçamentários do Estado, os direitos sociais são por muitos considerados como normas de conteúdo programático, ou seja, apesar de poderem produzir efeitos, necessitam de outra lei para as regulamentar, em relação a isso José Afonso da Silva (2003, p.45) diz:

“(...) são normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. ”

Semelhante é a definição dada ao assunto por José Afonso da Silva (1999, p. 138)

“Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, reservando espaço para esclarecimentos e especificações ulteriores, podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado. ”

Nesse diapasão, ainda cabe ressaltar a ementa de um importante julgado do STF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8, publicado no DJU em 24.11. 2000):

“E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento

inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF". (RE 271286 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)."

Nesse trilhar, é certo que em razão principalmente do neoconstitucionalismo e também do estado democrático de direito, o qual foi restaurado pela Carta Magna de 88, o Poder Judiciário deve atuar de maneira proativa, saindo da zona de conforto e de sua inércia, a fim de garantir e efetivar os direitos fundamentais. Contudo, tal intervenção deve ser feita de maneira extremamente cuidadosa e cercada por parâmetros que impeçam o Judiciário de se tornar arbitrário, o que claramente vai contra os preceitos que podem ser extraídos da Constituição Federal de 1988. É nessa linha de raciocínio, que o Poder Judiciário quando observa determinado caso concreto em que seja necessária sua intervenção, principalmente nos casos que envolvem o direito social à saúde, busca se enraizar as teorias do Mínimo Existencial e Reserva do Possível.

Ambos institutos serão tratados com maior especificidade posteriormente, entretanto, cabe ressaltar que ambos são de origem germânica e que, a teoria da reserva do possível, foi, de certa forma, amparada no princípio da reserva legal, sendo utilizado como uma forma do Estado alegar exclusão de responsabilidade, comumente mencionada pelas Fazendas Públicas, vez que os entes federativos buscam justificar, quanto à implementação de direitos sociais e políticas, sua limitação orçamentária. De maneira que se pode interpretar que, a teoria da reserva do possível alega que, a garantia dos direitos fundamentais é limitada e está diretamente vinculada ao orçamento do Estado.

Por sua vez, o mínimo existencial é visto como uma espécie de alicerce da vida humana, é um direito fundamental elencado no art. 7, IV, da CF/88, o qual dispõe que:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

Tais direitos abrangidos por este artigo estão relacionados com os direitos sociais. São direitos de 2ª dimensão e surgiram em meados do século XIX, em razão da grande desproporcionalidade econômica que foi criada na época, devido, principalmente, a industrialização.

Sobre o surgimento dos direitos de segunda dimensão, assim explica Masson (2015, p.02):

“A partir de meados do século XIX, observou-se que o modelo jurídico criado para sustentar a nova realidade político-econômica, produzida pela conjugação dos ideais da Revolução Francesa em meio ao contexto da Revolução Industrial, era insuficiente para a pacificação dos conflitos sociais. A igualdade meramente formal (igualdade de todos perante a lei), a propriedade privada vista como direito sagrado e absoluto e a ampla liberdade de contratar, em um cenário de crescente industrialização, geraram distorções que conturbaram a sociedade de então: houve acentuado enriquecimento de poucos e grande empobrecimento de muitos, ao passo que a mecanização da produção acelerava o desemprego, enquanto os que conseguiram manter-se empregados labutavam em meio a péssimas condições de trabalho. Os mais fracos, para se fazerem ouvir perante o Estado, perceberam que somente agrupados e organizados conseguiriam contrapor-se ao poder político e econômico dos industriais. [...]

Como resposta aos clamores desses corpos intermediários, os Estados foram sendo gradualmente forçados a reconhecer direitos econômicos, culturais e sociais (direito à proteção contra o desemprego e condições mínimas de trabalho, direito à educação básica, direito à assistência na invalidez e na velhice etc.), que ficaram conhecidos como “direitos de igualdade” ou liberdades reais, concretas, materiais (por visarem à redução das desigualdades materiais que então se disseminavam), ou públicas positivas (pois implicavam prestações positivas do Estado para redução das desigualdades). Nascia, assim, o modelo de Estado Social ou do Bem-Estar Social (voltado não apenas à garantia de um mínimo de liberdade, mas também para a efetiva promoção social), e, com ele, os direitos humanos de segunda geração (ou de segunda dimensão).”

Os direitos de segunda geração possuem caráter programático, ou seja, o Estado tem a obrigação de, através do desenvolvimento de programas e serviços, fazer com que os respectivos direitos alcancem o indivíduo. Nesse diapasão, o mínimo existencial abrange um conjunto de prestações materiais necessários, sem as quais, é impossível de se viver com dignidade.

5.1. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ante a grande demanda judicial concernente aos pedidos da saúde, a administração começou, em razão do enorme rombo econômico no país, a alegar a teoria da reserva do possível. Esta, por sua vez, teve seu surgimento na Alemanha no ano de 1972, no Tribunal Constitucional Alemão, no respectivo caso, se questionava o acesso limitado a vagas para o ensino superior em universidades públicas, a fundamentação baseou-se no sentido de que a limitação de vagas seria clara violação ao direito de livre escolha e exercício da profissão. O tribunal indeferiu o pedido e alegou que os direitos sociais ficaram atrelados à existência de recursos orçamentários suficientes para os prover. Sobre o caso, assim relatou Daniel Sarmiento (2010, p.407/408):

“Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito ‘se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que se pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, ‘em primeira linha, pelo legislador’, que ‘deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando... as exigências de harmonização econômica geral.’”

Ainda seguindo esta linha de pensamento, essas foram as palavras do Professor Nunes Júnior (2009 p. 175/176):

“Em outras palavras, contrapondo-se os limites materiais do orçamento ou aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico: - observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital; - realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovados o esforço proporcional do Estados em dar resposta à respectiva demanda social.”

Ainda sobre o tema, eis o pensamento de Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 466).

“... muitos autores desenvolveram a chamada teoria do mínimo existencial, segundo o qual, para que se possa usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessária a implementação e garantia de um piso mínimo de direitos. Esses direitos protegidos sobre tal rótulo voltam-se para o atendimento e concretização das necessidades básicas de um ser humano...”

Diante desse antagonismo entre a reserva do possível e os direitos sociais, a solução alemã chegou ao Brasil como um fenômeno que limita a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, dentre eles o direito à saúde, em razão do déficit orçamentário e da falta de recursos para realizar tais obrigações. Contudo, é de suma importância destacar que os cenários em que os institutos foram usados no Brasil e na Alemanha são de uma enorme divergência. Ao contrário da Alemanha, que vivia um período de dificuldades econômicas pós Segunda Guerra Mundial na época, o Brasil, apesar de tudo, tem uma enorme carga tributária. A propósito, em pesquisa recente realizada pelo IBPT envolvendo os 30 países com a maior carga tributária no mundo, o Brasil ficou em último lugar, de forma a demonstrar o pior índice de retorno à sociedade. Portanto, não há de se falar em insuficiência de recursos, mas sim em mau gerenciamento dos respectivos. Em razão do exposto, alguns doutrinadores sequer acolhem a justificativa da reserva do possível no Brasil, a propósito, segue as palavras de Lazari (2012. P. 74/75):

“Se considerável parcela da doutrina e da jurisprudência acolhe a “reserva” e estuda meios para a minimização dos seus efeitos, outra corrente rechaça qualquer validade da tese num âmbito em que as discrepâncias estamentárias são gritantes, como é o caso do Brasil. Aliás, esse é o primeiro argumento em prol da refutação da Reserva do Possível neste país: na Alemanha, berço do instituto, apesar da já prolatada ausência de previsões de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, o nível de desenvolvimento da igualdade e da fraternidade mesmo dentro de uma economia neo-liberal pós-Guerra de sucesso faz com que a implementação de políticas públicas seja, por natureza maximizada. Assim, quando a “reserva” é alegada na Alemanha, é por que muita coisa antes já foi feita pelo Estado e o que se pede é sobrepujante. A briga, pois, é “pelo limite do teto”, e não “pela manutenção, ao menos, do chão”, como em tese ocorre no Brasil. ”

Seus dizeres encontram respaldo no que é dito por Andreas Krell (2002. p. 53), o qual narra que:

“A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de ‘lógica jurídica’, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países centrais do chamado ‘Primeiro Mundo’ com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes. ”

Por outro giro, o já mencionado Sarmiento (2010, p. 409) o contrapõe:

“Me parece que o argumento é contraditório, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância. Não obstante, concordo com o Prof. Krell quando ele afirma que tanto o maior grau de miserabilidade da população brasileira, como a forma explícita de posituação dos direitos sociais no texto constitucional – muito diferente, por exemplo, da Constituição alemã, que não os consagrou expressamente -, são

incompatíveis com a tese da insindicabilidade. Como Krell, não tenho dúvidas sobre a legitimidade e necessidade da intervenção judicial nesta seara. Sem embargo, diferentemente dele, entendo que isto não afasta a incidência da reserva do possível, compreendida – frise bem- não como um bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como critério importante para a sua parametrização.”

Ainda, a teoria do mínimo existencial, também criada na Alemanha, contudo, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, garante ao administrador, na medida em que não seja possível o atendimento completo, preservar ao menos o núcleo mínimo existencial da política pública que não foi integralmente implementada. Para Ricardo Lobo Torres, pioneiro a explorar o termo no Direito Brasileiro, define o mínimo existencial como:

“Um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Dessa forma, apesar do mínimo existencial não ser acolhido por parte da doutrina, é necessário enxergar que, ainda que parcialmente, o instituto busca melhorar a efetivação dos direitos sociais, tendo em vista a quase utópica realidade onde um direito fundamental como o da saúde, possa ser prestado integralmente pelo Estado. Da mesma forma, ocorre com a figura da reserva do possível, que funciona como um sistema de freio para a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo.

Sobre as diferenças dos dois institutos, assim explica Lazari (2012, p.30):

“Diferentemente do Princípio da Reserva do Possível, cuja alegação compete ao Estado, em primeiro lugar, o cenário comum é que o Mínimo Existencial seja utilizado pelo particular, já em seu requerimento de suprimento de direito fundamental social, não bastando, contudo, a mera invocação do instituto, tendo em vista a necessidade concreta de se visualizar a amoldagem da carência ao conteúdo “mínimo”. ”

Logo, chega-se à conclusão de que ao contrário da reserva do possível onde o Estado é quem alega em face do particular, o mínimo existencial tem como pleiteante o particular, a fim de tentar receber do Estado, o mínimo possível para se viver de maneira digna.

5.2. INADEQUAÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS

Primeiramente, cabe ressaltar que políticas públicas são uma série de ações, programas ou atividades, atitudes em geral, desenvolvidas pelo Estado a fim de assegurar determinado direito fundamental. Nesse diapasão, explicam Souza e Mezzaroba (2013, p. 476):

“As políticas públicas devem, por primeiro, assumir uma agenda que garanta um mínimo de condições para os cidadãos e, nesse sentido, temas como a previdência social, assistência social, educação, saúde, geração de emprego e erradicação da miséria, habitação, transportes, saneamento básico e reforma agrária, são fundamentais.”

É conhecido que ações individuais não são adequadas para implementar políticas públicas. Segundo Ada Pellegrini Grinover, a forma mais efetiva de se efetivar as questões de políticas públicas é através de ações coletivas. A processualista esclarece que os pedidos feitos através de ações individuais, que almejam o mesmo medicamento, sejam coletivizados, através do diálogo feito entre membros dos três poderes. O principal objetivo será a aplicação das decisões de maneira universal e igualitária.

Para fundamentar a tese da autora, cabe ressaltar que, ao obrigar o governo a comprar um medicamento para determinada doença, muitas vezes o Estado acaba retirando o orçamento que era investido para toda a saúde, e, comprar um medicamento de alto custo para uma só pessoa, acaba resultando em um desequilíbrio na ideia de políticas públicas e, principalmente na teoria da separação dos poderes. Portanto, para cumprir com essa demanda, a ação civil pública se torna mais adequada a ser pleiteada em razão da defesa de interesses transindividuais. Nessa esteira, as ações coletivas assumiram uma grande responsabilidade quando tratamos de concretizar políticas públicas, já que, levando em consideração a defesa dos interesses transindividuais, a questão de que o problema da saúde pública envolve uma grande quantidade de pessoas, e ainda, vale ressaltar a celeridade, a economia processual e a segurança jurídica.

A ação civil pública é um instrumento de natureza pessoal, serve para a defesa destes interesses transindividuais, ou seja, interesses coletivos (lato sensu), como é o caso da saúde, difusos ou individuais homogêneos. Quanto aos interesses difusos, assim os explica Rodolfo de Camargo Mancuso (2019):

“Os interesses difusos apresentam uma dimensão coletiva ainda mais expandida do que o interesse geral ou público, porque, enquanto estes têm a balizá-los os contornos de certos valores assentados e valorizados ao interno da coletividade (por exemplo: o investimento público em segurança da população), já os interesses difusos, ao contrário, ensejam posicionamentos diversos, de conteúdo cambiante (por exemplo, o sentido de “qualidade de vida”).”

Apesar de ser considerado um interesse metaindividual assim como o interesse coletivo, cabe ressaltar algumas diferenças entre o interesse difuso e o coletivo. Sobre essas diferenças, José Augusto Delgado (1999, p.21) destaca que:

“Hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a indeterminidade seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade aqueles interesses que envolvem os coletivos.”

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, em sua obra interesses difusos – Ed. 2019, há duas principais razões para essa diferenciação feita por José Augusto Delgado, segundo Mancuso (2019):

“Parece-nos que esta última corrente é a mais consistente, e isso por duas razões: A) conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero “interesses meta (ou super) individuais”, sendo esse, pois, o gênero próximo que os coaliza, há, todavia, pelo menos duas diferenças específicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele primeiro pode mesmo concernir até a toda humanidade, já o segundo apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma “relação-base”, a um “vínculo jurídico”, o que lhe permite aglutinar-se a grupos sociais ou a certos segmentos definidos;”

E ainda:

“o vezo de se utilizar indistintamente os termos interesse coletivo e interesse difuso é contraproducente, não contribuindo para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão, que estão em estágios diferentes de elaboração jurídica: os interesses coletivos já estão bastante elaborados na doutrina e jurisprudência; se eles ainda suscitam problemas, como o da legitimação para agir, “a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo”, como lembra José Carlos Barbosa Moreira; ao passo que os interesses difusos têm elaboração jurídica mais recente, não se tendo ainda de todo despegado do estigma de um “personaggio assolutamente misterioso”. Daí por que se afigura conveniente e útil a tentativa de distinção entre esses dois tipos de interesses.”

Portanto, os direitos difusos pertencem a uma classe, ou a um grupo indeterminável de pessoas, as quais são reunidas entre si pelo mesmo fato. Essa é a interpretação que podemos retirar do art. 81 do CDC, o qual descreve com exatidão os direitos difusos:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. ”

O professor Cleber Masson (2015, p. 43) ainda ressalta os principais motivos pelo qual se deve priorizar as ações coletivas em detrimento das individuais:

Há várias razões que recomendam que se dê prioridade ao processamento e julgamento dos feitos coletivos em relação aos individuais:

“Pela solução das lides coletivas, pode-se evitar a proliferação de processos individuais, já que será lícito aos interessados individuais aproveitar-se dos efeitos da coisa julgada coletiva; em se priorizando o julgamento dos processos coletivos pode-se, muitas vezes, afastar o indesejável efeito das sentenças individuais conflitantes entre si e com a sentença coletiva; a prioridade é recomendada pela regra interpretativa do sopesamento: uma vez que, em geral, o interesse social prevalece sobre os individuais, nada mais justo que dar preferência à solução das lides coletivas. ”

Passemos agora a observar algumas de suas características, a indeterminação dos sujeitos e a indivisibilidade do objeto.

Quanto à primeira, sabido é que somente os interesses relevantes para a ordem jurídica e referentes a um titular são suscetíveis da proteção do estado. Acontece que se tratando de interesses difusos, que se referem a um conjunto indeterminado de sujeitos, contrapõe-se ao esquema comum, visto que, a tutela não mais pode ter como parâmetro a titularidade, mas sim a relevância do interesse, de forma, que a transcendência social, supera a exigência da representação adequada em face de um único titular. Sobre o assunto, assim nos ensina Mancuso (2019):

“Ora, os interesses difusos por isso que são referíveis a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos, contrapõem-se fundamentalmente a esse esquema tradicional, visto que a tutela não pode mais ter por parâmetro a titularidade, mas a relevância, em si, do interesse, isto é, o fato de sua transcendência social, a que se acopla, para fins de tutela processual, a exigência da representação adequada de quem se apresenta como portador judicial. ”

E ainda:

“Altera-se, assim, fundamentalmente o esquema tradicional: a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas do fato do interesse concernir a toda a coletividade ou ao menos a um segmento dela, por aí se justificando o trato coletivo do conflito.”

No mesmo sentido vão os dizeres de Masson (2015, p. 20)

“A primeira característica dos direitos difusos é a indivisibilidade de seu objeto. Isso significa que a ameaça ou lesão ao direito de um de seus titulares configura igual ofensa ao direito de todos os demais titulares, e o afastamento da ameaça ou a reparação do dano causado a um dos titulares beneficia igualmente e a um só tempo todos os demais titulares.”

Quanto à indivisibilidade do objeto. Esta é indivisível porque não é possível dividir a lesão ou ameaça de que o interesse difuso trata em cotas atribuíveis a todos que fazem parte do respectivo grupo. Ou seja, uma ameaça a uma daqueles respectivos legitimados acarretará uma ameaça a todos os demais titulares. Da mesma forma acontecerá com eventual sentença. Nesse desiderato, a indivisibilidade do objeto tem o poder de conferir efeito erga omnes. Logo, a decisão terá efeito para além das partes que se encontram no respectivo polo da ação, de forma a beneficiar a todos aqueles que tiveram um direito lesado ou ameaçado. É a interpretação que podemos retirar dos ensinamentos de Masson (2015, p. 21):

“A indivisibilidade do objeto confere à coisa julgada em ações coletivas sobre direitos difusos efeitos erga omnes: a sentença que versar sobre tais direitos emanará sua eficácia para além das partes do processo, beneficiando a todos os que, mesmo não tendo composto um dos polos processuais, tiverem ameaçado ou lesado o direito versado em juízo.”

A propositura da ação civil pública tem sua previsão legal cravada na Carta Magna como uma das funções institucionais do Ministério Público.

Segundo o rol taxativo, ou seja, que não admite interpretações extensivas, do art. 5 da Lei 7.347/85, existem outros órgãos com legitimidade para ajuizar ações civis públicas, nesse sentido:

*“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - O Ministério Público;
II - A Defensoria Pública;
III - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - A autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista
V - A associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil*

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. ”

Portanto, visto que a ação civil pública é mais adequada para se tratar de causas coletivas, digo, que englobam o interesse de um grande grupo de pessoas, passemos agora brevemente a tratar dos principais motivos que justificam tal afirmação.

5.2.1. ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual busca constantemente o maior resultado útil do processo digo, do julgamento do mérito, com o mínimo esforço processual. Assim o princípio da economia processual, busca diminuir ao máximo a realização de atos irrelevantes e desnecessários durante todo o trâmite processual, de maneira que se visa garantir uma prestação jurisdicional mais célere. É de se imaginar que, no caso de ações individuais se tratando de um assunto inerente a todos, como a saúde, se torna de certa forma desnecessário o movimento da máquina judicial para julgar inúmeras ações que buscam o mesmo resultado. Dessa maneira, torna-se muito mais eficiente o ajuizamento de ações coletivas. A propósito, Masson (2015, p. 42) explica o princípio da economia processual da seguinte maneira:

“Trata-se do princípio segundo o qual o direito deve resolver os conflitos de interesse empregando o mínimo possível de atividades processuais. São exemplos de sua aplicação os casos de reunião de processos e decisões conjuntas por conexão e continência, bem como de extinção de processos em razão de litispendência e de coisa julgada.

O processo coletivo potencializa o alcance desse princípio, mormente no caso das ações em prol de direitos individuais homogêneos, já que possibilita decidir, num único processo, questões que, relegadas aos métodos convencionais, restariam pulverizadas numa infinidade de ações individuais. ”

Ainda, sobre a relação entre a eficiência do procedimento e a economia processual, essas são as palavras de Humberto Ávila (2003, p. 127)

“Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória e os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige muito mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriamente na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo

insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à Administração Pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim. Essa interpretação remete-nos a dois modos de consideração do custo administrativo: a um modo absoluto, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada, indiferente se outras alternativas, apesar de mais custosas, apresentam outras vantagens; a um modo relativo, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro. ”

Assim o princípio da economia processual, busca diminuir ao máximo a realização de atos irrelevantes e desnecessários durante todo o trâmite processual, de maneira que se visa garantir uma prestação jurisdicional mais célere

5.2.2. SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é preceito básico do Estado Democrático de Direito em que vivemos. Nesse prisma, cabe esclarecer que, a função da segurança jurídica é propiciar estabilidade, de maneira a assegurar com que todos sejam tratados da mesma forma pela Lei Maior, como garante a constituição em seu artigo 5º.

Sobre o conceito de segurança jurídica, assim o explicou Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 678):

“A garantia da segurança jurídica impõe aos poderes públicos o respeito à estabilidade das relações jurídicas já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão nos direitos e liberdades individuais e coletivas. ”

No mesmo sentido se encontram as palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 127):

“O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais do Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. [...]. Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. ”

Dessa forma, ante o exposto, é possível interpretar que a segurança jurídica está intimamente ligada com o Estado Democrático de Direito no qual vivemos e vai de acordo a Constituição Federal de 1988. Assim, como forma de regularizar e proporcionar a todos as pessoas o mesmo tratamento, ao menos no que tange a questão do pedido de medicamentos ante o Poder Judiciário, a ação coletiva se torna a melhor escolha.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao trilhar para o fim do presente trabalho, algumas considerações devem ser feitas. Primeiramente, é inegável que o ativismo judicial e judicialização estão ao longo do tempo se enraizando na justiça brasileira. Como já mencionado, apesar de similares, suas distinções são de suma importância. Talvez, a principal delas seja que, enquanto o ativismo decorre propriamente do Poder Judiciário, representado por juízes, desembargadores e ministros, que buscam sempre expandir o alcance da norma constitucional, em razão de alguma inércia ou contradição, do Poder Legislativo ou Executivo. A judicialização decorre da constante evolução do direito. Possa ser percebida em razão da maneira com que o poder judiciário vem a intervir nas funções que deveriam, em tese, pertencer ao poder executivo ou legislativo. A sociedade está em constante mudança, dessa forma, o direito, da mesma forma, deve se atualizar, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e a execução das normas constitucionais.

Conclusivamente, a judicialização é um resultado inerente do processo de transformação cultural em que se encontra o Brasil nos dias atuais. Algo que está completamente fora das mãos de qualquer membro do Poder Judiciário.

Ora, é de comum saber que levando em conta as considerações e a evolução do direito, o Poder Legislativo, sobre o qual tem a principal função de criar leis, não detém de qualquer meio possível para prever ou antecipar casos de futura regulamentação. De maneira, com que essas lides serão abordadas pelo Poder Judiciário em seu próprio tempo.

O problema é que, em razão do exposto, está se gerando uma enorme e perigosa ascensão do Poder Judiciário, de modo a ameaçar a harmonia e autonomia dos poderes, logo a separação dos poderes.

Atualmente, em razão de interesses próprios os Poderes Políticos, digo, Executivo e Legislativo, estão cada vez mais, se corrompendo de forma a prejudicar, principalmente, o povo, verdadeiro detentor de todo poder emanado.

Nesse prisma, cabe ao Poder Judiciário, sobre o qual vale mencionar, não está imune a corrupção, se atentar para efetivar de fato as normas constitucionais as quais, em tese, representam o poder do povo e, quando necessário e de maneira moderada, praticar o ativismo judicial.

No que tange a judicialização da saúde, esta da mesma forma, trata de assunto muito polêmico, em razão de que, a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais depende de recursos públicos, que o Estado, na maioria das vezes, afirma não possuir.

O direito fundamental, cravado na Constituição deve ser provido pelo Estado, ainda que de forma mínima, a garantir o mínimo existencial e preservar o núcleo central. Quanto a competência para a implementação de políticas públicas que assegurem esses direitos, possui um caráter solidário, incumbindo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

No tangente as formas com que o Estado deve, ainda que de forma mínima, garantir a efetivação dos direitos fundamentais, concluímos que o mínimo existencial, derivado em grande parte do princípio da dignidade humana e da reserva do possível, é questionado por parte da doutrina, em razão das diferenças sociais, econômicas e políticas que viviam Alemanha do século XX e o Brasil atualmente.

Por fim, o presente trabalho demonstrou que ações individuais não são a melhor forma de se buscar a efetivação de direitos coletivos, como é o caso da saúde. Isso ocorre devido principalmente ao fato de que as ações coletivas, efetivadas pela primeira vez através do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 7.347/85, possui mais vantagens, como o seu caráter *erga omnes*, fazendo com que os efeitos de eventual sentença passem a beneficiar a todo grupo indeterminado que a presente causa atinja, ainda que esses indivíduos não participem de qualquer polo da ação. No mais, ainda há de se destacar a questão da economia processual, tendo em mente que é desnecessário exigir tanto da máquina judiciária com inúmeros processos que possuam uma ameaça ao mesmo bem e gere o mesmo pedido, e a segurança jurídica que as ações coletivas proporcionam, de forma, assim, a evitar decisões contraditórias sobre situações idênticas.

7. REFERÊNCIAS

- Ávila, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. (2003).
- Barcellos, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. (2002).
- Barcellos, A. P. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Diálogo Jurídico*. (2007).
- Barroso, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar. (1993).
- Barroso, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas, 8ª ed.* Rio de Janeiro: Renovar. (2006).
- Barroso, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. (2008).
- Barroso, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (2008).
- Barroso, L. R. *O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, 4ª ed.* São Paulo: Saraiva. (2009).
- Barroso, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*. (2012).
- Bobbio, N. *A Era dos Direitos, 2ª ed.* São Paulo: Elsevier. (2004).
- Brasil, C. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado 2014. (1988).
- Carlini, A. *Judicialização da Saúde Pública e Privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. (2014).
- Carvalho, A. D. Montesquieu E A Releitura Da Separação De Poderes No Estado Contemporâneo: Elementos Para Uma Abordagem Crítica. *Lex Humana n°2*, 40. (2009).

- Carvalho, C. E. *Ativismo judicial em crise*. (2009).
- Castro, F. V. *O Princípio da Separação dos Poderes. In: Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. (2006).
- Collucci, C. Fonte: Site da Folha: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/em-uma-decada-judicializacao-da-saude-publica-e-privada-cresce-130.shtml> (acessado em: 31/07/2019).
- Delgado, J. *Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Del Rey. (2008).
- Delgado, J. A. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. *Revista Jurídica n.260*, 21. (1999).
- Fernandes, B. G. *Curso de Direito Constitucional, 3ª ed.* Rio de Janeiro: Lumen Júris. (2011).
- Garapon, A. *O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget. (1998).
- Guerra, S., & Emerique, L. M. *O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E O Mínimo Existencial*. (2006).
- Ito, M. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Fonte: conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista. (2009).
- Júnior, D. d. *Curso de Direito Constitucional, 2ª ed.* Salvador: Juspodivm. (2008).
- Krell, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, 1ª ed.* Porto Alegre: SAFE. (2002).
- Lazari, R. J. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá. (2012).
- Lenza, P. *Direito Constitucional Esquematizado, 18ª ed.* São Paulo: Saraiva. (2014).
- Mânica, F. B. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, 169-186. (2008).

- Marques, L. G. Boca da Lei. *Investidura portal jurídico*. (2009).
- Masson, C. *Interesses Difusos e Coletivos Esquemático*, 5ª ed. São Paulo: Grupo GEN. (2015).
- Mello, C. A. *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed. São Paulo: Mandamentos. (2013).
- Neto, C. D. *Judicialização da Saúde Pública, uma análise Contextualizada*. Porto Velho: Motres. (2017).
- Novelino, M. *Direito Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Método. (2012).
- Santos, M. A. A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional. (2004).
- Sarlet, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. (2009).
- Sarlet, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. (2011).
- Sarmiento, D. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. (2010).
- Scocuglia, L. *Política pública deve ser discutida em ação coletiva*. Fonte: Conjur: <https://www.conjur.com.br/2013-set-04/politica-publica-discutida-acao-coletiva-ada-grinover>. (acessado em 01/08/2019).
- Silva, J. A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros. (1999).
- Silva, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*, 22 ed. São Paulo: Malheiros. (2003).
- Silva, L. T. Manipulação discursiva e crise de Estado como obstáculos à institucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo. (2015).
- SOUZA, J. F. V. de. Mezzaroba, O. *O positivismo Jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador e partir dos conflitos sociais no Brasil. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais civis e sociais*. Joaçaba: Unoesc. (2013).

Tavares, A. R. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva. (2012).

Torres, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. (1989).

Valle, V. R. Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal - Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. (2009).