



**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil**

**ANA PAULA DE OLIVEIRA SANTOS**

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO  
DE DEFESA DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE:  
Legitimidade dos Provimentos  
Jurisdicionais e Ativismo Judicial**

Brasília  
2011

**ANA PAULA DE OLIVEIRA SANTOS**

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO  
DE DEFESA DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE:  
Legitimidade dos Provimentos  
Jurisdicionais e Ativismo Judicial**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Júlia Maurmann Ximenes.

Brasília  
2011

**ANA PAULA DE OLIVEIRA SANTOS**

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO  
DE DEFESA DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE:  
Legitimidade DOS Provimentos Jurisdicionais e Ativismo Judicial**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora**

---

Júlia Maurmann Ximenes  
*Orientadora*  
*Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP*

## RESUMO

A Ação Civil Pública é um mecanismo processual cuja finalidade é viabilizar a tutela jurisdicional de direitos e interesses de natureza transindividual, que tem sido manejado largamente com o objetivo de assegurar algum tipo de assistência à saúde, ante a inefetividade das medidas e ações dos Poderes Executivo e Legislativo. O presente estudo visa examinar se, em face dos aspectos processuais da Ação Civil Pública, a condenação do Poder Público a uma prestação material de assistência à saúde pode, em tese, incorrer em ativismo judicial.

Palavras-chave: ação civil pública – assistência à saúde – legitimidade ativa do Ministério Público – condenação a uma prestação material – atuação do Poder Judiciário – limites – ativismo judicial.

## **ABSTRACT**

The public civil prosecution is a a procedural way,that its aim is to make possible the judicial supervision of rights and interests of difuse nature, and it has been widely manipulated with the intention of ensure some kind of healthcare, by the inefficiency measures and proceedures of the executive and legislative powers.

This study intends to examine if, concerning the procedural aspects of the public civil prosecution, a condemnation of the public power to a material installment of healthcare might, in theory, run into a judical activism.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>7</b>  |
| <b>1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....</b>   | <b>11</b> |
| 1.1 CONCEITO E LEGISLAÇÃO PERTINENTE.....  | 11        |
| 1.2 BENS TUTELÁVEIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....   | 16        |
| 1.2.1 Interesses e Direitos.....   | 18        |
| 1.2.2 Interesses e Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos .....  | 21        |
| 1.3 OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....  | 25        |
| <b>2 ATIVISMO JUDICIAL.....</b>  | <b>28</b> |
| 2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS .....  | 28        |
| 2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....  | 32        |
| 2.3 ATIVISMO JUDICIAL .....  | 35        |
| <b>3 ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES.....</b>  | <b>40</b> |
| 3.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA <i>INDIVIDUAL</i> MANEJADA PELO MINISTÉRIO<br>PÚBLICO TENDO COMO OBJETO A ASSISTÊNCIA À SAÚDE ..... | 41        |
| 3.2 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NAS AÇÕES CUJO OBJETO É A<br>CONDENAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA OBRIGAÇÃO DE FAZER.....   | 48        |
| 3.3 AS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS NA OBRIGAÇÃO DE FAZER .....   | 53        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>59</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>59</b> |

## INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem assistido, reiteradamente, a situações em que o Poder Judiciário é provocado a solucionar questões relativas à implementação e efetivação de direitos fundamentais e sociais que não são satisfeitos a contento pelos demais Poderes, como a assistência à saúde e à educação, apenas para citar alguns exemplos.

Não se ignora que, no contexto sócio-jurídico contemporâneo, a atuação do magistrado é mais ampla, tendo em vista os novos parâmetros delimitados pelo Estado Constitucional de Direito e a nova ordem constitucional, dotada de regras e também de princípios.

Essa atuação mais ampla dos magistrados, que resulta em decisões direcionadas, muitas vezes, à efetivação de direitos fundamentais, foi denominada pela doutrina de “Ativismo Judicial” e pode ser verificada tanto em decisões (em sentido lato) proferidas em sede de primeira instância de julgamento quanto em julgados emanados de órgãos colegiados, inclusive das Cortes Superiores de Justiça.

Muitas das pretensões, cuja finalidade é a obtenção de algum direito fundamental ou social, são veiculadas por meio de Ação Civil Pública, mecanismo processual de natureza coletiva, regulado pela Lei nº 7.347/1985, com a finalidade tutelar direitos e interesses de natureza transindividual, que alcançam, portanto, uma coletividade.

Considerando-se a amplitude do rol de bens passíveis de tutela por meio da ação civil pública, em decorrência, principalmente, da cláusula aberta insculpida no art. 129, III, da Constituição da República, ao se referir a *outros interesses difusos e coletivos*, o que se percebe é que tais ações têm sido manejadas com as mais diversas pretensões.

Ocorre que, por mais amplos que sejam os bens tutelados por meio de ação civil pública e mesmo considerando a maior liberdade de atuação do magistrado, não se pode perder de vista os limites normativos e institucionais que norteiam a

atividade jurisdicional, sob pena de o magistrado extrapolar a competência institucional que lhe fora conferida pela Constituição da República de 1988 e invadir a esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse contexto surgem dúvidas acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário, se os provimentos jurisdicionais proferidos no bojo dessas ações civis públicas não estariam invadindo as atribuições dos demais Poderes, imiscuindo-se no mérito administrativo ou criando o direito material, ou mesmo violando normas processuais.

Conforme destacado por Paulo Gustavo Guedes Fontes, “A ‘criatividade’ dos juízes nas ações coletivas levanta problemas com relação aos seus limites. A jurisdição é chamada a dirimir conflitos transindividuais, o que no esquema tradicional cabia aos Poderes Executivo e Legislativo”.<sup>1</sup>

Como pode ser facilmente constatado, trata-se de tema demasiadamente amplo, que enseja a abordagem sob a ótica do Direito Constitucional, da Teoria do Estado, do Direito Administrativo, da Sociologia, da Hermenêutica Jurídica dentre outros ramos do conhecimento, o que impõe sua delimitação a fim de ser comportado no âmbito do Direito Processual Civil.

Assim, torna-se necessário buscar critérios para delimitá-lo no presente estudo.

Uma pesquisa na jurisprudência mostra um grande número de Ações Civis Públicas em que o objeto da demanda é a condenação do Poder Público na obrigação de prover algum tipo de assistência à saúde – no fornecimento de algum medicamento ou de um tratamento médico específico, seja para um grupo de pessoas ou para um único indivíduo, ou mesmo a reforma de um hospital, dentre outros exemplos.

Essas ações civis públicas, cujo objeto é a assistência à saúde, destacam-se não só pela relevância do objeto – assistência à saúde – e pelo grande número de demandas, mas também pelos seguintes aspectos: ações civis públicas ajuizadas

---

<sup>1</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites. A Ação Civil Pública Após 20 anos: efetividade e desafios.* Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471 e 485.



pelo Ministério Público em benefício de uma única pessoa; e a condenação do Ente Público em prestar uma assistência material específica.

Esses aspectos são relevantes porque a Ação Civil Pública é instrumento processual por meio do qual se busca a tutela de direito ou interesse coletivo, e não individual.

Além disso, a condenação do Ente Público em uma obrigação de prestar assistência material específica à saúde, para alguns, implicaria invasão, pelo Poder Judiciário, da esfera de atuação do Poder Executivo, a quem compete a implementação das políticas de saúde pública, o que configuraria a impossibilidade jurídica do pedido.

Diante desses aspectos processuais, e considerando-se as inúmeras sentenças e acórdãos concessivos da assistência à saúde, surge o seguinte questionamento: nessas decisões (sentenças e acórdãos) o órgão jurisdicional estaria agindo de forma 'proativa', ou seja, estaria excedendo os limites de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto e invadindo as esferas de atuação dos demais Poderes? Há, nessas hipóteses, a prática do chamado ativismo judicial?

Ao deferir uma pretensão de assistência à saúde, veiculada por meio de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público em benefício de um único indivíduo, o magistrado está agindo dentro dos limites da lei que regula a Ação Civil Pública, considerando-se que essa modalidade de ação tem por finalidade a tutela de direitos transindividuais, ou está agindo de forma pró-ativa?

O pedido seria juridicamente possível e será possível a condenação de um Ente Federado numa obrigação de fazer quando a pretensão deduzida na Ação Civil Pública importar destinação de verba para um fim específico?

O que se pretende, portanto, é verificar se nessas hipóteses o magistrado está observando os parâmetros legais expressos dentro dos quais lhe é permitido decidir, ou se está agindo de forma pró-ativa, configurando o chamado ativismo judicial.

A resposta a esses questionamentos requer o exame, inicialmente, da Ação Civil Pública, observando-se as definições legais e doutrinárias acerca de sua

finalidade, dos bens passíveis de serem tutelados por essa via e os limites dos provimentos jurisdicionais a ela inerentes.

Deve ser abordado o 'ativismo judicial', cuja ideia, segundo ensinamento de Luís Roberto Barroso, "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".<sup>2</sup>

Por fim, devem ser examinados os aspectos processuais relativos à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública; a possibilidade jurídica do pedido em sede de Ação Civil Pública e a condenação na obrigação de fazer nessa mesma modalidade de ação.

Não se pretende, aqui, esgotar o tema relativo às possibilidades de manejo da Ação Civil Pública e muito menos ao ativismo judicial. A finalidade do presente estudo é examinar a Ação Civil Pública cujo objeto é a prestação de assistência à saúde e identificar se nela há ativismo judicial ou excesso de atuação do Judiciário para além de sua competência, tendo em vista os aspectos processuais delimitadores da demanda, segundo o ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.

# 1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

## 1.1 Conceito e legislação pertinente

Disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a Ação Civil Pública tem por objetivo reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

De acordo com Hely Lopes Meirelles

*A ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24 de 24.7.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu.*<sup>3</sup>

Conceito mais genérico, mas bastante pertinente, foi elaborado por Caio Márcio Loureiro, para quem a “ação civil pública é ação coletiva e instrumento processual que tem por escopo a tutela de interesses não penais, trazendo como objeto de seu pedido a tutela jurisdicional de interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).”<sup>4</sup>

Para Pedro da Silva Dinamarco,

Ela pode ser entendida como um novo mecanismo processual que pode ser acionado pelas pessoas e entes expressamente elencados pela lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, visando à proteção de interesses grupais (ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos), seja porque a tutela jurisdicional individual seria (quase) impossível, seja porque ela seria antieconômica e menos eficaz.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 25. ed., São Paulo: Mallheiros, 2003, p. 161-162.

<sup>4</sup> LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 110.

<sup>5</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

Paulo Affonso Leme Machado corrobora que:

A ação judicial é denominada civil porque tramita perante o juízo civil e não criminal. Acentue-se que no Brasil não existem tribunais administrativos. A ação é também chamada pública porque defende bens que compõem o patrimônio social e público, assim, como os interesses difusos e coletivos, como se vê do art. 129, III, da CF/88. Quanto às finalidades deste instituto: "cumprimento de obrigações de fazer, cumprimento de obrigação de não fazer [53] e/ou a condenação em dinheiro. Ação visa defender o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."<sup>6</sup>

Hugo Nigro Mazzilli tece algumas considerações sobre o conceito e finalidade da ação civil pública:

A expressão ação civil pública, preconizada por Calamandrei, busca guardar um paralelo com correspondente expressão ação penal pública. Inicialmente, com ação civil pública se quis dizer a ação de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de improbidade. De um lado, toda ação é pública, enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o Ministério Público exclusividade na propositura da dita ação civil pública, podemos hoje considerar, de lege lata, que esta última compreende não só a ação de objeto não penal proposta por aquela Instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, proposta por qualquer dos demais co-legitimados ativos da Lei 7.347/85, desde que destinada à defesa de interesses difusos e coletivos.<sup>7</sup>

Paulo Salvador Frontini, Édis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, em trabalho que data de mais de duas décadas, declaram ser a ação civil pública:

O direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional... tendo em vista que o Ministério Público é o tutor natural do interesse público e dos interesses indisponíveis da sociedade, torna-se imperativa a ampliação do âmbito de abrangência da ação civil pública, a fim de que esta possa servir à tutela de todos os interesses difusos.<sup>8</sup>

Por sua vez Gianpaolo Poggio Smanio afirma que Ação Civil Pública “é aquela que tem por objeto os interesses transindividuais ou metaindividuais”.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, p. 385.

<sup>7</sup> CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (comentário jurídicos e sociais). 7. ed. revista e atualizada (Comentários de Hugo Nigro Mazzilli), São Paulo: Malheiros Editores, p. 666.

<sup>8</sup> FRONTINI, Paulo Salvador; MILARÉ, Edis; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ministério Público, ação civil pública e defesa dos interesses difusos. *Revista Justitia*. São Paulo: Setembro/1985, p. 263/278.

<sup>9</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 110.

Do que se infere dos diversos conceitos elaborados pela doutrina, a Ação Civil Pública tem como fim a tutela de direitos coletivos, ou seja, aqueles que transcendem a esfera individual e alcançam um grupo de pessoas, uma coletividade, seja esse grupo determinado ou indeterminado.

Conforme destacado por Pedro da Silva Dinamarco,

A ação civil pública tem vocação inata de proteger um número grande de pessoas mediante um único processo. Ela simultaneamente contribui para a eliminação da *litigiosidade contida* e para o desafogamento da máquina judiciária, mediante a eliminação de inúmeros processos individuais. É ainda um meio de dar efetividade ao princípio da igualdade entre as pessoas, na medida em que evita a *loteria judiciária* gerada pela diversidade de entendimentos jurisprudenciais sobre a mesma matéria.<sup>10</sup> (original destacado)

Cumpra aqui destacar a importância dos mecanismos de tutela dos direitos coletivos ante as profundas modificações sociais e políticas que culminaram na inadequação do modelo clássico do sistema jurídico, direcionado à solução de conflitos interpessoais.

Pedro Lenza elabora a seguinte síntese:

Ao analisar a evolução histórica do poder político e do Estado, Carlos Ari Suñdfeld assevera que, após os períodos da *pré-história* (onde não havia Estado), *antiguidade* (onde a cidade constituía uma verdadeira unidade política), *idade média* (marcada pelo enfraquecimento da autoridade central e disputa entre reis, Igreja, senhores feudais, corporações etc.) e *absolutismo* (irresponsabilidade total do Estado – *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong*), a *regulamentação do poder político* consolida-se na *idade contemporânea*, atingindo o clímax de seu processo evolutivo, posteriormente, com o *Estado Social e Democrático de Direito*.

Ao contrário do que se percebia no Estado-Polícia (Estado-legal, no qual o papel do direito se restringia a estabelecer comandos para regular os indivíduos), no Estado de Direito surge a preocupação em se atribuir à norma um determinado conteúdo, subordinando-se ao direito não só os indivíduos, como também, e nesse ponto invando a estrutura do Estado-Polícia, o próprio Estado.<sup>11</sup>

O autor segue destacando as transformações sociais que sucederam, delineando as características dos Estados de Direito, qualificados doutrinariamente em Estado Liberal, Social e Pós-Social.

---

<sup>10</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

<sup>11</sup> LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 25 – original destacado.

Conforme destacado pelo autor,

É nesse contexto, próprio para o surgimento dos novos atores sociais, que os *interesses transindividuais*, principalmente os *interesses difusos*, encontram ambiente fecundo para aflorarem e se revelarem, despertando, definitivamente, a proteção por parte dos estudiosos do direito.

E continua, argumentando que

a transformação da sociedade, intimamente ligada à transformação do Estado (talvez a sua propulsora), acarretou a necessária alteração da *prestação jurisdicional*, que passou a se adequar às novas realidades e necessidades sociais.

No Brasil, embora a ação civil pública tenha sido disciplinada em 1985, pela Lei nº 7.347, a tutela de interesses coletivos foi normatizada, pela primeira vez, com a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 – Lei de Ação Popular –, que concedeu legitimidade ao cidadão para a defesa do patrimônio público, assim considerados os bens descritos no artigo 1º, parágrafo primeiro da lei em comento.

Antes da edição da lei de ação civil pública e da lei de ação popular, contudo,

apenas algumas leis específicas, restritas a alguns setores da sociedade, concediam legitimidade extraordinária para a defesa de determinados direitos metaindividuais. É o caso da lei n. 1.134, de 14 de junho de 1950: ‘as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.’<sup>12</sup>

Dinamarco menciona, ainda, que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215, de 24 de abril de 1963, no artigo 1º, parágrafo único, conferia à instituição legitimidade para representar judicial ou extrajudicialmente os interesses gerais da classe dos advogados, bem como os individuais, relacionados com o exercício da profissão.

Com a promulgação da Constituição da República, em 1988, a ação civil pública ganhou status de ação constitucional, uma vez que fora consagrada no artigo 129, inciso III da Carta Magna, que ampliou seu objeto e a legitimidade ativa.

---

<sup>12</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36.

Além disso, outras leis infraconstitucionais disciplinaram a tutela coletiva de direitos, conforme destaca Pedro da Silva Dinamarco no trecho que a seguir transcrevo:

A primeira lei infraconstitucional a tratar de matéria complementar àquele diploma foi a lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que visa à proteção individual e coletiva das pessoas portadoras de deficiência. Além de ampliar seu objeto original, incluindo a proteção dos direitos dos deficientes, essa lei dispôs sobre aspectos processuais específicos da defesa coletiva dos portadores de deficiência física.

Pouco mais de um mês depois, foi editada a lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989, dispondo sobre ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Inovou ao dispor sobre o ressarcimento de danos individuais a esses investidores (arts.1º, caput, e 2º, caput), propiciando a defesa dos interesses hoje denominados **individuais homogêneos**, pois até então a ação civil pública visava apenas à proteção de interesses difusos, com remessa da indenização de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Em seguida, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069, de 13-7-1990), também contendo normas específicas para a ação civil pública ajuizada na defesa dos interesses individuais (indisponíveis), coletivos e difusos lá protegidos. Assim, v.g., há determinação para as multas diárias reverterem ao fundo gerido pelo Conselho da Criança e do Adolescente do respectivo município (e não ao fundo de que trata o art. 13 da lei n. 7.347, de 24-7-1985 – art. 214).

O Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078, de 11-9-1990) trouxe a mais relevante alteração na Lei da Ação Civil Pública, mexendo profundamente em sua estrutura. Todo o Título III (arts. 81 a 104) tem aplicação assegurada em qualquer ação civil pública, conforme determina o art. 21 da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Acrescentou, ainda, a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, além de inserir acréscimos diretos ao texto original daquela lei processual.

A lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, veio condicionar a concessão da tutela de urgência à 'audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas' (art. 2º)

A Lei Antitruste (lei n. 8.884, de 11-6-1994) também ampliou o objeto da ação civil pública. Seu art. 88 determinou a inclusão do atual inciso V no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Assim, os danos causados por infração da ordem econômica passaram a ser tuteláveis por meio da lei em comento. O parágrafo do mesmo art. 88 ensejou também a alteração da redação do art. 5º, inciso II.

A lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, trouxe (ou, para alguns, apenas tentou trazer) uma limitação territorial ao âmbito da coisa julgada ao território de competência do juízo prolator da sentença. Essa provavelmente é a mais **impopular** das alterações sofridas pela lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

A medida provisória n. 1.570/97, convertida na lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, restringe-se a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, condicionando-a, no tocante às demandas coletivas, à 'audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas (art. 2º).

A medida provisória n. 2.102-29, de 27 de março de 2001, por fim, alterou a redação do inc. V do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que passou a vigorar com a seguinte redação: 'por infração da ordem econômica e da economia popular.

Por fim, cumpre destacar que, a despeito das divergências doutrinárias, que não serão aqui abordadas em razão da irrelevância para o presente estudo, a ação civil pública constitui-se em instrumento processual, e não material, uma vez que, ainda citando ensinamento de Pedro da Silva Dinamarco,

A lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não visa à criação de regras de comportamento para as pessoas, na vida em sociedade. Ela contém apenas regras procedimentais a serem seguidas pelo juiz e pelas partes sempre que surgir um conflito de interesses envolvendo direitos e interesses metaindividuais que tenham sido lá especificados. Trata do foro, rito, legitimidade, atuação do Ministério Público, sentença, coisa julgada, execução, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil etc. Ela depende essencialmente das normas de direito material para que possa ter vida. Da própria justificativa apresentada no Projeto Bierrenbach, redigida pela comissão que elaborou o anteprojeto, consta essa intenção de disciplinar a forma processual.<sup>13</sup>

O próprio autor, entretanto, invocando argumento de Rodolfo de Camargo Mancuso, ressalta que os artigos 10 e 13 da lei em comento têm natureza de norma material, uma vez que criaram, respectivamente, um novo tipo penal e um Fundo para reversão do dinheiro arrecadado. Assim, constituem exceção à natureza processual da lei.

## 1.2 Bens tuteláveis por meio da Ação Civil Pública

A Constituição da República, no artigo 129, III, dispõe:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A Lei 7.347/1985, por sua vez, em seu art. 1º, com as alterações legais que lhe foram feitas, estabelece:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

<sup>13</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47



III – à ordem urbanística; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Renumerado do Inciso III, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

V - por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VI - à ordem urbanística. (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Em razão da patente falha da redação oficial da lei nº 7.347/1985 na enumeração dos bens objeto de tutela, uma vez que o inciso III e o inciso VI repetem o mesmo objeto – ordem urbanística – mostra-se mais adequado adotar a enumeração dada pela doutrina.

Assim como outros doutrinadores, Gregório Assagra de Almeida cita o artigo 1º da lei em comento da seguinte forma:

Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.<sup>14</sup>

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor, cuja invocação é imprescindível na delimitação dos bens passíveis de tutela por meio de ação civil pública, prevê:

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;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

<sup>14</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 54.

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Com base na legislação supracitada, bem como em outras normas relacionadas, embora não transcritas, pode-se estabelecer, em termos genéricos, que a Ação Civil Pública tem como objeto a tutela de direitos e interesses de determinados bens da coletividade.

De acordo com Pedro da Silva Dinamarco, “...são de três espécies os direitos ou interesses que podem ser tutelados por meio de uma ação civil pública: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.”<sup>15</sup>

E continua o mesmo autor:

Essas espécies estariam compreendidas dentro do gênero que a doutrina costuma denominar indistintamente *interesses coletivos*. Para evitar confusão, parece mais adequado chamá-los de *interesses grupais*, expressão utilizada por MAURO CAPPELLETTI, ou *interesses metaindividuais*.

(...)

Saliente-se, desde já, que esses interesses ou direitos têm em comum a uniformidade e a larga expressão dos sujeitos concernentes.<sup>16</sup>

Aqui, surge a necessidade de se fazer referência à diferenciação estabelecida, pela própria lei (incisos I, II e III, parágrafo único, art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) entre os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Antes, porém, impende fazer uma breve consideração acerca de outra diferença terminológica, essa apontada por alguns doutrinadores entre os termos *interesses* e *direitos*.

### 1.2.1 Interesses e direitos

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48-49.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 49 e 51.

Como se pode observar das normas anteriormente transcritas, tanto a Constituição Federal quanto a lei de regência da Ação Civil Pública fazem referência expressa à proteção de *direitos e interesses*.

Diante da terminologia utilizada pelo legislador – *direitos e interesses* – alguns doutrinadores constataram a necessidade de se averiguar e identificar o significado de cada um dos termos utilizados pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional a fim de delimitar, com maior precisão, os bens passíveis de tutela por meio da ação civil pública, ou seja, se tanto os direitos quanto os interesses podem ser tutelados.

Acerca do *interesse* Moacyr Amaral Santos ensina que:

Os bens da vida se destinam à utilização pelo homem. Sem uns, este não sobreviveria; sem outros, não se desenvolveria, não se aperfeiçoaria. A razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, é o que se chama interesse. Assim, aquilata-se o interesse da posição do homem, em relação a um bem, variável conforme suas necessidades. Donde consistir o interesse na posição favorável à satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é o homem; o bem é o seu objeto.<sup>17</sup>

Ao examinar o tema, em artigo publicado na obra *A Ação Civil Pública Após 20 anos: efetividade e desafios*, Paulo Salvador Frontini o faz abordando a diferença entre direitos e interesses difusos, excluindo os coletivos e os individuais homogêneos.<sup>18</sup>

O autor, inicialmente, destaca que o termo *interesse* pode ser examinado sob os aspectos processual e material, sendo que esse, o material, que será examinado neste ponto, deve ser entendido como o interesse jurídico, nos termos em que se refere o art. 3º do Código de Processo Civil, e não como qualquer interesse disponível no universo, sem relevância para o mundo jurídico.

Paulo Salvador Frontini, invocando os artigos 5º, II, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal, entende que, por força do princípio da legalidade, insculpido na Carta Constitucional, o interesse difuso, por si só, não autoriza a tutela jurisdicional. O autor argumenta:

<sup>17</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3

<sup>18</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública em Tutela de Direitos Difusos: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471/503.

Um interesse difuso será invocável, especialmente perante o Poder Judiciário, se a legislação o houver alçado à categoria de *direito difuso*. Por força dos limites impostos pelo princípio da legalidade ao Estado, e por força da garantia assegurada a qualquer pessoa de direito privado, no sentido de não ser obrigado a fazer ou não fazer, senão em virtude de lei – ou seja, uma norma jurídica válida e eficaz – incorporada ao direito positivo, como direito positivo, como *direito difuso*, aquele interesse difuso.<sup>19</sup>

Portanto, para o autor, o interesse deve ser convertido em direito, por meio de lei, para que, posteriormente, possa ser objeto de tutela na via da ação civil pública.

Gregório Assagra de Almeida destaca que a doutrina clássica prefere empregar a terminologia *direito* apenas para as hipóteses em que a titularidade pertencer a sujeito determinado. Assim, segundo o autor, “em sendo indeterminados e indetermináveis os sujeitos nos difusos e coletivos (transindividuais), a eles não seria correto atribuir, de acordo com essa doutrina, o *status* de *direitos*, mas sim, de *interesses*.”<sup>20</sup>

Em sentido oposto, o autor aponta a *tese revisionista*, que propõe a superação da doutrina clássica e defende a existência apenas de direitos subjetivos metaindividuais. E, por fim, refere-se a uma *posição intermediária*, para a qual deve ser mantida a dupla terminologia, ou seja, interesses e direitos, sendo que o interesse, quando juridicamente protegido, assume a condição de direito, o que suprime qualquer diferença prática entre os termos.

Essa última orientação também é defendida por Pedro Lenza que, acolhendo argumentos de Kazuo Watanabe, sintetiza:

Kazuo Watanabe também reconhece que, por muito tempo, os interesses transindividuais não tiveram a devida proteção jurídica. Isso decorria da tradicional definição em se atribuir e correlacionar o *direito subjetivo ao titular determinado ou determinável do direito evocado*. Evolutivamente, corrobora o mestre, a distinção entre *interesse simples* e *interesse legítimo* permitiu avanço no sentido de se tutelar juridicamente esses últimos. Finalmente, o atual entendimento de que a conceituação de direito subjetivo, alargando o posicionamento clássico, abarca, também, os

---

<sup>19</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública em Tutela de Direitos Difusos: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 494.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 49.

interesses transindividuais, torna perfeitamente possível a sua proteção jurídica.<sup>21</sup>

Para Kazuo Watanabe, ainda citado por Pedro Lenza:

os termos 'interesse' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.<sup>22</sup>

Por fim, cumpre ressaltar que, ao contrário de Paulo Salvador Frontini e Gregório Assagra, anteriormente citados, Pedro Lenza entende que, ainda que os interesses não estejam juridicamente protegidos, ou seja, ainda que não estejam previstos em lei específica, configurando-se em *interesses simples*, os interesses metaindividuais gozam de proteção.

Para o autor:

...desde que preenchida a condição legitimante, como já visto, materializada pelo binômio relevância do interesse-representação adequada, não se pode descartar a sua proteção.

(...)

Outro entendimento ensejaria o desprestígio e banalização do Judiciário, uma vez que deixaria de cumprir a função esperada pela sociedade.<sup>23</sup>

## 1.2.2 Interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Conforme anteriormente destacado, o Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III) encarregou-se de estabelecer o conceito de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com isso, cessaram, em parte, as discussões doutrinárias até então suscitadas acerca do tema.

Necessário esclarecer que as discussões doutrinárias cessaram em parte porque, a despeito da previsão legal das três modalidades de direitos/interesses coletivos (em sentido amplo), alguns doutrinadores criticam a diferenciação entre elas tendo em vista a dificuldade de aplicação prática dos critérios legais

<sup>21</sup> LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

<sup>22</sup> LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 54.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 56.

estabelecidos para diferenciá-las. A questão, contudo, não será abordada no presente estudo.

Para fins didáticos, entretanto, será feita a transcrição dos respectivos conceitos, mormente porque, consoante advertência de alguns doutrinadores, inobstante a definição legal, o exame dos casos concretos, repita-se, muitas vezes suscita dúvidas acerca de espécie do direito/interesse invocado, se difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo. Em tais situações, o socorro das definições e esclarecimentos doutrinários é imprescindível.

Transcrevo, assim, os conceitos elaborados por Fredie Didie Júnior e Hermes Zaneti Júnior:<sup>24</sup>

#### a- Direitos Difusos

(...)

Assim, reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade) de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, *v. g.*, a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio-ambiente e a preservação da moralidade administrativa. Por essa razão, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes* (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual (art. 103, I, CDC).

#### b- Direitos Coletivos (em sentido estrito)

Já os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, par. ún., II, do CDC) foram classificados como direitos transindividuais (com a mesma sintonia descrita acima), de natureza indivisível, de que seja titular o grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo "*affectio societatis*" ou pela sua ligação com a "parte contrária". (...)

Cabe ressaltar que a relação-base necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). (...)

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade<sup>5</sup> e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

<sup>24</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*. Salvador: Editora Jus Podivm, p. 74-77.

Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela se revela indivisível, e a ação coletiva não está “à disposição” dos indivíduos que serão beneficiados.

Não por outro motivo a coisa julgada será “ultra partes”, nos termos do art. 103, II do CDC, ou seja, para “além das partes”, mas limitada ao grupo, categoria ou classe; (...)

### c- Direitos Individuais Homogêneos

O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem, comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.

Ou seja, o que têm em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou de fato que lhes conferem características de homogeneidade, revelando, nesse sentir, prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva.

(...)

Não por outra razão se determinou no CDC, art. 103, III, que a sentença terá eficácia *erga omnes*. Ou seja, como anotou a doutrina os titulares dos direitos individuais serão “abstrata e genericamente beneficiados”.

Dos conceitos previstos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor aliados aos esclarecimentos doutrinários, tem-se, portanto, que ambos os direitos/interesses (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) são caracterizados pela uniformidade e pelo grande alcance dos sujeitos a quem se vinculam.

Os direitos/interesses difusos são aqueles cujos titulares, sempre em grande número, não podem ser determinados e, caso haja possibilidade de determinação do titular, não será hipótese de direito difuso. Além disso, o bem jurídico tutelado deve ser indivisível (seja pela natureza, seja por acordo de vontade ou pela própria finalidade). Por isso, a tutela atinge a toda a coletividade, e não a um único indivíduo.

Também nos direitos/interesses coletivos há indivisibilidade do bem, embora se trate de indivisibilidade “relativa”, de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor), em razão de ser afetada a um grupo, categoria ou classe, cujos indivíduos componentes, embora

indeterminados, mas passíveis de terminação, estão ligados entre si ou à parte contrária por uma relação jurídica preexistente à lesão.

Quanto aos direitos/interesses individuais homogêneos, cuja delimitação suscita maiores dificuldades para a doutrina, são aqueles divisíveis e cujos titulares podem ser identificados, sendo que sua origem fática é comum e a relação jurídica-base que liga os liga pode ser decorrente do próprio ato lesivo, e não anterior a ele.

Importante observação faz Pedro da Silva Dinamarco ao afirmar que o tipo de tutela postulada na Ação Civil Pública tem fundamental importância para a classificação da modalidade do direito ou interesse coletivo (em sentido amplo)<sup>25</sup>.

Para finalizar o ponto relativo aos bens tuteláveis por meio de Ação Civil Pública, deve ser registrada a discussão acerca da possibilidade de tutela, por meio dessa modalidade de ação coletiva, dos direitos/interesses individuais homogêneos que não dizem respeito a questões relativas aos consumidores.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, citado por Pedro da Silva Dinamarco:

se a própria lei 8.078 cuidou de definir como situações distintas as dos direitos ou interesses coletivos, difusos e homogêneos, para efeito de proteção ao consumidor, e ao tratar da ação civil pública (no art. 110) só arrolou interesses difusos e coletivos, evidente se manifestou a vontade de não estender a proteção a todo e qualquer agrupamento de direitos homogêneos no campo da ação regulada pela lei 7.347/85.<sup>26</sup>

Ainda segundo Humberto Theodoro Júnior, citado por Dinamarco:

se, pois, a Lei da Ação Civil Pública não se destina à proteção dos interesses ou direitos homogêneos, claro é que o novo art. 21 não importa em permitir que se cuide, dentro do terreno da Lei 7.347, de demandar tutela para pretensões relativas a tais interesses, estranhos que são à destinação específica da ação que, legalmente, tem objeto diverso e bem especificado.

Entretanto, a maioria da doutrina não vislumbra tal impedimento, admitindo, assim, que também os direitos/interesses individuais homogêneos, que não sejam relativos a consumidores, sejam tutelados por meio de ação civil pública.

---

<sup>25</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 63.



Do que até aqui se expôs tem-se a clara noção de que os bens passíveis de tutela por meio de ação civil pública não são claramente definidos na legislação. Isso porque, embora a lei de regência tenha enumerado os bens tuteláveis, a cláusula aberta insculpida no art. 129, III, da Constituição da República, ao se referir a *outros interesses difusos e coletivos*, amplia as possibilidades de tutela por meio da ação em comento.

E exatamente essa cláusula aberta – *outros interesses difusos e coletivos* – tem servido como suporte às pretensões que veiculam pedidos de assistência à saúde.

### 1.3 Objeto da Ação Civil Pública

O art. 3º da Lei 7.347/1985 dispõe: “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

A norma de regência, portanto, permite que o pedido na Ação Civil Pública seja a condenação em dinheiro ou a uma obrigação, seja ela de fazer ou não fazer.

Ante a previsão legal, Pedro da Silva Dinamarco adverte que “Em regra, os interesses metaindividuais devem ser preferencialmente protegidos por meio de tutela específica, de forma preventiva”,<sup>27</sup> ou seja, o objetivo precípua da norma é prevenir e evitar que a lesão se concretize.

Entretanto, continua o autor, “nem sempre isso é possível, seja pela própria natureza da obrigação (que já nasce pecuniária, como ordinariamente ocorre nos interesses individuais homogêneos), seja porque o dano já se consumou, sendo irreversível”,<sup>28</sup> o que impõe a tutela repressiva – a condenação em dinheiro.

Assim, ante a textualidade da norma, o provimento jurisdicional na Ação Civil Pública, inicialmente, seria de natureza condenatória.

Diante disso, há quem entenda que o provimento jurisdicional será sempre de natureza condenatória, uma vez que a lei fez referência expressa à condenação em dinheiro ou numa obrigação (de fazer ou não fazer).

---

<sup>27</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 290.

<sup>28</sup> *Ibidem*

Nesse sentido o entendimento de João Batista de Almeida:

O art. 3º da LACP cuida do objeto da ação civil pública, ao dizer que esta poderá ter por escopo “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Este dispositivo é complementado pelo art. 11, que fornece maiores detalhes especificamente no que tange a esta última modalidade de condenação (obrigação de fazer ou não fazer).

A análise dos dois dispositivos permite concluir que o objeto da ação civil pública deve ser sempre um provimento condenatório, e não declaratório ou constitutivo. O que se explica, já que é buscada a cessação de atividade nociva a interesse público, coletivo ou individual homogêneo ou a recomposição do bem lesado, restituindo-se ao *statu quo ante*. Nessa linha de raciocínio, só mesmo o provimento condenatório faz sentido, porquanto aqueles de natureza declaratória e constitutiva não conduziram a tal desiderato.<sup>29</sup>

Há quem entenda, entretanto, que embora o artigo 3º da lei nº 7.347/1985 não tenha feito referência expressa às tutelas constitutiva e declaratória, tais modalidades de provimento são possíveis em sede de Ação Civil Pública.

Essa a orientação de Pedro da Silva Dinamarco, para quem, o Código de Defesa do Consumidor modificou a disciplina da Lei 7.347/1985 e passou a admitir a outras modalidades de tutela, diversas da condenatória.

O autor assim argumenta:

De fato, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor havia essa vedação. Mas a partir daquele momento, a situação mudou. Seu art. 83, que tem aplicação nas ações civis públicas (LACP, art. 21), dispõe serem admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses ora tutelados. Essa expressão “todas as espécies de ações” não diz respeito apenas aos procedimentos utilizáveis, mas especialmente ao tipo de tutela cabível. Ademais, valendo-se da interpretação sistemática do mencionado Código, tem-se que seu art. 51, § 4º, apesar de não ter aplicação direta na ação civil pública, dispõe ser facultado ao consumidor ou entidades representativas requerer ao Ministério Público o ajuizamento da competente demanda “para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código...” Doutrina e jurisprudência dominantes dão a mesma interpretação.<sup>30</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho,

A evolução jurídico-formal do instrumento desse tipo especial de ação pode, contudo, admitir a ampliação desse objeto imediato em ordem a alcançar outra modalidade, muito embora tendo em mira sempre os interesses difusos e coletivos a serem protegidos no processo.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. 2. ed. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 159/160.

<sup>30</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 323/324.

<sup>31</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85)*; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 79.

Essa, de fato, parece ser a melhor orientação, uma vez que, além dos argumentos levantados pela doutrina, deve-se observar que o referido artigo 3º consignou que “A ação civil *poderá* ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, ou seja, o verbo da forma como empregado – *poderá* – remete à ideia de que objeto comporta outras possibilidades, caso contrário a lei teria dito que o objeto *será* a condenação e não *poderá* ser a condenação.

A questão, entretanto, embora mereça ser lembrada, não será aqui exaurida, uma vez que não constitui aspecto relevante para o desenvolvimento do presente trabalho.

Para o presente estudo, o provimento jurisdicional em sede de Ação Civil Pública que se mostra relevante é a tutela condenatória em obrigação (a de fazer ou não fazer), prevista no artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública, conforme já destacado.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

Pois bem, conforme destacado na introdução do presente trabalho, o que se pretende aqui é examinar os limites de atuação do magistrado no âmbito de Ações Cíveis Públicas em que se busca algum tipo de assistência à saúde, tendo por parâmetros as delimitações legais e constitucionais dos bens tuteláveis por meio da Ação Cível Pública, bem como os aspectos processuais característicos dessa modalidade de ação (natureza coletiva, objeto, condenação na obrigação de fazer).

A partir daí, pretende-se verificar as situações em que a atuação do juiz cinge-se aos limites da lei e quando age de forma pró-ativa, ou seja, excede tais limites, incidindo no chamado ativismo judicial.

Assim, feita a abordagem acerca do conceito e finalidade da Ação Cível Pública, bem como sobre a delimitação normativa dos bens passíveis de serem tutelados por essa via e sobre o objeto, cumpre examinar em que consiste o ativismo judicial.

Frise-se, com a delimitação dos aspectos processuais da Ação Cível Pública considerados relevantes para o tema, é possível encontrar os limites legais de atuação do magistrado. Cumpre, então, entender o que significa o ativismo judicial para que se possa verificar se é possível que ele ocorra no âmbito das Ações Cíveis Públicas nas quais o objeto é a assistência à saúde.

A compreensão do ativismo judicial, por sua vez, pressupõe um esclarecimento do que se entende por normas constitucionais, como gênero das espécies princípios e regras, bem como a distinção entre a denominada judicialização da política e o ativismo judicial, que serão a seguir examinados.

### 2.1 Princípios e regras

Uma das características do Direito contemporâneo, segundo Celso Lafer, “é a crescente complexidade da estrutura normativa das Constituições.”<sup>32</sup> E continua:

Estas, ao deixarem de ser clássicas Constituições-garantia – que limitavam a matéria constitucional “aos limites e atribuições respectivas dos Poderes

---

<sup>32</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

Políticos e aos Direitos Políticos, e individuais dos cidadãos”, para recorrer à linguagem do art. 178 da nossa primeira Constituição, a Constituição do Império de 1824 – passaram a colocar novos desafios para a interpretação constitucional.

Estes desafios estão ligados à introdução, como matéria constitucional, de princípios, e à diferença que cabe fazer entre princípios e regras.

O jurista, citando o constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, explica:

regras são normas que proporcionam critérios específicos sobre como devemos, não devemos ou podemos atuar. Princípios, em contraste, são normas que proporcionam critérios para se tomar uma posição diante de situações concretas.<sup>33</sup>

Para José Afonso da Silva, *princípio* “exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema.’<sup>34</sup> E complementa, o autor:

Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.<sup>35</sup>

As *normas*, por sua vez, segundo definição de José Afonso da Silva,

são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.<sup>36</sup>

O autor, ao contrário de outros doutrinadores, que atribuem ao termo *normas* a classificação de gênero, do qual são espécies os princípios e as regras, faz uma diferenciação entre *princípios* e *normas*, e não entre *princípios* e *regras*.

A orientação doutrinária contemporânea, entretanto, seguindo a teoria de Robert Alexy,<sup>37</sup> adota a classificação segundo a qual as normas são gênero do qual são espécies as regras e os princípios.

A doutrina clássica vislumbra como um dos principais critérios de diferenciação entre regras e princípios o grau de generalidade e abstração. Assim,

<sup>33</sup> Ibidem

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 91.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 93-94.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

os princípios seriam dotados de maior abstração, ao passo que as regras, de menor abstração.

Para Robert Alexy, entretanto, esse critério não é válido, uma vez que também as regras podem ser dotadas de generalidade. O autor defende que a diferença entre as duas espécies de normas – princípios e regras – pode ser evidenciada em casos de colisão entre si, ou seja, em casos de conflito entre princípios ou entre regras.

Alexy elabora os seguintes conceitos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>38</sup>

Humberto Ávila, após discorrer sobre os conceitos e critérios desenvolvidos pela doutrina acerca do tema, principalmente por Ronald Dworkin e Robert Alexy, elabora a seguinte “proposta conceitual”:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>39</sup>

Examinando a questão sob uma outra perspectiva, Lênio Luiz Streck faz as seguintes ponderações sobre o tema, a fim de estabelecer a diferença entre princípios e regras:

<sup>38</sup> Ibidem, p. 90-91

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 78-79 (original destacado).

A proposta de *diferença* – e não *distinção/cisão* – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. A resposta adequada/correta está diretamente ligada aos princípios. Nas regras não existe uma “força de capilarização”. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos*. Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*.

(...)

De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.<sup>40</sup>

Mesmo considerando-se as especificações e as diferenças de abordagens acerca dos conceitos de princípios e regras, certo é que a doutrina admite a existência de *comandos constitucionais* de conteúdos diversos, o que lhes confere aplicabilidade para situações também diferentes.

Essa diferença é relevante para o estudo do tema proposto neste trabalho porque uma das principais discussões aqui envolvidas diz respeito à possibilidade ou não de aplicação direta dos princípios aos casos concretos.

A doutrina moderna parece orientar-se no sentido de que as normas constitucionais, sejam elas princípios ou regras, são passíveis de aplicação imediata, a despeito de eventual inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, posiciona-se Luiz Roberto Barroso:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 517.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In, *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875.

Barroso esclarece, ainda, que o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo e que, no Brasil, decorreu do movimento jurídico-acadêmico denominado doutrina brasileira da efetividade, cuja essência é “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.”<sup>42</sup>

No que tange à aplicabilidade das normas relativas ao direito à saúde, especificamente, destaca-se a abordagem precisa e direta feita em artigo de autoria de Ricardo Barreto de Andrade, *in verbis*:

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu o direito à saúde como um direito dos cidadãos em face do Estado, que tem o dever de formular e executar políticas sociais e econômicas para a garantia universal e igualitária desse direito. Antes disso, por intermédio do seu art. 6º a Constituição já elencava o direito à saúde no rol dos direitos sociais, os quais estão dispostos no capítulo II, que por sua vez se insere no título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O art. 5º, § 1º, da Carta de 1988, por sua vez, é suficientemente claro ao assegurar que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ora, se os direitos sociais são direitos fundamentais – até porque estão topicamente insculpidos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, dúvida não há que os direitos sociais, entre os quais o direito à saúde, são de aplicação imediata. A Constituição, assim, firmou o direito à saúde como direito subjetivo dos cidadãos, portanto imediatamente exigíveis em face do Estado.<sup>43</sup>

## 2.2 Judicialização da política

A decadência do constitucionalismo liberal, de bases privatistas, deu lugar às democracias constitucionais, cujos principais alicerces são os princípios de igualdade e dignidade humanas, bem como a participação político-jurídica da comunidade.

Nesse novo cenário político-social, a participação da comunidade no processo político apresenta-se por outras formas como, por exemplo, a busca, no âmbito dos tribunais, pela efetivação de direitos individuais e coletivos.

Sobre o tema, Fábio Luis Franco e Antônio Darienso Martins observam:

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 877.

<sup>43</sup> ANDRADE, Ricardo Barreto de. *Da Falta de Efetividade à Interpretação Judicial Excessiva: o Direito à Saúde sob a Perspectiva de um Caso Concreto*. In, *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 4 – nº 12 – Jul./Set. 2010, p. 78-91.



Sabedores de que a mobilização popular, máxime em um país de dimensões continentais como o Brasil, é de difícil ou impraticável influência direta junto aos governantes, nossos legisladores (a nível Constitucional e Infraconstitucional), acolhendo soluções do Direito alienígena e criando algumas genuinamente brasileiras, outorgaram legitimação a certas entidades ou instituições, reconhecendo-lhes representatividade para levar à análise de um outro segmento do poder, o Judiciário, anseios e pretensões que transcendem à esfera individual.<sup>44</sup>

Essa forma diferenciada de participação política da sociedade estabelece um vínculo entre a democracia e a ampliação da atuação do Poder Judiciário. A esse vínculo a doutrina convencionou chamar de 'judicialização da política'.

Luís Roberto Barroso faz a seguinte definição:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do 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 ministérios 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. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.<sup>45</sup>

Verifica-se que, com a normatização de princípios e valores de grande repercussão no meio social, houve uma transferência de competência do debate a eles concernente, ou seja, as questões que antes integravam um contexto eminentemente político, cingindo-se ao âmbito de discussão dos Poderes Legislativo e Executivo, são agora objeto de exame e decisão dos tribunais.

Além dessa perspectiva pela qual se identifica a judicialização da política, ou seja, como a transferência para o Poder Judiciário de “questões políticas”, existem outras. De acordo com Luiz Werneck Vianna, “(...) a origem da judicialização da política deve ser buscada, de um lado, na iniciativa do legislador, e, de outro, nas demandas da cidadania no sentido de encontrar proteção dos seus direitos contra o Estado e as empresas.”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antônio Darienso. In, A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle das Políticas Públicas. *Revista de Processo*, REPRO 135, ano 31, maio de 2006, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 34-70 (57 página de onde o trecho foi copiado – aspas do original).

<sup>45</sup> BARROS, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008, p. 3.

<sup>46</sup> VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 3-5. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522, acesso em: 20 abril 2011.

O mesmo doutrinador esclarece:

A judicialização da política não deriva de um eventual sistema de orientação dos juízes, mas da nova trama institucional trazida pela moderna sociedade capitalista, que pôs o direito, seus procedimentos e instituições no centro da vida pública, e, neste preciso sentido, ela já é parte constitutiva das democracias contemporâneas.<sup>47</sup>

Sob esse outro enfoque, portanto, a judicialização da política diz respeito a uma opção do legislador constituinte originário, que ampliou o catálogo de direitos sociais no âmbito da Constituição da República de 1988 e de instrumentos processuais que podem viabilizar a implementação de tais direitos.

Nessa linha de raciocínio, Débora Alves Maciel e Andrei Koerner fazem referência ao sentido constitucional da judicialização da política, definindo-a da seguinte forma:

No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política.<sup>48</sup>

O processo de judicialização da política, entretanto, não significa uma invasão do Poder Judiciário nas atribuições dos demais Poderes. Repita-se, nas sociedades contemporâneas, os próprios textos constitucionais ampliaram a participação político-social da comunidade na medida em que criaram instrumentos processuais hábeis a levar ao Judiciário questões de cunho essencialmente político.

Para Gisele Cittadino, “Esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países.”<sup>49</sup>

E continua Cittadino:

De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Ibidem

<sup>48</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002, p. 113-134.

<sup>49</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105 a 113 – jul./dez. 2004.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 107.

A importância de se destacar, no presente estudo, a noção do que se compreende por judicialização da política reside no fato de que, a prestação de assistência à saúde, considerada como questão de natureza política, foi normatizada pelo legislador constituinte originário, que consagrou 5 (cinco) artigos da Constituição da República de 1988 (artigos 196 a 200) ao direito à saúde.

Portanto, as Ações Cíveis Públicas cujo objeto é a assistência à saúde encontram respaldo constitucional a amparar a pretensão, uma vez que, em tais casos, o legislador fez a opção de consagrar a saúde como um direito de todo cidadão e dever do Estado.

## 2.3 Ativismo judicial

A complexidade da estrutura normativa das Constituições contemporâneas, cujos textos são caracterizados pela presença de regras e também de princípios, permite, e mesmo exige, que o operador do direito realize um exercício de interpretação e de ponderação no ato de aplicação da norma.

Em decorrência, as sociedades contemporâneas, como foi dito anteriormente, no que concerne à forma de implementação e efetivação de direitos fundamentais e políticas públicas, vêm sendo campo onde se desenvolve fortemente o fenômeno denominado doutrinariamente por 'ativismo judicial'.

Esse fenômeno, que pode ser observado tanto em países orientados pelo sistema da *common law* quanto da *civil law*, caracteriza-se pela ampliação da atuação do Poder Judiciário na efetivação de valores e princípios estabelecidos constitucionalmente.

Cumprido observar que o ativismo tem raízes diversas, conforme a sociedade onde verificado. Nos Estados Unidos é favorecido pela criação jurisprudencial do direito e pela influência política do juiz. Já nos países de sistema continental, os textos Constitucionais, ao incorporarem princípios que compõem a base dos Estados Democráticos de Direito, permitem as chamadas interpretações construtivistas.

A corroborar essa afirmação, explica Gisele Cittadino:

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common law* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”. No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.<sup>51</sup>

A doutrina aponta diversas perspectivas pelas quais o ativismo judicial pode ser analisado, bem como diferentes causas para justificá-lo, conforme o país onde ocorre.

Entretanto, segundo ensinamento de Gisele Citadino, verifica-se em comum, como causa da expansão do poder dos juízes e tribunais, mesmo entre países de sistemas jurídicos diversos, uma mobilização política da sociedade.

Segundo Luís Roberto Barroso,

A idéia 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que 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.<sup>52</sup>

Para Barroso “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito”.<sup>53</sup>

Júlia Maurmann Ximenes e Ana Cândida Eugênio Pinto, por outro lado, elaboram a seguinte concepção:

<sup>51</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105 a 113 – jul./dez. 2004.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática – original destacado.

<sup>53</sup> *Ibidem*

Conforme apontado, a judicialização da política pode ser enquadrada como um conceito mais amplo do qual o ativismo judicial faz parte. Mas ambos possibilitam um diagnóstico do exercício jurisdicional em temas de cunho político e conseqüentemente relacionados com uma possível "invasão" nas funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Desta forma é que o ativismo judicial seria visível como uma tentativa do Poder Judiciário de "fazer política".<sup>54</sup>

Feitas tais considerações sobre o que se entende por ativismo judicial, vale lembrar que o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, tratando-se de institutos diversos. Embora tal diferença já tenha sido destacada anteriormente, oportuno mencionar elucidativo esclarecimento elaborado por Luis Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam 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 sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>55</sup>

O que a doutrina parece concordar é com o fato de que, nas democracias contemporâneas, embora as Constituições exijam dos Tribunais uma interpretação construtivista das normas e princípios, ou seja, mais criativa, essa possibilidade de interpretação não autoriza a criação do direito pelo órgão jurisdicional.

Nesse sentido:

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, e, nesse sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de

<sup>54</sup> XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. *Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial*. Uma proposta de análise empírica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13752>>, acesso em: 22 abr. 2011.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. In, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que “ponderam objetivos, valores e bens coletivos”<sup>13</sup>, pois, dado que normas e princípios constitucionais, em virtude do seu sentido deontológico de validade, são vinculantes e não especialmente preferidos, a interpretação constitucional deve decidir “qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores.”<sup>56</sup>

Para Luis Roberto Barroso:

36. Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.”<sup>57</sup>

Vê-se, portanto, que o ativismo judicial é um fenômeno reconhecido e aceito pela doutrina, uma vez que decorre do próprio sistema normativo instituído pela Constituição da República de 1988, mas desde que a atividade pró-ativa do magistrado cinja-se aos parâmetros extraídos do próprio ordenamento jurídico.

Conforme ressaltado por Luis Werneck Vianna:

O ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada. Mal compreendido leva a concepções de uma justiça que abdica da defesa da integridade do Direito, tal como a conceituam, na esteira de Dworkin, Nonet e Selznick, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento.”<sup>58</sup>

Assim, se a atividade jurisdicional consiste em interpretar e aplicar as normas jurídicas aos casos concretos, promovendo, caso necessário, a integração e a complementação de princípios e regras, de forma a assegurar direitos previamente estabelecidos pelo Legislador, tal atividade ‘criativa’ ou ‘proativa’, revela-se positiva

<sup>56</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105 a 113 – jul./dez. 2004.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 891.

<sup>58</sup> VIANNA, Luis Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. *Boletim CEDES* [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 5. Disponível em: [HTTP://www.cedes.iuperj.br](http://www.cedes.iuperj.br). ISSN:1982-1522, acesso em: 20 abril. 2011.

e mesmo necessária, tendo-se em vista o sistema normativo constituído por princípios e regras com conceitos jurídicos indeterminados.

Por outro lado, a atividade jurisdicional que inova o ordenamento jurídico, indo além do que está previsto no sistema normativo e criando o direito com base em valores e critérios pessoais, mostra-se ilegítima, constituindo o ativismo judicial nocivo ao Estado Constitucional de Direito.

### 3 ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES

O ativismo judicial, de acordo com o que fora anteriormente estudado, embora possibilite uma ampliação da atuação do magistrado, de forma que sua participação na concretização de valores e fins definidos na Constituição da República seja mais intensa, não deve importar supressão dos limites legais e institucionais na prestação jurisdicional.

A atuação do magistrado “não deve ser identificada a um ativismo judicial que ignore as fronteiras que apartam o juiz do político, e que pretenda, em nome do justo e da salvação pública, investir a Justiça do papel de um legislador providencial.”<sup>59</sup>

Partindo dessa orientação, o que se pretende nos tópicos seguintes é examinar alguns aspectos processuais da Ação Civil Pública que veicula pretensão de assistência à saúde e verificar se, em tese, o magistrado, ao deferir tais pretensões, está agindo dentro dos limites legais expressos ou se age de forma pró-ativa (ativismo judicial).

Será abordada a legitimidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública “individual” – casos, por exemplo, em o *parquet* postula medicamento ou internação para um indivíduo. Em tais situações, se o magistrado recebe a petição inicial, admite o processamento do feito e julga procedente o pedido, ele está agindo respaldado nas regras processuais de legitimidade *ad causam*?

Além disso, nas Ações Cíveis Públicas com o mesmo objeto, manejadas por qualquer dos legitimados legais, o pedido de assistência à saúde é juridicamente possível? Qual seria o amparo legal para o deferimento de tal pretensão? O que se pretende com tais questionamentos é exatamente identificar se o magistrado, em tais hipóteses, age amparado por lei expressa ou se age com ativismo judicial.

E ainda, nas mesmas situações em que se postula, por meio de Ação Civil Pública, algum tipo de assistência à saúde, a condenação do Ente Público na

---

<sup>59</sup> VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 5. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522, acesso em: 20 abril. 2011.



obrigação de fazer não significa invasão do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, afrontando, por consequência, o princípio da separação dos Poderes? Em tal situação a atuação do magistrado configuraria ativismo judicial?

Tais questionamentos serão examinados na sequência.

### **3.1 Ação Civil Pública *individual* manejada pelo Ministério Público tendo como objeto a assistência à saúde**

Conforme fora sobejamente exposto no item 1.1 deste trabalho, a Ação Civil Pública é um instrumento processual com finalidade de viabilizar as demandas de natureza coletiva, ou seja, trata-se de mecanismo de defesa coletiva que foi introduzido no sistema jurídico a fim de adequá-lo às características da sociedade contemporânea.

E, de acordo com ensinamento de Hely Lopes Meirelles, a Ação Civil Pública tem sua razão de ser, dentre outras,

na necessidade de criação de mecanismos para a defesa dos grupos sociais (corpos intermediários), que são cada vez mais importantes na sociedade contemporânea, com substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades representativas.<sup>60</sup>

Na mesma linha de raciocínio, destaca-se o argumento de Pedro da Silva Dinamarco, que já fora anteriormente citado, mas, pela pertinência, pedimos vênua para repeti-lo:

Ela pode ser entendida como um novo mecanismo processual que pode ser acionado pelas pessoas e entes expressamente elencados pela lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, visando à proteção de interesses grupais (ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos), seja porque a tutela jurisdicional individual seria (quase) impossível, seja porque ela seria antieconômica e menos eficaz.<sup>61</sup>

Entretanto, a despeito da natureza coletiva deste instrumento processual, tem-se observado nos Tribunais do país o ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Público, em benefício de um único indivíduo, com objetivo de obter algum tipo de assistência à saúde (um medicamento ou um tratamento médico específico).

---

<sup>60</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 25. ed., São Paulo: Mallheiros, 2003, p. 220.

<sup>61</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

Percebe-se, ainda, que, ao menos o Colendo Superior Tribunal de Justiça, tem se orientado no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público para o manejo de tais ações, cujo objeto, repita-se, é a tutela jurisdicional individual.

O fundamento dos acórdãos em que o Colendo STJ admite a legitimidade ativa do Ministério Público para tais ações assenta-se, basicamente, nos artigos 127, 129, II, e 196, todos da Constituição Federal, ou seja, na tese de que a assistência à saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado e que a própria Constituição atribui ao *parquet* a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, inclusive pela via processual em comento – ação civil pública.

Para exemplificar, podem ser destacados os seguintes julgados:

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE PESSOA FÍSICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL.**

1. Hipótese em que o Estado do Rio Grande do Sul impugna a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico.
2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica - matéria própria da Defensoria Pública - mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), que é indisponível.
3. Ainda que o *parquet* esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Trata-se, portanto, de interesse público primário, indisponível.
4. Recurso Especial provido. (REsp. 716712/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Relator para o acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma; Julgado em 15/09/2009; Publicado no DJe de 08/02/2010 – sem destaque no original).

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE PESSOA FÍSICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO MÉDICO FORA DO DOMICÍLIO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL.**

1. Hipótese em que o Estado de Minas Gerais impugna a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico fora do domicílio.
2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, tem natureza indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública –, mas da qualidade de indisponibilidade jurídica do direito-base (saúde).

3. Ainda que a ação concreta do Parquet dirija-se à tutela da saúde de um único sujeito, a abstrata inspiração ético-jurídica para seu agir não é o indivíduo, mas a coletividade. No fundo, o que está em jogo é um interesse público primário, dorsal no sistema do Estado Social, como porta-voz que é do sonho realizável de uma sociedade solidária, sob a bandeira do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana.

4. Recurso Especial não provido. (REsp. 830904/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Relator do acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma; Julgado em 18/12/2008; DJe 11/11/2009; REVPRO vol. 187, p. 361; RSTJ. Vol. 217, p. 685).

**PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL.**

1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público.

2. "Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis" (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp. 1045750/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma; Julgado em 23/06/2009; Publicado no DJe de 04/08/2009).

**RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS "A" E "C" – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – RECURSO CONHECIDO APENAS PELA ALÍNEA "A" – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRATAMENTO DE SAÚDE – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET .**

1. O recurso não deve ser conhecido pela alínea "c", porquanto, na hipótese em questão, trouxe o recorrente como paradigmas julgados desta Corte que não possuem similitude fática com o caso dos autos.

2. O Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise tutelar pessoa individualmente considerada. (art. 127 da Constituição Federal/88).

3. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput; e 196 da Constituição em favor de pessoa carente de medicamento para tratamento de câncer. A legitimidade ativa afirma-se, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp. 913356/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma; Julgado em 03/05/2007; Publicado no DJ de 15/05/2007, p. 271).

O exame dos julgados acima transcritos mostra que, em todos eles, o Ministério Público ajuizou ação civil pública pleiteando um medicamento ou um

tratamento médico para um indivíduo específico e não para um grupo, uma coletividade.

Ora, conforme anteriormente consignado, a ação civil pública presta-se a tutelar direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Cumprе ressaltar que o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85, determina a aplicação das disposições do Título III do Código de Defesa do Consumidor à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais (homogêneos), no que for cabível.

O art. 81, *caput*, do CDC, por sua vez, prevê que “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”, sendo que o parágrafo único do dispositivo trata das hipóteses de defesa coletiva em juízo.

E o art. 82, inciso I, do CDC prevê:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,  
(...)

Portanto, a Ação Civil Pública, pela própria natureza do instrumento, deve ser manejada na defesa de direito/interesse coletivo. Ademais, por expressa previsão legal, o Ministério Público somente pode manejar Ação Civil Pública para a defesa de interesses transindividuais e de forma coletiva.

Os direitos tutelados nos julgados acima transcritos (medicamentos e tratamentos médicos), entretanto, não transcendem a esfera de interesse do indivíduo, embora sejam direitos indisponíveis, uma vez que visam a assegurar a saúde e, por consequência, a própria vida do beneficiário da tutela.

Ocorre que, mesmo em se tratando de direito individual indisponível, cuja tutela o art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, não existe respaldo constitucional para que essa tutela seja exercida individualmente por meio de Ação Civil Pública.

Essa a orientação adotada no REsp 664.139/RS, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, cuja ementa a seguir transcrevo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR.CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.
2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV". Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.
3. Recurso especial improvido.

O eminente Ministro relator do voto condutor do acórdão acima transcrito fez a importante ressalva de que o ajuizamento de Ação Civil Pública, pelo Ministério Público, com finalidade de tutelar direito individual viola a esfera de competência da Defensoria Pública, a quem compete promover a defesa em juízo dos hipossuficientes, além do dispositivo constitucional que veda aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia (art. 128, § 5º, II, da CF).

Pela pertinência, peço vênia para transcrever trecho do voto em referência:

Como visto, na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

As ações puramente individuais devem ser reservadas à competência da Defensoria Pública, como se acha consignado no aresto impugnado. A Constituição Federal de 1988 outorgou ao Ministério Público funções da maior relevância, atribuindo-lhe um perfil muito mais dinâmico do que ocorria no antigo Ordenamento Jurídico. Nada obstante, foi expressa em proibir aos seus membros o exercício da advocacia (art. 128, § 5º, II, *b*). Por outro lado, entre as funções essenciais à Justiça, incluiu a Defensoria Pública, definindo-a como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV".

Assim, fazendo-se a interpretação do art. 25, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), em conformidade com os preceitos insculpidos na Lei Maior, deve-se prestigiar o posicionamento

adotado pelo TJRS. Deveras, o interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV".

Na mesma linha de raciocínio, o ilustre professor Ives Gandra da Silva Martins, ao comentar o art. 129, inciso III, da Constituição Federal defende o posicionamento de que “Como se percebe, apenas de interesses difusos e coletivos cuidou o constituinte no que toca à propositura de ação civil pública pelo Ministério Público.”<sup>62</sup>

E continua o ilustre professor:

O § 1º do referido artigo não inibe que terceiros sejam legitimados para essa espécie de ação, limitados, todavia, às mesmas hipóteses em que se legitima o Ministério Público, o que vale dizer, outros legitimados apenas podem propor ações civis públicas referentes a interesses difusos e coletivos a serem defendidos.

(...)

Desta forma, pela junção dos 3 dispositivos, conclui-se que:

cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para proteger quaisquer interesses difusos e coletivos;

- lei ordinária pode ampliar o elenco de funções a serem exercidas pelo Ministério Público;

- os direitos individuais não podem ser objeto de ação civil pública proposta pelo Ministério Público ou por terceiros;

- os direitos individuais indisponíveis podem ser objeto de defesa por outro veículo processual.

(...)

À evidência, o art. 25 da Lei 8.625, de 12-2-93, assim redigido:

“Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

Fere o texto constitucional por alargar a aplicação da ação civil pública para o campo de interesses individuais indisponíveis, que poderiam ser defendidos por outros veículos.

Já anteriormente, o Código do Consumidor também alarga o espectro para os direitos ou interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/90), a meu ver, em franco conflito com a Constituição, se o veículo processual for a ação civil pública ou inquérito civil, visto que a Constituição apenas os admitiu para a proteção de interesses difusos e coletivos.

<sup>62</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – Inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da Prefeitura de Taubaté*. (artigo). Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. Arnoldo Wald coordenador. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209-231.

Dentro desta linha, não me parece lógico que aquilo que o constituinte deliberadamente não outorgou, ao legislador ordinário não cabe outorgar, alargando a força e o campo de atuação do Ministério Público muito além de suas funções constitucionais, por veículos processuais inadequados.

Não se trata, no caso, de se adotar a tese de que o que a Constituição não proíbe permitido está, na medida em que, para efeitos de Direito Público, o princípio deve ser examinado de outra forma, ou seja, o que a Constituição não permite para tais efeitos, proibido está.

É que no direito público, em que ao Estado é ofertado um instrumental de interferência sobre a sociedade, os limites de tal poder de coação devem estar estritamente descritos na norma, prevalecendo, no caso, a tipicidade fechada e a estrita constitucionalidade para determinação da reserva absoluta de lei formal.

(...)

Desta forma, o alargamento do espectro da ação civil pública por força da lei ordinária fere, violenta, macula a Constituição Federal. Não pode o Ministério Público ter forças superiores àquelas que a própria Constituição lhe ofereceu.

E, no caso, agiu corretamente o constituinte ao não ofertar ao Ministério Público os poderes que o legislador ordinário pretendeu oferecer, na medida em que se o fizesse, o Ministério Público se transformaria no Superpoder da República.<sup>63</sup>

Situação diversa, e plenamente legítima, é aquela em que o *parquet* maneja a Ação Civil Pública em benefício de um grupo de indivíduos, todos vinculados por uma mesma origem de fato que lhes causou lesão à saúde, como ocorre no exemplo a seguir destacado:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINARES DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL AFASTADAS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A GRUPO DE PORTADORES DE INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no Ag 981163/RJ, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI; PRIMEIRA TURMA; julgado em 24/03/2009; publicado no DJe de 01/04/2009).

Do que foi exposto, conclui-se que o Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública individual, para tutelar direito de uma única pessoa, uma vez que, repita-se, a Ação Civil Pública é instrumento que deve ser manejado para a defesa de direitos metaindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

---

<sup>63</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – Inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da Prefeitura de Taubaté. (*artigo*). Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. Arnoldo Wald coordenador. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 210/215.

### 3.2 Possibilidade jurídica do pedido nas ações cujo objeto é a condenação do poder público na obrigação de fazer

Outro aspecto processual relevante a ser observado em sede de Ação Civil Pública é aquele relativo à possibilidade jurídica do pedido quando o objeto da ação é a condenação do Poder Público na obrigação de fazer.

Uma das condições da ação, conforme lembrado por José dos Santos Carvalho Filho, “é a possibilidade jurídica do pedido (objeto imediato), expressamente mencionada, aliás, no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.”<sup>64</sup>

Apenas para fazer referência, cumpre lembrar a conhecida controvérsia doutrinária acerca da autonomia da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sendo que alguns doutrinadores, como se sabe, entendem que havendo impossibilidade jurídica tratar-se-ia de falta de interesse de agir, e não de uma terceira condição da ação.

Alexandre Freitas Câmara, com respaldo nos argumentos de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Vicente Greco Filho, adverte “que não só o pedido, mas também o seu fundamento devem ser juridicamente possíveis, sob pena de se ter presente o fenômeno da ‘carência de ação’”<sup>65</sup>

Controvérsias doutrinárias, acerca dessa condição da ação, à parte, o fato é que, ainda de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “o autor não pode oferecer postulação que não encontra eco no sistema jurídico vigente ao momento da propositura da ação.”<sup>66</sup>

Aqui surge outra divergência doutrinária. Trata-se da forma como deve ser entendida a possibilidade jurídica: o pedido juridicamente possível é aquele para o qual *há previsão expressa* no ordenamento jurídico ou aquele para o qual *não há vedação expressa*?

---

<sup>64</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85)*; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 84.

<sup>65</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 130.

<sup>66</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 85.



Ao formular um pedido de assistência à saúde em sede Ação Civil Pública, para que seu pedido seja juridicamente possível, o autor deve deduzir uma pretensão que esteja expressa no ordenamento jurídico ou basta que ela não esteja vedada?

Caso o objeto da Ação Civil Pública não esteja expressa na lei, haverá ativismo judicial na decisão em que seja deferida a pretensão deduzida? É o que será a seguir estudado.

O pedido, segundo Paulo Salvador Frontini:

...deve estar em correspondência com uma norma jurídica, geralmente algum preceito legal, com base em que a pessoa que ingressa em juízo pede ao juiz que, por sentença, aplique a norma invocada à pessoa apontada como parte contrária, e indigitada responsável pela prestação pretendida.<sup>67</sup>

Para o autor, portanto, a pretensão deve estar prevista na norma, principalmente porque Frontini, ao tratar dos direitos e interesses difusos, defende a tese de que apenas os *direitos* são passíveis de tutela, uma vez que os *interesses*, que são infinitos, não gozam da tutela jurídica antes de serem alçados à condição de direitos. Frise-se que o autor, ao defender esse ponto de vista, referia-se apenas aos direitos e interesses *difusos*.

Assim, para esse autor, ao menos em se tratando de direitos/interesses difusos, o pedido será juridicamente possível quando a pretensão deduzida estiver concretamente definida na lei.

Outros, entretanto, entendem que basta a ausência de vedação legal para a pretensão.

Hamilton Alonso Jr., afirma que se encontra superado o entendimento, defendido por Alfredo Buzaid e Vicente Greco Filho, de que o pedido juridicamente possível é aquele previsto no ordenamento jurídico.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública em Tutela de Direitos Difusos: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 493.

<sup>68</sup> ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *A Ampliação do Objeto das Ações Cíveis Públicas na Implementação dos Direitos Fundamentais*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenador Édis Milaré, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 207-219.

Para o autor,

Hoje é possível afirmar que a possibilidade jurídica exsurge da mera inexistência de proibição expressa do ordenamento legal ao pedido veiculado na petição inicial. Não há necessidade de autorização legal. Basta a lei não vedar o pleito. Havendo direito e obrigação correspondente, viável a postulação do crédito social.<sup>69</sup>

Essa orientação parece ser a mais adequada, mormente em se tratando de ação civil pública.

Com efeito, como foi anteriormente examinado, considerando-se o sistema jurídico atual, dotado de regras e princípios, aliado à complexidade da sociedade e suas conseqüentes demandas, é impossível a previsão legal de todas as hipóteses passíveis de tutela.

Nesse sentido:

Como já salientamos, a proteção desses valores tão relevantes para a sociedade não comporta previsão exaustiva. Com efeito, "as finalidades e objetivos estabelecidos nas regras constitucionais não se encontram rigidamente vinculados a situações previamente descritas, nem podem ser alcançados por condutas antecipadamente prescritas".<sup>70</sup>

Outro ponto que se questiona em doutrina e na jurisprudência, é se seria juridicamente possível pleitear em juízo uma prestação que acarreta o questionamento dos atos praticados pelo Poder Executivo, ou seja, pleitear uma providência que adentra o mérito administrativo.

Seria juridicamente possível, em face do princípio da separação dos Poderes, o pedido que acarreta a invasão da esfera de atuação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário?

Acerca do tema, posiciona-se Pedro da Silva Dinamarco:

É bastante freqüente serem ajuizadas ações civis públicas em face de um ente estatal qualquer que signifiquem, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos. Assim, muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos dos mais variados,

---

<sup>69</sup> ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *A Ampliação do Objeto das Ações Civis Públicas na Implementação dos Direitos Fundamentais*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenador Édis Milaré, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 210.

<sup>70</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites*, *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471-485.

pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa. Nesses casos, a demanda será juridicamente impossível.<sup>71</sup>

Pedro Dinamarco registra, ainda, que não se admite ação civil pública, por impossibilidade jurídica do pedido, quando o objeto é a criação de norma jurídica ou o exame de ato administrativo, esclarecendo que não existe vedação a que o Judiciário examine os atos administrativos, desde que seja sob o aspecto da legalidade, e não da discricionariedade. E argumenta:

A Constituição Federal, em seu art. 2º, “divide” o exercício do poder estatal entre o Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, afirmando serem eles independentes e harmônicos entre si. Assim, se compete ao Poder Executivo decidir a respeito de determinado assunto, é vedado ao Poder Judiciário invadir o âmbito dessa competência, determinando à Administração as linhas de sua atuação no campo econômico e social e interferindo em opções estritamente políticas, salvo quando houver manifesta ilegalidade.<sup>72</sup>

No mesmo sentido o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, que assevera:

Certamente que há, algumas vezes, dificuldade em demarcar o limite dentro do qual o pedido é possível juridicamente, quando visa à proteção dos direitos coletivos e difusos. É que, levada ao extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela jurisdicional em face do Poder Público, chegaria o juiz a extrapolar sua função jurisdicional, invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Carta em vigor.<sup>73</sup>

E complementa o raciocínio, de forma elucidativa, com o seguinte trecho:

Apesar da inegável dificuldade na demarcação, temos entendido que o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação dos interesses coletivos ou difusos. Em contraposição, não se pode considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer.

Em outras palavras, não pode o Judiciário impor a implementação de políticas públicas de caráter geral, ainda que sejam necessárias – e geralmente o são – para atender a interesses de ordem social. Tais atividades competem aos órgãos administrativos incumbidos da gestão dos interesses coletivos, não sendo lícito a órgãos que não disponham de tal competência investir sobre suas atribuições. Infelizmente, pedidos dessa natureza têm sido formulados em ações civis públicas, mas o Judiciário, salvo uma ou outra exceção, tem agido com isenção e dentro de seus

<sup>71</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 190.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>73</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85)*; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 85.

poderes constitucionais, repudiando esses tipos de pretensão que, na verdade, são despidas de suporte jurídico.<sup>74</sup>

Assim, nessa linha de raciocínio, as pretensões genéricas, como por exemplo, de que determinado Município assegure atendimento médico a todos os cidadãos daquela localidade, não seriam juridicamente possíveis.

Não obstante, em exemplo similar, caso o pedido deduzido em ação civil pública fosse para que o mesmo Município promovesse a reforma do único hospital público da cidade, por se encontrar desativado, não haveria a impossibilidade jurídica, uma vez que o objeto é específico e encontra amparo na própria Constituição Federal.

Com efeito, nessas hipóteses, o respaldo legal a amparar a pretensão encontra-se na própria Constituição Federal, que determina a aplicação, pelos Entes Públicos, dos recursos mínimos na área de saúde, de acordo com o que estabelece em seu art. 196, § 2º. Diante da disposição constitucional, não é desarrazoado pretender que o Município mantenha ao menos um hospital para atendimento da população.

Entretanto, volta-se à questão do mérito administrativo. Não haveria, aqui, impossibilidade jurídica do pedido, por invasão da esfera de atuação do Poder Executivo, a quem compete a implementação das políticas públicas destinadas à saúde?

Esse aspecto será melhor abordado no próximo tópico, onde será examinado o aspecto relativo aos limites da intervenção judicial na discricionariedade administrativa, a fim de se verificar se em tais hipóteses o magistrado incorre em ativismo judicial.

Neste tópico, o que importa esclarecer é que o pedido será juridicamente impossível quando importar em criação de norma pelo magistrado, quando veicular pretensão genérica a ponto de exigir do órgão jurisdicional a elaboração da forma pela qual o Poder Público prestará a assistência à saúde.

---

<sup>74</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85)*; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 85-86.

Em tais casos, ou seja, em se tratando de pedido juridicamente impossível, havendo provimento jurisdicional no sentido de se deferir a pretensão almejada pela parte autora, há uma extrapolação dos limites de atuação do magistrado por invasão da esfera de atuação do Poder Legislativo, a quem compete criar a norma abstrata?

Um exemplo da hipótese de extinção do processo em razão da impossibilidade jurídica do pedido encontra-se no RESP 577.836/SC. Nesse caso o Tribunal de origem extinguiu o processo sem resolução de mérito por impossibilidade jurídica do pedido ao fundamento de que a pretensão formulada pelo autor da ação – Ministério Público do Estado de Santa Catarina – era genérica e não respaldada por previsão legal.

O colendo STJ deu provimento ao Recurso Especial e determinou o processamento do feito. Entretanto, lamentavelmente a questão relativa à impossibilidade jurídica do pedido não foi examinada no voto condutor do acórdão nem tampouco houve impugnação pelas partes acerca da omissão.

### **3.3 As sentenças condenatórias na obrigação de fazer**

A condenação do Poder Público na obrigação de fazer ou não fazer constitui um dos pontos mais relevantes para o estudo do tema proposto para o presente trabalho, uma vez que aqui será examinado se a condenação do Ente Público, em tese, pode representar invasão do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa e, por consequência, violação ao princípio da separação dos Poderes.

Paulo Gustavo Guedes Fontes destaca que “as obrigações de fazer que o juiz, na ação civil pública, pode impor à Administração suscitaram especialmente o debate sobre os limites da intervenção judicial derivados da discricionariedade administrativa”.<sup>75</sup>

José dos Santos Carvalho Filho adverte que

É preciso ter em mira, no entanto, que a obrigação de fazer deve encontrar seus limites demarcados na lei substantiva, não cabendo ao juiz criar

---

<sup>75</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidade e Limites*, in *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenação de Édís Milaré, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471-485.

discricionariamente a obrigação, à luz dos elementos que entender convenientes e oportunos para a hipótese.<sup>76</sup>

Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que os “limites demarcados pela lei”, aos quais se refere José dos Santos Carvalho Filho, não são dotados de precisão, tendo em vista o contexto normativo instaurado pela Constituição Federal de 1988, caracterizado pela presença de princípios e normas programáticas, além do fato de que, diante desse mesmo cenário normativo, a discricionariedade administrativa também deve ser examinada sob novos contornos.

Precisamente sobre a discricionariedade administrativa, elucidativo o esclarecimento feito por Diomar Ackel Filho, a seguir transcrito:

A discricionariedade como poder da Administração deve ser exercida consoante determinados limites, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público, razão por que, desde há muito, doutrina e jurisprudência repetem que os atos de tal jaez são vinculados em vários de seus aspectos, tais como a competência, forma e fim.

A propósito, o que se verifica hodiernamente é uma notável evolução jurídica, permitindo a reformulação dos antigos conceitos em face de novos imperativos fático-sociais, diante dos quais a potestade discricional administrativa se restringe a um campo delimitado por marcos referenciais em que a legitimidade, legalidade e moralidade, entre outros princípios fixam contornos que não poderão ser violentados.

Não é demais registrar que, em tempo mais distante, a discricionariedade era erigida como poder amplo do administrador, fazendo-o juiz absoluto da coisa pública naquilo que não fosse rigorosamente vinculado pela lei.

Entretanto, aos poucos se foi verificando que a latitude reconhecida até então à discricionariedade administrativa não se compatibiliza com alguns princípios fundamentais que orientam a Administração Pública.

(...)

Em assim sendo, torna-se visível a evolução dinâmica do Direito, contemplando a discricionariedade na sua devida posição, não como *potestas* impenetrável do titular do poder, mas como dever jurídico orientado pela legalidade e princípios basilares que direcionam toda a atividade administrativa no rumo das exigências éticas dos administrados, traduzidas em obrigações de moralidade, racionalidade, justiça e plena adequação da conduta pública ao bem comum.<sup>77</sup>

Isso significa que em face desse novo cenário jurídico e dos novos “imperativos fático-sociais”, os limites da discricionariedade administrativa foram modificados para o próprio agente público, que está vinculado não só às determinações legais, mas aos princípios e finalidades decorrentes do modelo do

---

<sup>76</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85)*; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. p. 75.

<sup>77</sup> ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública, *Revista dos Tribunais*, nº 79, São Paulo, julho de 1990, vol. 657, p. 51-59.

Estado Constitucional de Direito ao qual aderiu o legislador constituinte originário na Constituição da República de 1988.

Acerca desse novo contexto normativo-constitucional, não se pode deixar de destacar a abordagem feita por Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

15. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.<sup>15</sup> Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitem, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

16. O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira.<sup>16</sup> Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

17. Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente.<sup>78</sup> Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. In, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial* (artigo). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie (livro). Coordenadores Cláudia Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 875-903.

Na tentativa de elucidar a questão relativa aos limites a serem observados pelo magistrado nas sentenças condenatórias do Poder Público na obrigação de fazer, Paulo Gustavo Guedes Fontes estabelece uma classificação quanto à natureza da prestação em que condenado o ente Público, que pode ser sintetizada da seguinte forma:<sup>79</sup>

**a) Atividade prescritiva:** o autor refere-se à atividade prescritiva, ou normativa, como aquela em que o Poder Público deve regulamentar leis, principalmente no que tange ao exercício do Poder de Polícia. Para ele, as sentenças que veiculam esse tipo de comando ao Poder Público não importam em invasão do âmbito da discricionariedade administrativa, uma vez que, de acordo com a jurisprudência citada pelo autor, em tais hipóteses o administrador está vinculado ao princípio da legalidade, do qual não pode se afastar por razões de conveniência e oportunidade.

**b) Atividade material:** aqui situam-se as sentenças que condenam o Poder Público em alguma atividade material, na realização de algum fato concreto, como seria, por exemplo, a condenação do Ente Público na construção de um hospital ou no fornecimento de medicamentos à população. Para o autor essa modalidade de prestação jurisdicional apresenta maiores dificuldades para a delimitação do poder de atuação do magistrado, uma vez que, via de regra, a realização de fatos concretos implica investimento de verba pública, o que interfere nas dotações orçamentárias e programas de prioridade estabelecidos pelos governos.

O autor, entretanto, adverte que a condenação do Ente Público numa prestação material não representa, necessariamente, a invasão do campo de atuação da Administração Pública, uma vez que muitas vezes a pretensão está inserida no âmbito da responsabilidade civil decorrente de dano causado pelo Estado, sendo a decisão judicial uma consequência da demanda.

Em outras hipóteses a atividade material pode estar prevista em lei, caso em que, para o mesmo autor, inexistente invasão do mérito administrativo e, por consequência, do princípio da separação dos Poderes.

---

<sup>79</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. In, *A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites*, p. 471-485.



Note-se que, no que tange à saúde pública, a matéria, além de estar disciplinada na Constituição da República (art. 196 a 200), também foi regulada pela Lei 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde, que disciplina a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde – SUS.

Além disso, no âmbito de cada esfera federativa, deve haver normatização específica, a exemplo do que ocorre no âmbito federal, em que o Ministério da Saúde editou Portarias (a principal delas: Portaria nº 3.916/98) com a enumeração de medicamentos a serem fornecidos à população.

Considerando-se esse contexto, Paulo Gustavo Guedes Fontes, bem como outros doutrinadores, defende que, no que tange à condenação do Ente Público a uma obrigação de fazer, a dificuldade reside nas hipóteses em que a prestação material pretendida não está expressa na lei. Nesses casos, o autor entende que “não se deve descartar a possibilidade de imposição de obrigação de fazer dessa natureza, aplicando-se a noção de redução do poder discricionário diante do caso concreto,”<sup>80</sup> sendo que a questão deve ser resolvida com base nos princípios gerais do direito, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Significa, portanto, que compete ao órgão jurisdicional, ao examinar o caso concreto, precisamente nos casos em que a pretensão é uma prestação material não expressa em lei, verificar, por meio do exercício da ponderação entre princípios e regras, se a pretensão encontra respaldo no ordenamento jurídico. Em caso positivo, a medida deverá ser deferida.

Assim, exercendo a ponderação entre princípios e regras consagrados pelo Poder Legislativo no ordenamento jurídico, e extraíndo desse sistema normativo uma solução para o caso concreto, o órgão jurisdicional pode até assumir uma postura de ativismo, mas a decisão será legítima, uma vez que decorrente de deliberações prévias dos representantes do povo.

Por outro lado, caso a condenação do Poder Público numa obrigação de fazer ou não fazer veicule um “ato de vontade própria do órgão julgador”, na expressão de Luis Roberto Barroso, ainda que a intenção seja a de resguardar

---

<sup>80</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites*. Obra citada, p. 471-485.

eventual direito, haverá ativismo judicial, mas sob aspecto negativo, tendente ao que Werneck Vianna denomina de “justiça de salvação”, dissociada do contexto normativo legitimamente estabelecido pelos órgãos do Poder Legislativo.

## CONCLUSÃO

O tema proposto no presente trabalho foi a legitimidade dos provimentos jurisdicionais proferidos em sede de Ação Civil Pública cujo objeto é algum tipo de assistência à saúde.

A intenção era examinar se, numa Ação Civil Pública em que se busca assegurar a um indivíduo ou a uma coletividade o fornecimento de um medicamento, um tratamento médico ou a construção de um hospital, por exemplo, as decisões que deferem a pretensão são legítimas, ou seja, amparadas no ordenamento jurídico e em que medida caracterizam uma atividade pró-ativa do magistrado, configurando o denominado ativismo judicial.

A abordagem foi feita tendo como parâmetros os seguintes aspectos processuais da Ação Civil Pública: legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública individual; possibilidade jurídica do pedido e condenação do Ente Público em obrigação de fazer, no âmbito da Ação Civil Pública.

Inicialmente, foram vistos os aspectos mais relevantes da Ação Civil Pública – conceito; legitimação; bens passíveis de tutela; objeto – a fim de se delimitar qual a finalidade do instituto e que tipo de objeto pode ser veiculado por meio dele.

Em seguida, foi examinado o ativismo judicial, seu conceito, bem como a diferenciação da denominada judicialização da política, com intuito de demonstrar que o novo cenário sócio-normativo delineou parâmetros diferenciados dentro dos quais o magistrado exerce sua função.

Por fim, foram abordados os aspectos processuais acima destacados, para se definir alguns parâmetros processuais que devem ser observados pelo órgão jurisdicional para que sua decisão seja legítima, ou seja, que esteja em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio.

Viu-se que a Ação Civil Pública é um instrumento processual cuja finalidade é a tutela de interesses coletivos (em sentido amplo), ou seja, de interesses

transindividuais, aqueles que extrapolam a esfera de interesse individual e alcançam uma coletividade, seja ela determinada ou indeterminada.

Destacou-se que o direito à saúde foi consagrado na Constituição da República, nos artigos 196 a 200. Assim, as Ações Cíveis Públicas cujo objeto é a prestação de assistência à saúde encontram amparo constitucional, por força da opção feita pelo Poder Constituinte Originário.

Diante dessas duas assertivas, concluiu-se que a Ação Civil Pública é instrumento hábil a veicular pretensão de prestação de assistência à saúde, seja de fornecimento de medicação, seja de tratamento médico, seja de reparos num hospital para atendimento da população carente de determinada localidade, dentre outras, desde que seja em benefício de uma coletividade e não de um único indivíduo.

Assim, quando o órgão jurisdicional defere uma pretensão formulada no bojo de Ação Civil Pública manejada em favor de um único indivíduo, ainda que o autor da ação seja o Ministério Público, incorre em ativismo judicial (o ativismo “*mal compreendido*”, ao qual se refere Luiz Werneck Vianna), uma vez que a decisão vai além do que está previsto no ordenamento jurídico porque, repita-se, a Ação Civil Pública é instrumento destinado à tutela coletiva de direitos, e não à tutela individual. Essa foi a opção do Legislador.

Em tais hipóteses, ou seja, em casos de Ação Civil Pública em que se busca tutelar direito individual, por mais nobres que sejam razões que impulsionam o órgão julgador, a decisão acaba por violar as bases do Estado Democrático de Direito.

No que tange à condenação de um Ente Público numa obrigação de fazer, considerando-se que a prestação de assistência à saúde está prevista no texto constitucional, ou seja, tratando-se de uma espécie de política pública que foi judicializada, nem sempre tal condenação importará ativismo judicial por invasão do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes.

É preciso ter em mente, antes de tudo, que não compete ao Poder Judiciário a função de criar e inovar nas opções de políticas públicas feitas pelos Órgãos competentes, dentre as quais se enquadra a prestação de assistência à saúde.

Compete ao Judiciário interpretar a Constituição e as leis, extraindo delas os direitos e os deveres dos cidadãos e também do Estado, e assegurar que tais direitos e deveres sejam respeitados, sejam efetivados.

Diante disso, para que seja possível verificar se há ativismo judicial – e que tipo de ativismo – na condenação do Ente Público em obrigação de fazer em sede de Ação Civil Pública, é preciso examinar o caso concreto.

Assim, nas Ações Civis Públicas cujo objeto é uma prestação material, deve-se verificar se existe norma (princípio ou regra) que respalde a pretensão. Caso haja, ela deve ser aplicada.

Por exemplo, não pode ser acolhida a pretensão de condenar um Ente Público a fornecer um medicamento específico se o Poder Público fornece remédio equivalente, previsto nas normas regulamentares. O magistrado não pode ‘escolher’ o medicamento que deve ser fornecido aos usuários se os órgãos competentes já o fizeram.

Por outro lado, caso haja previsão legal para determinada prestação de assistência à saúde que não esteja sendo cumprida pelo Poder Público, pode o Poder Judiciário intervir para assegurar o cumprimento da norma.

E, por fim, as hipóteses que suscitam maiores dúvidas: os casos em que não há normatização específica ou há omissão do Poder Público.

Em tais situações, o magistrado deve exercer a ponderação dos princípios e regras envolvidos, tendo em vista que o direito à saúde e, por conseqüência, à vida, está previsto na Constituição da República, conforme anteriormente destacado, e deve ser assegurado pelo Poder Judiciário.

Nesse caso, pode até ocorrer o ativismo judicial, mas sob aspecto positivo, de forma a reforçar e a estabilizar, conforme ensina Luiz Werneck Vianna, “nossa criativa arquitetura constitucional”<sup>81</sup>, o que confere caráter de legitimidade à decisão.

O ativismo judicial, entretanto, embora permita uma ampliação da atuação do magistrado, de forma que sua participação na concretização de valores e fins

---

<sup>81</sup> Ibidem

definidos na Constituição da República seja mais intensa, não deve importar supressão dos limites legais e institucionais na prestação jurisdicional.

A atuação do magistrado, ainda no ensinamento de Werneck Vianna “não deve ser identificada a um ativismo judicial que ignore as fronteiras que apartam o juiz do político, e que pretenda, em nome do justo e da salvação pública, investir a Justiça do papel de um legislador providencial”<sup>82</sup>, sob pena de se produzir uma decisão caracterizada pelo ativismo judicial, mas uma decisão ilegítima.

---

<sup>82</sup> VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 5. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522 acesso em: 20 abril. 2011.

## REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública, **Revista dos Tribunais**, nº 79, São Paulo, julho de 1990, vol. 657, p. 51-59.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. 2. ed. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **A Ampliação do Objeto das Ações Cíveis Públicas na Implementação dos Direitos Fundamentais**, in *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, coordenador Édis Milaré, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Da Falta de Efetividade à Interpretação Judicial Excessiva: o Direito à Saúde sob a Perspectiva de um Caso Concreto**. In, **Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 4 – nº 12 – Jul./Set. 2010, p. 78-91.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008.

\_\_\_\_\_. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In, *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Coordenadores: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I, 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85)**; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista ALCEU**, v. 5, n. 9, p. 105 a 113 – jul./dez. 2004.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** (comentário jurídicos e sociais). 7. ed. revista e atualizada (Comentários de Hugo Nigro Mazzilli), São Paulo: Malheiros Editores.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes**: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites. A Ação Civil Pública Após 20 anos: efetividade e desafios. Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antônio Darienso. In, A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle das Políticas Públicas. **Revista de Processo**, REPRO 135, ano 31, maio de 2006, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 34-70 (57 página de onde o trecho foi copiado – aspas do original).

FRONTINI, Paulo Salvador. **Ação Civil Pública em Tutela de Direitos Difusos**: condições da ação – indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos, in A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios, coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_; MILARÉ, Edis; FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ministério Público, ação civil pública e defesa dos interesses difusos. **Revista Justitia**. São Paulo: Setembro/1985, p. 263/278.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Revista Lua Nova**, n. 57, 2002, p. 113-134.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – Inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da Prefeitura de Taubaté. (**artigo**). Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. Arnoldo Wald coordenador. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.



SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 18. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [online], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 3-5. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522, acesso em: 20 abril. 2011.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13752>>, acesso em: 22 abr. 2011.