

## O direito ao fornecimento estatal de medicamentos

Marcos Maselli Gouvêa \*

1. Apresentação, p. 1; 2. O fornecimento de medicamentos no direito positivo, p. 6; 3. Questões metapositivas: contributos teóricos da doutrina dos direitos fundamentais, p. 14; 4. Aspectos processuais: a implementação do direito a medicamentos, p. 24; 5. Conclusão, p. 39; 6. Bibliografia, p. 41.

Diante dos mandamentos constitucionais, os juízes vêm acolhendo os pedidos das pessoas que não possuem capacidade econômica para aquisição de medicamentos necessários ao tratamento de suas doenças. Na grandeza do jogo democrático, entre o interesse do Estado e o direito fundamental à saúde, os juízes fizeram a opção pela garantia da vida dos cidadãos. E para fazer valer essa escolha, diante da teimosia das autoridades públicas, os magistrados por vezes têm que usar de muita energia e determinação (Dr. Luís Felipe Salomão, Juiz de Direito, Oferta de Remédios, O Globo de 11/10/01, p. 7).

Os problemas que muitas vezes são interpretados como solucionáveis apenas por vontade administrativa, na prática, não são tão simples. A compra de medicamentos envolve procedimentos administrativos legais e variáveis, de acordo com o mandado expedido [...] O Tribunal de Justiça, o Ministério Público Estadual e o Federal, a Procuradoria-Geral do Estado e a Secretaria de Estado de Saúde já estabeleceram, em recentíssima reunião, uma agenda convergente, norteada pela filosofia de que medicamento compõe um bem da vida em contraposição à realidade ainda vigente de mero produto lucrativo disputado pelo

mercado em benefício de interesses comerciais (Dr. Gilson Cantarino, Secretário Estadual de Saúde, e Antonio Carlos Morais, Dever do Estado, artigo publicado na mesma página).

## 1. Apresentação

Há algo de novo no acervo das varas de fazenda pública. Ao lado das usuais ações de responsabilidade civil, das revisões de benefícios, dos mandados de segurança em matéria tributária e das desapropriações, assiste-se à recente proliferação de processos em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas, de dar e de fazer, versando os bens jurídicos que a Constituição alinha em sua Ordem Social.

Este fenômeno pode ser compreendido como desdobramento de uma paulatina ampliação do espectro de obrigações estatais suscetíveis de controle judicial. Já de longa data o constitucionalismo liberal consagrava a possibilidade de tutela judicial de posições jurídicas de caráter negativo, através de instrumentos processuais especificamente moldados para garantir, com a eficiência e a celeridade necessárias, a fruição dos direitos à vida, à incolumidade física, à liberdade, ao patrimônio e à participação política. Ao longo dos últimos duzentos anos, verificou-se marcante avanço no campo do controle da constitucionalidade e da responsabilidade civil do Estado. Diante deste evoluir, as omissões estatais no campo das prestações positivas ligadas a imperativos sociais e existenciais remanesciam, até a segunda metade do Século XX, como o último bastião infenso à onda de juridicização.

Os leading cases relacionados à implementação judicial de direitos positivos oponíveis à Administração Pública tiveram lugar nos Estados Unidos, durante a década de sessenta. Explica esta circunstância uma complexa convergência de fatores, alguns propriamente jurídicos – que incluem o amadurecimento da tutela coletiva (class actions) e mandamental (injunctions), além do estado avançado da reflexão jurídico-constitucional naquele país – e

outros de índole sócio-econômica. Além da notória pujança econômica dos Estados Unidos, deve-se ter em mente que foi precisamente na década de sessenta que despontaram movimentos sócio-culturais de valorização de mulheres, negros, jovens e homossexuais, denotando uma preocupação solidarística que se mostrou fundamental para a reversão da mentalidade dos tribunais norte-americanos, originariamente avessa à implementação coercitiva dos direitos sociais e existenciais.

Três destas iniciativas viriam a constituir verdadeiros movimentos, ganhando dimensão nacional e gerando implicações até os dias de hoje: os mental hospital reform decisions (reformas do sistema de atendimento a portadores de doenças e deficiências mentais) os school desegregation cases (reforma do sistema educacional, que originariamente privilegiava os bairros de crianças brancas) e os prison reform cases (reformas do sistema penitenciário). Existe ampla produção jurisprudencial e doutrinária (não só jurídica, mas também sociológica) acerca destes movimentos de reforma através do Judiciário (judicial policy making), que ainda nos dias de hoje despertam vívida controvérsia. Sobre o tema, Jeffrey Straussman, 'Rights-Based Budgeting', in Irene Rubin (ed.), *New Directions in Budgeting Theory*, New York: SUNY, 1988, p. 100-23; Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The Cost of Rights – Why Liberties Depend on Taxes*, New York/London: Norton, 1999; Donald Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington: Brookings, 1977, além do excelente trabalho de Malcolm Feeley & Edward Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State – How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1998. No Brasil, Ricardo Lobo Torres, *Os Direitos Humanos e a Tributação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 164-72, além do nosso *O Controle Judicial das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

No Brasil, a maioria das iniciativas de implementação judicial de direitos prestacionais A expressão direito prestacional é preferida, dentre outros, por Robert Alexy, *Teoría de los*

Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482, que assim a define: "Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares. Quando se fala em direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, se faz referência primordialmente a direitos a prestações em sentido estrito". Em nosso trabalho precitado, conferimos um elastério maior a esta categoria jurídica, que abrange não apenas direitos sociais (conforme Alexy parece sugerir no trecho acima transcrito) mas todos os direitos a prestações materiais do Estado (p. ex., direito dos deficientes físicos a elevadores e rampas de acesso nos edifícios públicos, cuja relevância independe dos meios financeiros de que dispõem seus titulares). tem focalizado o direito à saúde, especialmente no que toca ao fornecimento de medicamentos. Ao longo dos anos noventa, foi-se tornando cada vez mais freqüente a propositura de ações judiciais visando ao fornecimento de remédios necessários à terapêutica da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e de outras doenças, especialmente daquelas que representam ameaça à vida, tais como a fenilcetonúria (doença do pezinho), o câncer, a cirrose, a doença renal crônica e a esclerose lateral amiotrófica (ELA). Hoje em dia, estes feitos assumem uma porcentagem relevante dos processos que tramitam nas varas de fazenda pública da Comarca do Rio de Janeiro, despertando uma série de questionamentos concernentes à própria sindicabilidade destas posições jurídicas, à legitimidade passiva dos entes de direito público, aos mecanismos de imposição das decisões judiciais etc.

Num primeiro momento, estas ações tratavam, quase que exclusivamente, do fornecimento de medicamentos para o combate à AIDS. Tinham por fundamento normativo o art. 196 do Texto Maior, segundo o qual "a saúde é direito de todos e dever do Estado", e eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam, neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos.

As associações de defesa de soropositivos iniciaram então intensa pressão junto ao Governo e ao Congresso, visando à aprovação de lei que, regulamentando a norma constitucional, previsse expressamente a distribuição, pelo poder público, de medicamentos necessários ao combate à AIDS. Em 13 de novembro de 1996, premido pela intensa mobilização da sociedade civil, finalmente o Governo fez vir a lume a Lei nº 9.313, dispondo sobre "a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS":

Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de Aids ( Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária ao tratamento.

§1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§2º. A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º. As despesas decorrentes da implantação desta lei, serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data da publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.

Algumas observações devem ser tecidas desde logo acerca do diploma legal transcrito. Ressalte-se, em primeiro lugar, que a Lei nº 9.313/96 não estabelece qualquer distinção econômica entre os portadores do HIV: todos têm acesso ao recebimento gratuito dos medicamentos, independentemente da demonstração de necessidade, miserabilidade ou qualquer outra circunstância subjetiva. No §1º de seu art. 1º, a lei estabelece que os medicamentos tornados disponíveis serão aqueles constantes de relação padronizada do

Ministério da Saúde, relação esta que deverá ser atualizada anualmente, ou sempre que novas descobertas científicas o recomendarem (§2º). Ela prevê, por fim (art. 2º), que os recursos para a aquisição dos remédios serão oriundos dos orçamentos da seguridade social da União, dos Estados e dos Municípios, "conforme regulamento".

Dificuldades podem claramente ser antevistas nesta dupla remissão à regulamentação ulterior (tanto para definir os medicamentos disponíveis, quanto para atribuir a responsabilidade financeira pela aquisição destes). Com efeito, aprovada a lei, nem por isso Estados e Municípios réus deixaram de se escusar invocando a falta de precisão no texto da norma e sustentando a necessidade de que os regulamentos previstos fossem baixados. A falta de clareza quanto ao titular do dever jurídico fazia com que Estados e Municípios alegassem um a responsabilidade do outro, e, não raras vezes, que pedissem a intimação da União para intervir no feito – o que, na hipótese de deferimento, carregaria a incompetência da Justiça Estadual, atrasando a prestação jurisdicional e, desta forma, colocando em risco a sobrevivência dos autores.

Circunstâncias as mais variadas, porém, fizeram com que o argumento da insuficiência do texto legal, outrora fatalmente admitido, não obtivesse mais a acolhida dos tribunais que, invertendo a tendência anterior, passaram a condenar o Estado não apenas à entrega de medicamentos, mas também à prestação dos serviços médicos necessários ao tratamento da síndrome. Impulsionadas por esta mudança no padrão decisório, ações versando o fornecimento de medicamentos para outras doenças foram se tornando cada vez mais freqüentes e com maior porcentagem de êxito. O sucesso dos soropositivos impulsionou o reconhecimento do direito aos medicamentos por parte de outras classes de doentes, a despeito da inexistência de estatuto legal que amparasse esta extensão. Deve se frisar a existência, em certas unidades da federação, de diplomas que consagravam o fornecimento de medicamentos mesmo antes da Lei Federal nº 9.313/96. Nesta trilha, sobressai o exemplo do Rio Grande do Sul, onde a Lei Estadual nº 9.908/93, determinando o

fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais a pessoas carentes de recursos, já impulsionava a propositura e o acolhimento de ações do gênero.

No que toca aos tribunais superiores, desde meados dos anos noventa o Superior Tribunal de Justiça tem-se defrontado com recursos especiais e ordinários em que se discute o fornecimento de medicamentos pelo poder público. É bem verdade que grande parte destes acórdãos (especialmente aqueles proferidos em sede de recurso especial) detém-se na apreciação de questões processuais. Neste rol inserem-se, por exemplo, os Recursos Especiais nº 57.613/RS Rel. Min. Américo Luz, 2ª T., unânime; julg. em 14/06/95. e nº 57.603/RS Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª T., unânime; julg. em 16/09/96., nos quais os entes de direito público recorrentes alegavam inexistir direito líquido e certo a amparar as pretensões dos autores, deduzidas através de mandado de segurança. Por entender que a averiguação da liquidez e certeza daqueles direitos exigiria uma reavaliação do acervo probatório, o Tribunal inadmitiu tais recursos, nos termos da Súmula 7.

Nos demais acórdãos proferidos pelo STJ, verifica-se a plena aceitação dos pedidos de medicamentos. Neste sentido: RESP 83.800/RS, 1ª T., maioria, Rel. Min. Gomes de Barros, vencido o Relator originário, Min. Demócrito Reinaldo (medicamentos para fenilcetonúria); AGA nº 253938/RS, 1ª T., unânime, Rel. Min. José Delgado (medicamentos para AIDS); ROMS 11.183/PR, 1ª T., unânime, Rel. Min. José Delgado (medicamentos para esclerose lateral amiotrófica). Mesmo em arestos que, primordialmente, voltam-se para questões processuais, percebe-se uma nítida inclinação em favor do acolhimento destas pretensões. Assim, por exemplo, nos Recursos Ordinários nº 6063/RS Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª T., unânime, DJ 1º/12/97, p. 62700. e 6371/RS Rel. Min. Peçanha Martins, 2ª T., julg. em 1º/04/96, unânime., considerou-se que a restrição legal à concessão de medidas cautelares contra o poder público "só subsiste enquanto o retardamento não frustrar a tutela judicial, que é garantia constitucional". Ambos os arestos abordam a probabilidade do acolhimento final dos pedidos (*fumus boni iuris*), evidenciando

assim juízo favorável, posto que perfunctório, à tese dos requerentes.

Destoa dos acórdãos coligidos aquele proferido no Recurso Especial nº 57.614-8/RS, da lavra do eminente Min. Demócrito Reinaldo, no qual se rejeita pedido de fornecimento de medicamentos formulado por crianças fenilcetonúricas. Julgado em 27/05/96, 1ª T., vencidos os Ministros Gomes de Barros e José Delgado, que votaram pelo não-conhecimento do recurso. O decisum em questão lastreia-se num triplo fundamento: o descabimento do mandado de segurança pela não indicação do ato (ainda que omissivo) ilegal; o caráter programático dos dispositivos constitucionais invocados, bem como a inexistência de previsão orçamentária para as despesas necessárias. Datado de 1996, não espelha a orientação mais moderna de nossos tribunais.

Relatando hipótese semelhante, já em 1999, o Min. Demócrito Reinaldo viu sua tese, anteriormente acolhida, ser rejeitada pela 1ª Turma. No Recurso Especial nº 83.800/RS Rel. Min. Gomes de Barros; 1ª T., maioria; julg. em 21/09/99., entendeu-se que a conduta da Administração evidenciava, senão uma ilicitude atual, decerto um ato ilícito potencial. Nas palavras do Relator, Min. Gomes de Barros,

Tenho para mim que, na hipótese, a denegação foi confirmada pela Administração, quando sustentou a impossibilidade de fornecer o medicamento. Isto significa: se houvesse formulado a pretensão, o Impetrante receberia fatal indeferimento. Em hipóteses como tais, não é racional exigir-se do indivíduo a adoção de providência inócua. Para obviar quejandas inutilidades, admite-se a concessão da Segurança pretendida.

Apreciando finalmente os dois fundamentos restantes do recurso (contrariedade da decisão impugnada ao caráter alegadamente programático do art. 196 da Constituição e contrariedade ao princípio da legalidade orçamentária), o acórdão os considerou imunes ao recurso especial, dado o assento constitucional dos preceitos suscitados.

Conclui-se, portanto, que a orientação recente do STJ é francamente favorável ao reconhecimento de direito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, deparou-se com recursos extraordinários versando a matéria entelada a partir do ano de 1999. Desde o primeiro momento, o posicionamento do Excelso Pretório mostrou-se uníssono em favor destas postulações, que até o final de dois mil se circunscreveram à obtenção de medicamentos para a AIDS. V. RE 257.109 (Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T.), RE 242.859 (Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., publ. DJ 17/09/99), 247.900 (Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 20/09/99), RE 267.612 (Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 02/08/2000, com Agravo Regimental 271.286 julg. unânime pela 2ª T. em 12/09/2000), RE 279.519 (Rel. Min. Nelson Jobim, julg. em 22/09/2000) e RE 273834 (Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 23/08/2000). Todos estes recursos são oriundos do Rio Grande do Sul.

Ao longo das próximas seções, serão analisados acórdãos e outras decisões recentes que demonstram a importância das considerações de direito positivo e jusfundamentais na solução das questões jurídicas – processuais, administrativas, financeiras e constitucionais – que vieram à tona com estes processos.

## 2. O fornecimento de medicamentos no direito positivo

O direito à saúde aparece insculpido como postulado fundamental da ordem social brasileira no art. 6º da Carta Constitucional. Os arts. 196 a 200 esclarecem o papel do Estado na assistência à saúde, sendo que o art. 198 define o Sistema Único de Saúde (SUS). Tais dispositivos constitucionais foram regulamentados através da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a organização

e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O art. 196 é um daqueles dispositivos da Constituição que, tradicionalmente, seriam considerados meramente programáticos, a despeito de qualificar a saúde como "direito de todos e dever do Estado". Isto porque o termo saúde, à vista de seu caráter genérico, dificulta a definição de um campo preciso de incidência. Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., p. 483 e s.; Ingo Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 297.. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com as práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegeassem uma delas Cf. Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., p. 485, em trecho no qual cita N. R. Breuer..

A Constituição, ao invés de ser específica, estabelece que o direito à saúde será "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (grifou-se). Aparentemente, não há pretensão jurídica dedutível do dispositivo em apreço. Defender-se que, à falta de esclarecimento mais preciso, incumbiria à Administração prover a todos os reclamos referentes à saúde, em grau máximo, é simplesmente irrealista, especialmente se se tem em conta o "acesso universal igualitário".

Cf. Ricardo Lobo Torres, 'A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos', in Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 283-5.

Uma interpretação fulcrada no imperativo de máxima efetividade, entretanto, deve reconhecer que, embora não se possa pleitear uma determinada prestação estatal, pode-se sem dúvida exigir que o Estado articule alguma política de redução do risco da doença e de acesso universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Imagine-se uma determinada região do país onde se verifique uma epidemia. Muito embora não se possa obrigar o Estado a realizar uma prestação precisa, específica, é possível exigir que ele possua alguma política de combate à epidemia, e que seja uma política dotada de algum grau de eficácia. Este grau mínimo de eficácia será definido através de um juízo de razoabilidade, em que a comunidade jurídica procurará incorporar os valores compartilhados pela média da sociedade. Tais valores, por sua vez, encontram-se condicionados pelo nível de condições materiais, participação política e avanço tecnológico da sociedade em questão.

Salienta-se, no parágrafo anterior, que a inexigibilidade de uma ação determinada é *prima facie* porque existem certas doenças em que o procedimento de combate não comporta mais de uma política. Assim, por exemplo, pessoas com o vírus HIV têm de ser tratadas, de acordo com o protocolo médico hoje em dia reconhecido pacificamente, através de coquetel de medicamentos. Muito embora seja discutível se superdoses integram este coquetel, certo será que pelo menos as doses usuais poderão ser exigidas do Estado. O órgão responsável, dentro da estrutura do poder público, que não fornecesse tal coquetel de drogas, estaria, simplesmente, deixando de adotar qualquer política para recuperação da doença, o que é vedado, a contrario sensu, pelo dispositivo em tela.

Já o combate a uma epidemia de dengue, por exemplo, necessitará, quase certamente, de

campanhas educativas, uma vez que a proliferação do vetor (mosquito *aedes aegypti*) ocorre, quase que exclusivamente, dentro das casas, sendo inócuas outras medidas de prevenção caso se negligencie da estratégia básica – qual seja, da propaganda que esclareça as formas de eliminação de focos domiciliares do mosquito.

Nesta direção, sublinha Canotilho que, embora certos direitos não correspondam a deveres jurídicos específicos, poderão ensejar a sindicância de uma prestação determinada caso somente exista um instrumento eficiente para consecução daquele fim:

o Estado, os poderes públicos o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio. Canotilho, Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, apud Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 299.

A propósito, no que concerne à efetividade das normas constitucionais, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal coligidos ao longo deste estudo revelam uma desconcertante confusão quanto à caracterização da carga eficaz do art. 196. Apesar da inspiração comum no princípio da efetividade, os membros do Excelso Pretório e do Superior Tribunal divergem totalmente no que tange ao caráter vinculante daquele preceito. Assim, nos acórdãos relatados pelo Min. Marco Aurélio RE 247.900/RS, julg. em 20/09/99; RE 195.1192-3/RS, julg. em 22/2/2000. Estes acórdãos são também invocados como fundamentos decisórios pelo STJ, nos julgados da lavra do eminente Min. José Delgado (como ocorre no RESP 11.183/PR, julg. em 22/08/2000)., aderiu-se ao entendimento de que o preceito em questão é de eficácia imediata, devendo inclusive o "dever do Estado" ser compreendido como obrigação solidária dos diversos entes federativos, em seus três níveis.

Por sua vez, os acórdãos da lavra do Min. Celso de Mello filiam-se à orientação diversa: O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. RE 273.834/RS, julg. em 23/08/2000; AGRG 271.286-8/RS, julg. em 02/08/2000.

Ora, se a norma possui eficácia jurídico-positiva, não há porque o eminente Ministro considerá-la de cunho programático. Defender efeitos positivos para normas programáticas significa esvaziar por completo este conceito. Se o Supremo Tribunal Federal entende que a norma em questão dá ensejo ao surgimento de pretensões a prestações positivas, deve, para bem da sistemática constitucional, admitir que o art. 196 não é uma norma meramente programática. Como é cediço e restou assentado no Recurso Especial nº 57.614-8/RS, único contrário ao fornecimento dos medicamentos, Normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa. Rel. Min. Demócrito Reinaldo; 1ª T., maioria; julg. em 27/05/96,.

Perplexidade maior aflora da leitura do acórdão relatado pelo eminente Min. José Delgado, segundo o qual é

Despicienda, ainda, de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). RESP 11.183/PR, julg. em 22/08/2000.

É evidente que o posicionamento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, neste recurso, decorreu, necessariamente, da admissão, ainda que inconfessada, da tese de que o preceito mencionado possui plena eficácia.

A dificuldade encontrada por certos Ministros na caracterização destes dispositivos deve-se às limitações mesmas do método exegético tradicional. Do ponto de vista estritamente gramatical, é inegável que o art. 196 da Constituição possui pouca densidade, na medida em que deixa de definir aspectos importantes do direito que parece instituir: sujeito passivo, prioridades, extensão da saúde assegurada, custeio etc. Entretanto, como salientado linhas acima, é possível sustentar-se, na esteira dos ensinamentos de Canotilho e Ingo Sarlet, que mesmo normas *prima facie* programáticas podem ter um núcleo jurídico-positivo: embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de um certo problema de saúde. Ressalte-se novamente que, a nosso juízo, a definição do aparelhamento mínimo para direitos com campo de ação amplo, como ocorre com a assistência à saúde, encontra-se inextricavelmente ligada à compreensão que a comunidade de princípios possui do mínimo existencial, compreensão esta que é influenciada por uma série de fatores (econômicos, históricos, culturais, políticos, religiosos etc.). Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde ou a manutenção da vida da pessoa interessada, é esta mesma a conduta que deve ser adotada pelo poder público. Sobre as conseqüências jurídico-positiva dos princípios constitucionais, imprescindível é a leitura de Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Demais disto, quando os Ministros aludem a um confuso caráter vinculativo de preceitos programáticos, ou à irrelevância de se aferir o caráter programático dos dispositivos, estão na realidade remetendo ao caráter de pré-estatalidade que a doutrina *jusfundamental*

reconhece a certos aspectos (não claramente delimitados, sem dúvida) do direito à assistência à saúde. Mais adiante, será abordado como a teoria dos direitos fundamentais desempenha papel nodal na discussão acerca do fornecimento de medicamentos.

Assim como na Constituição, percebe-se na Lei nº 8.080/90 uma preocupação maior com a fixação das atribuições dos três entes de direito público interno, tendo em vista a complexa estrutura do SUS, do que com o delineamento de situações jurídico-subjetivas.

O Título I da Lei nº 8.080/90 delinea os princípios fundantes do sistema de saúde nacional. Em seu art. 2º, reconhece o direito à saúde como direito fundamental do ser humano, "devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". Dois comentários merecem destaque, na exegese deste dispositivo. Inicialmente, ao referenciar o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais, o legislador nacional atrela seu conteúdo à série de características típicas dos direitos fundamentais, que melhor serão detalhadas em capítulo posterior: preexistência à ordem positiva, imprescritibilidade, inalienabilidade, oponibilidade erga omnes, auto-aplicabilidade, caráter absoluto e prioridade. Vincula à noção-chave de dignidade da pessoa humana (aliás, tal vinculação aparece explicitada no art. 7º, III da Lei) pedra angular do sistema interpretativo da Constituição de 1988.

Em segundo lugar, frisa, de forma que não pode ser ignorada, que a tarefa do Estado, embora ampla, não transborda, em princípio, do munus de proporcionar as condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde. Portanto, quando se analisa o âmbito deste direito, deve-se ter em mente que a ação exigível do Estado é a ação indispensável, e não toda e qualquer ação excogitável, de eficácia discutível, ditada por voluntarismo indesejado que, mobilizando recursos, faz periclitara a necessária universalização da medida.

A universalização e o acesso igualitário às ações de saúde, já enunciadas no Texto Maior,

são repisadas no §1º ao art. 2º. Neste importante dispositivo, percebe-se nitidamente a preocupação do legislador não apenas com a garantia das medidas preventivas ("formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos", incluindo aquelas originariamente ligadas a fatores aparentemente dissociados da questão da saúde ("alimentação, moradia, saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais aos níveis de saúde da população"; listados no art. 3º e no art. 5º, II), como também com a assistência curativa (acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação"; art. 2º, §1º, in fine). Também o art. 5º da Lei, ao relacionar os objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS), alinha o de prover à "assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas". De se frisar que certos autores, como Ricardo Lobo Torres, associam o caráter curativo ou preventivo da medida à possibilidade de sua obtenção judicial: "Veja-se a questão da saúde pública. A saúde preventiva, tratada como direito fundamental pelo art. 196 da CF, confundiu-se com a saúde curativa, claramente definida como direito social pelo art. 6º ('A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos', in Teoria dos Direitos Fundamentais, cit., p. 283-5). A Constituição e a Lei nº 8.080/90, porém, não parecem amparar esta distinção, ao menos expressamente.

O §2º do art. 2º da Lei, um tanto quanto perdido em meio àquelas disposições de princípio já razoavelmente debatidas, consagra que o dever do Estado na prestação da saúde não exclui "o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade". Reflexos claros deste preceptivo são os encargos com os quais a jurisprudência, já de algum tempo, tem gravado as operadores de planos de saúde – manutenção das internações, mesmo diante do inadimplemento do paciente, cobertura de doenças por vezes sorrateiramente excluídas da apólice etc. – e que a Lei nº 9.656/98, a pretexto de disciplinar, em diversas ocasiões tem

feito retroceder. A Lei nº 8.080/90 prevê a participação no SUS de serviços privados contratados ou conveniados, parecendo acertado supor que a responsabilidade destes serviços pelo fornecimento gratuito de remédios há de ser pautada pelos termos que constarem do contrato ou convênio.

Questionável a eficácia do art. 196 da Constituição como supedâneo para o pedido de fornecimento estatal de medicamentos, resta tal óbice ultrapassado quando se tem em mente o art. 6º, I, d da Lei nº 8.080/90 que, de modo peremptório, inclui no campo de atuação do SUS "a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica". Ainda que se compreenda o preceito constitucional como norma programática, impende reconhecer que foi evidente o propósito do legislador de densificá-la, dirimindo qualquer dúvida quanto à existência de um direito subjetivo ao amparo terapêutico e farmacêutico .

Refulge neste dispositivo a menção ao caráter integral da assistência a ser prestada, referência esta que, longe de mera figura retórica, desempenha importante papel interpretativo: se a assistência é integral, então toda a atividade de planejamento e controle das ações de saúde devem ser compreendida como ancilares, visando apenas a permitir ao administrador um desempenho otimizado de sua tarefa. Quando o art. 6º, VI da Lei nº 8.080/90 encarrega o SUS da "formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde", ou quando estabelece – na esteira da Constituição – um emaranhado sistema de financiamento para as ações de saúde, não está conferindo ao legislador uma autorização para que, através do desempenho destas tarefas-meio, possa restringir o alcance do direito material, de fundo, à plena assistência farmacêutica. Embora reconhecendo a importância do trabalho de previsão e controle das ações e despesas, é imperioso ter em mente que a ênfase da lei recai (e isto se constata até topograficamente, pela sua menção já no inciso I do art. 6º) sobre a execução das ações-fim, com destaque para a prestação da integral assistência terapêutico-farmacêutica. De

uma forma talvez um pouco extremada, aliás, já teve o Excelso Pretório a oportunidade de afirmar que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde [...] ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...]razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção [...]. RE 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello. A atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um "problema secundário" ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo "previsto constitucionalmente", correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira.

O art. 9º arrola as autoridades que compõem a direção do Sistema Único de Saúde, que será exercida "em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos":

- I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;
- III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Aparentemente sem importância, este dispositivo assume especial relevo quando se considera que as ações judiciais relacionadas com o fornecimento de medicamentos, ainda que não recebam o nomen iuris de mandados de segurança, caracterizam-se pelo inegável conteúdo mandamental. Faz-se necessário definir a autoridade responsável pelo exercício das tarefas cometidas ao SUS na medida em que estes órgãos é que deverão ser compelidos a atender eventuais decisões favoráveis, sujeitando-se seus ocupantes às sanções oriundas de descumprimento.

As idéias-mestras que norteiam a divisão de competências, sob a égide da Lei nº 8.080/90, são as da subsidiariedade e da municipalização. Nos termos do art. 16, XIII e XV, cabe à direção nacional do SUS "prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional", promovendo "a descentralização, para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal". Aos Estados, por sua vez, incumbe (art. 17, I e III) "promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde", além de "prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde". Estados-Membros e União Federal, portanto, à luz da Lei nº 8.080/90, somente deveriam participar diretamente das ações de saúde (incluindo o fornecimento de medicamentos) de modo supletivo, suprindo eventuais carências dos Municípios, especialmente no período de transição dentro do qual (acreditava o legislador) seriam os serviços de saúde, antes exercitados nos três níveis, integralmente assumidos pelo ente municipal. A este, propriamente, incumbe (art. 18, I) "planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde".

Alvo por excelência das digressões no campo do fornecimento público de remédios tem sido tal questão da competência. Leitura apressada dos dispositivos acima listados insinua que as ações judiciais somente poderiam ser propostas contra os Municípios; a prática, por sua vez, revela que no mais das vezes Municípios e Estados são posicionados, lado a lado, no pólo passivo. A solução para tal quizila há de reconhecer, inicialmente, que a Constituição não traça expressamente competências nesta seara, na qual deve prevalecer, como é evidente, o interesse público e do doente. Não se pode ignorar, por outro lado, a legítima opção do legislador por fazer da atuação federal e estadual, neste campo, algo excepcional. Sem descuidar da prevalência dos interesses da população, é imperioso observar o mandamento legal de descentralização político-administrativa, "com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios", ressaltada como diretriz do SUS em seu

art. 7º, IX. De outra sorte, a pura e simples cumulação de sujeitos processuais passivos não raras vezes acaba por acarretar a compra do medicamento reclamado em duplicidade, o que viola o mais comezinho princípio de racionalidade financeira, cristalizado no mandamento, insculpido no art. 7º, XIII da Lei nº 8.080/90, que determina a "organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos". Ao tema retornar-se-á, oportunamente.

O Título V da Lei nº 8.080/90 estabelece uma complexa sistemática de financiamento do sistema de saúde, disciplinando, entre outros pontos, o art. 195 da Constituição, que trata do orçamento da seguridade social, origem dos recursos mobilizados nas ações do SUS. Ainda que possuam a feição de normas de organização, as disposições financeiras da Lei podem produzir evidentes implicações no campo jurídico-subjetivo. Nas ações judiciais que tratam do fornecimento de remédios, as limitações financeiras dos entes demandados usualmente são trazidas à baila, como escusas para o descumprimento ou retardo no atendimento às determinações judiciais.

Ressalte-se que parcela essencial dos recursos havidos por Estados e Municípios é proveniente de repasses da União Federal (art. 195, §10º da Constituição), atendendo-se a critérios fixados no art. 35 da Lei nº 8.080/90 (perfil demográfico e epidemiológico da região destinatária dos recursos, entre outros dados estatísticos). Mais uma vez, cabe repisar que, dentro da principiologia adotada pelo sistema brasileiro, calcada na pedra de toque da assistência integral, o orçamento, embora não perca sua função autorizativa e legitimadora dos gastos, assume sobretudo a finalidade de permitir o planejamento e o controle de despesas.

A Lei nº 8.080/90 se fez acompanhar de uma minudente regulamentação, que se traduz numa série de portarias baixadas pelo Ministério da Saúde. A Portaria nº 2.203/96 instituiu a Norma Operacional Básica do SUS, reiterando que os Municípios passariam a concentrar

a responsabilidade imediata pelo atendimento às necessidades de saúde "do seu povo", o que dá a entender que cada eventual usuário deveria contar com os serviços proporcionados por seu Município. Mais adiante, a Norma Operacional volve a essa questão, sublinhando que

Os sistemas municipais de saúde apresentam níveis diferentes de complexidade, sendo comum estabelecimentos ou órgãos de saúde de um município atenderem usuários encaminhados por outro. Em vista disso, quando o serviço requerido para o atendimento da população estiver localizado em outro município, as negociações para tanto devem ser efetivadas exclusivamente entre os gestores municipais.

É realmente bastante intrincada a questão da divisão de ônus entre Municípios, quando se tem a exata noção de que alguns deles concentram não só o fornecimento de medicamentos, mas a gestão de todo o aparato médico usufruído pelos cidadãos das adjacências. Soa, de fato, como algo injusto que os contribuintes de um Município mais diligente tenham de arcar com os ônus dos tratamentos de seus vizinhos. Esta perplexidade, porém, pode ser contornada com medidas administrativas e judiciais que levem ao ressarcimento da unidade federativa prestadora do serviço por parte daquela que se omitiu.

Ainda na trilha da descentralização administrativa, merecem ênfase regulamentos como a Portaria n° 341, de 22 de agosto de 2001, que, dividindo competências entre Estados e Municípios, reafirmam o encargo destes últimos para o fornecimento da generalidade dos medicamentos, enquanto aos Estados incumbiria distribuir remédios de cunho excepcional, listados especificamente.

Em algumas áreas, esta divisão de tarefas adquire contornos especialmente complexos. É que a regulamentação federal engendrou um sistema efetivamente integral de ações de saúde, de tal modo que certos medicamentos apenas podem ser fornecidos, por Estados e Municípios, caso o doente encontre-se cadastrado junto a um centro de referência

municipal. Este protocolo, que pauta a entrega de remédios para diversas doenças (p. ex., para o câncer), preconiza que apenas os recebam aquelas pessoas inscritas num vasto programa que inclui a prevenção, a detecção precoce, o diagnóstico e o tratamento. Deste modo, evita-se o uso mal-orientado do medicamento, além de se permitir um perfeito mapeamento das demandas.

Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio para um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência. Esta dificuldade poderia ser facilmente suplantada desde que os juízes, nas ordens que proferissem, determinassem à autoridade notificada que, juntamente com a entrega do medicamento, já providenciasse a reposição de seu estoque.

### 3. Questões metapositivas: contributos teóricos da doutrina dos direitos fundamentais

Entre reconhecer a existência de dispositivos de direito positivo que procuram assegurar o acesso de todos aos medicamentos e um verdadeiro direito público-subjetivo aos mesmos, porém, vai longa distância. Mesmo considerando que, aos poucos, Estados e Municípios estão se empenhando em assumir seus encargos na área da assistência farmacêutica, é fundamental definir se existe ou não legitimidade para que o Poder Judiciário intervenha nesta seara.

A primeira questão que aflora é de índole material. Antes de perquirir-se como implementar tais direitos, é necessário definir se e em que medida estas posições jurídicas constituem

verdadeiros direitos subjetivos, suscetíveis de alguma forma de tutela judicial, de sindicabilidade. Em sede de normas atributivas de direitos negativos, oponíveis a abstenções, é mais fácil reconhecer seu caráter impositivo, já que tais posições jurídicas, para sua implementação, não demandam gastos ostensivos. Na realidade, conforme ressaltam trabalhos recentes, a garantia destes direitos negativos também exige aporte de recursos públicos (custeio da segurança pública, da máquina judiciária etc.); Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, cit., passim; Gustavo Amaral, *Direito, Escassez & Escolha*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. no entanto, aos olhos da opinião pública, este custo indispensável à proteção dos direitos a abstenções não é tão evidente quanto aquele necessário à realização dos direitos propriamente positivos (ou prestacionais), que têm por objeto condutas comissivas do Estado, traduzindo-se normalmente nas prestações de fazer e dar de cunho social.

Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que estes recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis. A doutrina denomina reserva do possível fática a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica.

De acordo com a ótica tradicional, a destinação de recursos para a satisfação de algumas destas demandas e não de outras é prerrogativa atribuída aos órgãos politicamente investidos, notadamente ao Poder Executivo, consoante apreciação discricionária que levará em conta critérios subjetivos de conveniência e oportunidade. A própria Constituição, em seu art. 165, atribui aos Poderes Executivo e Legislativo a atribuição de

editar o orçamento.

É apenas com a identificação de verdadeiros direitos prestacionais que se pode afastar do âmbito da discricionariedade alguns destes investimentos, sem que isto possa carrear, para o Judiciário, a pecha de haver-se imiscuído, ilegitimamente, em uma atividade peculiar a outro ramo do poder público. O princípio da separação de poderes veda que o julgador substitua o parecer da Administração por seu mero subjetivismo, impondo-lhe que fundamente suas decisões no direito legislado e em outras categorias aceitas intersubjetivamente pela comunidade jurídica, dentre as quais destacam-se, presentemente, aquelas ligadas à teoria dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira, como é sabido, consagra o direito à saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). A doutrina tem divergido quanto à determinação da carga eficaz do dispositivo em questão, que para alguns gera implicações prestacionais e, para outros tantos, não passa de norma programática, mera diretriz a ser seguida pelo administrador público na medida em que sua sensibilidade política reputar conveniente.

A discussão mais recente e aprofundada acerca da eficácia dos preceitos constitucionais ligados à saúde, felizmente, tem abandonado o viés positivista de se debruçar simplesmente na gramaticalidade do texto legislado. Se é certo que a doutrina da máxima efetividade, já tão consolidada em nossa mentalidade jurídica, funciona como um vetor favorável à extração de conseqüências jurídico-subjetivas dos artigos em questão, outros componentes, na prática, têm determinado os rumos da controvérsia.

Partindo da constatação de que o Estado não dispõe de recursos aptos a prover a uma

demanda tendencialmente infinita a ações de saúde, uma postura cientificamente responsável carreará, para os autores que vislumbram verdadeiros direitos prestacionais ao fornecimento de medicamentos, o ônus de estabelecer um critério racional que permita estreitar o que poderá ser exigido judicialmente do que permanecerá no âmbito do juízo discricionário do mandatário político. A necessidade de formulação deste critério foi magistralmente sintetizada por Ricardo Lobo Torres:

As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns - a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendam à população segundo as condições de idade, sexo ou domicílio. Qual é o cardíaco brasileiro que tem o direito de ser operado pelo Dr. Jatene? Qual o critério de justiça que deve presidir as opções fundamentais em torno da saúde? Essas questões, que constituem o cerne da discussão em torno da justiça local, estão inteiramente obscurecidas entre nós pela proclamação demagógica da universalidade e da igualdade no atendimento! [...] De notar que não se defende a extinção da universalidade do atendimento, mas a sua adequação ao sistema realista em que se mesclam e se somem as contribuições dos usuários, excluídos os pobres, e os aportes orçamentários financiados pela receita dos impostos. 'A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos', in Teoria dos Direitos Fundamentais, cit., p. 183-5

Ronald Dworkin, um dos maiores expoentes do direito norte-americano atual, também acusa de irrealismo o rescue principle, segundo o qual deve o Estado responsabilizar-se por todas as demandas na área da saúde, "até que o próximo dólar gasto não contribua mais para um incremento da saúde". Como solução, Dworkin propõe que sejam excluídos do sistema público de saúde aqueles procedimentos que cidadãos sãos, iguais e bem-informados, caso dispusessem de recursos econômicos suficientes para adquirir qualquer

plano de saúde, ainda assim optariam por não incluir num plano particular (prudent insurance). Estes cidadãos, no seu entender, optariam por não incluir nos seus planos tratamentos caros para os casos de demência e inconsciência irreversível ou de doença terminal na qual não reste ao paciente muitos meses de vida. *Sovereign Virtue*, Cambridge (Mass.): Oxford, 2000, p. 309 e s.

A resposta para a questão acerca da existência de um verdadeiro direito à medicação, contemporaneamente, tem de passar, com obrigatoriedade, pelo tema dos direitos fundamentais. Nos dias de hoje, em que o direito positivo respalda amplamente tais pedidos, os opositores do fornecimento estatal de medicamentos, não podendo invocar a inexistência de normas que assegurem tais prestações, normalmente se escudam numa série de argumentos financeiros ou em princípios de alto grau de abstração (como o princípio da separação de poderes, o princípio discricionário, o princípio orçamentário). Nada mais natural, portanto, do que elevar as considerações favoráveis à tese do direito aos medicamentos ao mesmo grau de complexidade e abstração, com o manejo da categoria dos direitos fundamentais.

O tema dos direitos fundamentais tem ressurgido, em diversos países e contextos discursivos, com nomenclaturas diferentes. Assim, a doutrina francesa, mais preocupada em enaltecer-lhes o caráter limitador da potestade estatal, prefere designá-los liberdades públicas; os estudiosos afetos à tradição anglo-saxônica preferem a expressão direitos civis (civil rights), reforçando assim sua vinculação com a temática da cidadania e de seus reconhecimentos no âmbito da esfera pública (civitas); os alemães, por sua vez, preocupados em traçar-lhes uma fundamentação transcendente, frisam a essencialidade destes direitos através do uso da expressão direitos fundamentais. Especialmente no âmbito das ciências sociológicas e do direito internacional, vulgarizou-se a designação de direitos humanos, que ressalta sua pertinência ao homem independentemente de qualquer outra circunstância. A doutrina constitucionalista acerca destes direitos, que se alicerçou

sobretudo na experiência da Carta de Bonn, incorporou a terminologia alemã. Ricardo Lobo Torres, *Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*, cit., p. 8 e s

Diversos atributos caracterizam os direitos fundamentais, cumprindo assinalar que mesmo a doutrina especializada parece descurar um tanto da análise destes predicados: a preexistência à ordem positiva, a inalienabilidade, a possibilidade de auto-aplicação a eficácia erga omnes, o caráter absoluto e a imprescritibilidade. Para a presente discussão, importam sobretudo os três primeiros atributos.

Dizer que os direitos fundamentais preexistem à ordem positiva significa que a lei não os cria, mas antes os reconhece. Os direitos fundamentais são declarados pelo legislador; esta declaração não cria o direito, apenas o certifica, de tal modo que, mesmo não estando positivados, estes direitos devem ser observados e, se necessário, judicialmente concretizados.

Deve-se enfatizar que a preexistência em questão é lógico-normativa, e não cronológica. Desta forma, pode ocorrer de um certo direito passar a ser considerado fundamental quando antes não o era. O fato de novos direitos fundamentais poderem ser reconhecidos no curso da história de uma determinada sociedade não obsta que estes direitos sejam considerados fundamentais ab ovo: os direitos já eram fundamentais em origem, apenas a compreensão disto tardou. Embora a efetividade ou eficácia social de um direito fundamental muitas vezes dependa de sua positivação, a existência, validade e eficácia formal destas posições jurídicas remontará sempre, sob o enfoque lógico-normativo, ao instante ideal de surgimento da sociedade e do ordenamento jurídico.

Se a lei não cria os direitos fundamentais, mas apenas os reconhece, então deve-se admitir a possibilidade de a lei ter-se equivocado, para mais como para menos. A doutrina dos direitos fundamentais propõe a existência de um critério jurídico-cognitivo, e não político,

para a detecção de situações jurídicas fundamentais. Desta forma, a última palavra acerca da existência de um direito fundamental cabe ao Judiciário, e não aos órgãos investidos politicamente.

Nem mesmo o constituinte originário, em linha de princípio, poderia retirar, implícita ou explicitamente, o caráter fundamental de um determinado direito. Nesta direção, bastante valiosa a orientação manifestada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 939-7. Neste processo, discutia-se a constitucionalidade do art. 2º, §2º, da Emenda Constitucional nº 3/93, o qual criava um tributo – o IPMF – que não se submeteria quer ao princípio da anterioridade (art. 150, III, b), quer às imunidades tributárias previstas no art. 153, §5º, do Texto Maior. . A anterioridade e as imunidades tributárias, formalmente, não integram o catálogo de direitos fundamentais (art. 5º); isto, contudo, não impediu o Supremo Tribunal Federal de considerá-las garantias fundamentais do contribuinte, insuscetíveis de revogação pelo constituinte derivado.

A inalienabilidade é um dos atributos mais comumente associados à noção de direitos fundamentais. Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu preâmbulo, reconhece a todos os membros da família humana direitos "iguais e inalienáveis".

O predicado da inalienabilidade deve ser compreendido como abarcando, também, eventuais formas indiretas de disposição dos direitos fundamentais. Mesmo afirmando seu respeito a um determinado direito fundamental, pode certo Estado obstá-lo na prática através, por exemplo, da imposição de tributos. A este respeito discorre com excelência Ricardo Lobo Torres, Os Direitos Humanos e a Tributação, cit., em especial p. 36-7. A carência de instrumentos processuais que permitam garantir a implementação destes direitos (inefetividade do processo) também pode, por via transversa, implicar a destruição do direito. É neste sentido que a idéia de inalienabilidade mais interessa ao presente estudo.

Os direitos fundamentais gozam de auto-aplicação, predicado que se relaciona intimamente com o pressuposto de preexistência das normas jusfundamentais. A própria Constituição declara a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, no §1º de seu art. 5º ("As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata").

Se preexistem ao pacto constitucional e portanto, sob uma perspectiva extrema, prescindem até da interposição do constituinte, com muito mais razão os direitos fundamentais inexistem o acolhimento por parte do legislador ordinário. Mais uma vez, porém, o atributo pode tornar-se mera enunciação vazia, bastando que não estejam disponíveis instrumentos processuais aptos a concretizá-lo.

A auto-aplicabilidade apresenta uma importante implicação na discussão acerca do caráter jusfundamental dos direitos prestacionais. Um dos argumentos suscitados contrariamente à tese de que há verdadeiros direitos prestacionais (incluindo o direito à medicação) alega que o fato de os direitos prestacionais nem sempre comportarem a auto-aplicação (em virtude da suposta necessidade de normas regulamentares, ou de recursos financeiros) afasta seu caráter jusfundamental. Ora, neste passo, impende invocar um atributo adicional, decorrente da necessidade de compatibilização da auto-aplicabilidade, da preexistência e da inalienabilidade dos direitos fundamentais com o inegável contraponto que os eventuais contingenciamentos econômicos representarão. A ponderação entre estes vetores resolve-se num atributo do qual a doutrina jusfundamentalista cuida apenas tangencialmente: a prioridade.

Impossibilidades fáticas absolutas, há de se admitir, são intransponíveis por categorias deontológicas; sequer o detalhamento exaustivo destas posições jurídicas, por parte do legislador ordinário, poderá deixá-las a salvo do condicionamento econômico. Desta forma, se recursos realmente inexistem, o direito prestacional, por mais importante que seja, não poderá ser implementado.

Diversamente do que alguns autores sustentam, contudo, o condicionamento de sua auto-aplicabilidade a circunstâncias econômicas não serve de justificativa para que se deixe de reconhecer certa posição jusfundamental. É inegável que a comunidade jurídica e o legislador político levam em conta, ainda que nem sempre de modo declarado, as possibilidades econômicas da sociedade no momento em que reconhecem a uma determinada aspiração o caráter jusfundamental. Este fator, entretanto, não é o único tomado em conta; existem envolvidos aspectos morais (normalmente preponderantes), históricos, lógicos, psicológicos; em suma, uma infinidade de variáveis que levam ao reconhecimento de um determinado princípio jusfundamental. Se após o sopesamento de todos estes fatores reconhece-se um direito fundamental, não será mais a impossibilidade circunstancial de sua implementação que o despirá deste predicado, já que a auto-aplicabilidade (e os demais atributos mencionados nesta Seção) são conseqüências e pressupostos hipotéticos (como a pré-estatalidade), e não condições para reconhecimento de direitos fundamentais.

Portanto, o que resta da auto-aplicabilidade, quando cotejada com o condicionamento representado pela reserva dos possível, é o predicado de prioridade. Assim, quando a Administração deixa de realizar determinado direito mas efetua outras prestações torna-se possível cotejar estas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor da prestação que se deixou de realizar: [...] Uma vez que os direitos que são construídos sobre edifícios filosóficos têm a habilidade de resistir às oscilações no pêndulo político, disto decorre que escolhas orçamentárias são balizadas pela estrutura dos direitos Jeffrey Straussman, op.cit., p. 113..

Afigura-se assim ilegítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais (dentre os quais ora se destaca o direito aos medicamentos), prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A

alocação de recursos nestes projetos, inclusive, serve de evidência para que o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito a medicamentos essenciais. Não seria absurdo, outrossim, que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvessem observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados pelo Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo, pudessem ser canalizados para a produção da prestação amparada em imperativo jusfundamental, inicialmente negligenciada.

O direito a medicamentos impõe-se, por imperativo jusfundamental, tanto em virtude de uma consideração constitucional (afinal, o direito à saúde, de modo irrestrito, aparece contemplado como direito fundamental pelo art. 6º e pelo art. 196 da Constituição), como também por força de considerações metapositivas. Conforme sublinhado pelas mais diversas correntes filosóficas, pela jurisprudência alienígena e nacional, o direito à saúde – e, particularmente, o direito à vida – ocupa o topo das considerações humanitárias. Mesmo os juristas que vêm com desconfiança o estabelecimento de tábuas de valores e a definição de questões jurídicas a partir de considerações meramente axiológicas concordam com a primazia da vida sobre os demais bens jurídicos. Se um valor efetivamente parece pairar acima de qualquer questionamento, pelo menos diante da quase totalidade de circunstâncias fáticas que se pode imaginar. Recentemente, a Holanda aprovou legislação regulamentando a eutanásia, em hipóteses absolutamente excepcionais. Afora certas situações irreversíveis de extremo sofrimento, porém, não há quem defenda medida semelhante. A pena de morte, outrora tão usual, hoje se encontra praticamente extirpada dos diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo ocidentais, registrando-se forte oposição de setores da sociedade norte-americana à manutenção da sanção em certos Estados daquele país. O fundamento da pena de morte na necessidade de se garantir a existência do Estado, quando a sobrevivência de certos indivíduos o coloca em risco, acha-se ultrapassada pelo grau de complexidade institucional dos grandes Estados contemporâneos. , este é a vida. Quanto a

outros interesses, uma argumentação calcada em considerações axiológicas poderia soar tênue, mas com relação à vida – ao menos quanto a ela – há que se reconhecer sua importância sobranceira.

É importante salientar que o Judiciário pátrio é especialmente consciencioso no momento de definir a extensão do direito à medicação. De um modo geral, apenas aqueles remédios indispensáveis à manutenção da vida foram contemplados, nas decisões coligidas: [...] apesar de haver outros direitos assegurados no art. 5º, caput, da CF/88 – direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade – há uma notória preponderância de valor a ser salvaguardado: o direito à vida.

.....

#### CONCLUSÕES:

1ª) A vida é considerada o mais precioso dos bens e atributos do ser humano. Sem ela, os demais valores socialmente reconhecidos não têm o menor significado ou proveito.

.....

Tendo em vista as particularidades de casos como o analisado, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. STJ, ROMS 11.183/PR. O trecho em questão é exemplo típico do uso da argumentação ética a que se refere Philip Bobbitt em *Constitutional Fate – Theory of the Constitution*, New York/Oxford: Oxford Univ. Press, 7ª ed., p. 93 e s. O voto vencedor neste acórdão procura fundamentar a prevalência axiológica da vida – e, por consequência, das prestações ligadas à saúde que a promoverem –, transcrevendo os diversos dispositivos que, na Constituição brasileira, remetem ao direito à vida e à saúde, assim como citando trechos de trabalhos jurídicos que repisam a primazia valorativa destes bens.

Outros arestos enfatizam o valor nodal da vida como fundamento para a condenação do

poder público, ou para o deferimento de certos provimentos aparentemente incabíveis: É vedada a concessão de liminar contra atos do poder público no procedimento cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Entretanto, tratando-se da aquisição de medicamento (ceridase) indispensável à sobrevivência da parte, o que estaria sendo negado pelo poder público seria o direito à vida. Recurso improvido. RESP 97.912/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., unânime, julg. em 27/11/97.

Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. É que esta postulação – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta os ora recorridos (que são portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida) – impediria, se aceita, que os pacientes, pessoas destituídas de qualquer capacidade financeira, merecessem o tratamento inadiável a que têm direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. RE 267.612/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

Os acórdãos coligidos demonstram que o Poder Judiciário brasileiro tem sido sabiamente comedido no provimento dos pedidos de medicamento. Atenta-se, assim, à noção de mínimo existencial, tão cara ao direito germânico e que, especialmente através da obra de Ricardo Lobo Torres, tem transcendido, em nosso país, os lindes originários do direito tributário para converter-se na pedra de toque das reflexões sobre direitos fundamentais. Assume importância nodal, na teoria dos direitos fundamentais, a noção de mínimo existencial, núcleo de direitos prestacionais indispensável não apenas para a sobrevivência física do indivíduo, como também para a fruição dos direitos fundamentais tout court. A prioridade do mínimo existencial impõe-se não só por sua precedência deontológica em relação a outras prestações do Estado, resíduo possível da auto-aplicabilidade característica dos direitos fundamentais, mas por uma questão de ordem prática, propriamente temporal. O mínimo existencial, quando indispensável para a sobrevivência física do indivíduo, reveste-se normalmente de urgência, já que a prestação tardia pode acarretar a morte da

pessoa. Sem o mesmo dramatismo mas também urgentes são as prestações que dizem respeito à constituição intelectual do ser humano em formação (direito à educação e à alimentação da criança); a ausência destes bens da vida, na época oportuna, dificilmente será sanada posteriormente. Há, portanto, um imperativo temporal, de urgência, a justificar a prioridade destas prestações sob a perspectiva dos direitos fundamentais liberais que visam a assegurar. Retardar aquelas pode significar o comprometimento definitivo destas. Ao invés de simplesmente arrogar-se o papel de amigo da sociedade, de provedor irresponsável contraposto à mesquinhez dos demais Poderes, o Judiciário – e a comunidade jurídica em geral, já que poucos advogados também requerem medicamentos que não sejam essenciais – tem filtrado possíveis excessos, e concedido apenas os remédios indispensáveis à preservação da vida e à manutenção da qualidade de vida do doente.

Análise detida permite entrever, nas decisões judiciais, uma série de balizamentos que legitimam a atuação das cortes brasileiras.

Os acórdãos compulsados sempre vinculam suas considerações axiológicas a regramentos positivos, sejam eles normas constitucionais (como o art. 196 que, embora não seja totalmente denso, é mais preciso do que qualquer muitas disposições atributivas de direitos promanadas do legislador ordinário) ou legais, federais e estaduais:

Quanto ao tema de fundo propriamente dito, além de ter-se o apoio na assistência do Estado prevista na Lei Maior, consideradas a vida, a saúde e o bem-estar da criança e do adolescente, constata-se que o acórdão proferido está lastrado, também, em interpretação de normas locais. RE 195.192-3, Rel. Min. Marco Aurélio.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo e lei (art. 1º da Lei nº 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes [...] RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Também o posicionamento do próprio ente réu, consubstanciada em procedimentos médicos previamente adotados ou em convênios firmados, é invocado como evidência da existência do seu dever:

[...] Ademais, como enfatiza nas contra-razões, quando "o Município de Porto Alegre reconhece e enfatiza a responsabilidade do Estado, acaba por reconhecer a sua própria responsabilidade solidária, devido aos convênios firmados. AGA nº 246.642/RS, Rel. Min. Garcia Vieira.

[...] Distribuição de medicamentos especiais ou excepcionais a pessoas carentes. Lei nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, e acordo firmado na Comissão Intergestores Bipartite – CIB. RE 257.109/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa. Vê-se, de plano, não haver qualquer laivo de ilegalidade ou abusividade do ato judicial, requisito essencial à impetração da segurança, considerando-se que a requerente da cautelar, litisconsorte passiva neste mandado de segurança, esteve cadastrada junto à Secretaria de Saúde Estadual, que conhecia sua moléstia, atestando-a, prescrevendo, inclusive, a dosagem do medicamento e o vinha fornecendo, embora de modo precário, desde 1992, fornecimento interrompido em junho de 1994, com grave risco para a integridade física da paciente que passou a utilizar-se de subdoses do remédio, valendo-se da comiserção da comunidade devido à sua hipossuficiência econômica. ROMS 6.371/RS, Rel. Min. Peçanha Martins.

Diversos acórdãos avalizam suas posições através da menção a outros arestos. A jurisprudência dos tribunais superiores não é a única lembrada: com frequência os acórdãos do STF e do STJ invocam, em favor de suas compreensões sobre a fundamentalidade das posições jurídicas deduzidas, as razões de decidir expendidas pelo juiz de primeiro grau e pelo tribunal estadual, além dos pareceres do Ministério Público e da doutrina especializada. Assim, no STJ, ROMS 11.183/PR e ROMS 6.371/RS; no STF, ARAI 238.328-0/RS. De certa forma, através destes personagens processuais as posições perfilhadas pela comunidade de princípios são assimiladas ao processo decisório.

O uso destas instâncias balizadoras permite asseverar, portanto, que, a despeito do uso de considerações valorativas, os tribunais brasileiros não estão reclamando para si o poder de dispor livremente da ordem jurídica, como se esta fosse um quadro geral de bens atraentes, em menosprezo ao papel dos demais poderes na integração do texto constitucional. Subjaz aos arestos estudados uma concepção verdadeiramente deontológica do direito, preocupada com a correção jurídica da adjudicação dos direitos prestacionais e não, simplesmente, em tornar o Judiciário um poder simpático aos olhos do povo, um aliado da sociedade contra a Administração. A proclamação da superioridade da vida e do direito à saúde surge como complemento das argumentações expendidas, e não como fundamento autônomo.

A posição do Judiciário, reconhecendo-se e conformando-se ao papel de adjudicador de bens devidos em função de decisões do legislador e da comunidade de princípios transparece, claramente, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, onde o Min. Celso de Mello proclama que [...] o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República [...].

Longe, portanto, da postura adotada pela jurisprudência dos valores tedesca, o Judiciário brasileiro reafirma seu papel de reconhecer a validade dos programas sociais, e não de criá-los.

4. Aspectos processuais: a implementação do direito a medicamentos

Demonstrado como é possível falar-se na implementação de direitos prestacionais – entre os quais figura o direito ao recebimento de remédios essenciais – a despeito dos diversos óbices suscitados, impende abordar os obstáculos processuais decorrentes do fato de que, diversamente do que ocorre no âmbito dos direitos liberais, não existem ações judiciais especialmente engendradas com o fito de dar efetividade a estes direitos.

Fundamentalmente, a abordagem dos óbices processuais à sindicância destas posições jurídicas há de se ocupar de questões concernentes à legitimidade ativa e passiva, ao meio processual a ser empregado, ao cabimento da tutela de urgência e da tutela coletiva e, principalmente, aos mecanismos que virão a garantir a imposição dos provimentos judiciais eventualmente deferidos.

Acerca da legitimidade passiva já houve ocasião de se discorrer de modo exaustivo: do ponto de vista da divisão interna de tarefas, União e Estados possuem funções subsidiárias em relação ao Município, notadamente em relação àqueles que já tiveram a Gestão Plena da atividade-fim do SUS reconhecida através de portaria do Ministério da Saúde. Esta divisão, porém, não serve de óbice para que o cidadão possa pleitear solidariamente, de qualquer dos entes, os medicamentos necessários ao seu tratamento: posteriormente, já garantida a entrega do medicamento, poderiam União, Estados e Municípios equacionar os dispêndios havidos com a aquisição dos remédios, compensando-se os gastos havidos pelos dois primeiros com os repasses que seriam encaminhados aos Municípios.

A pretensão autoral poderá ser deduzida através de ação ordinária ou mesmo de mandado de segurança, uma vez que o writ constitucional também se presta à salvaguarda dos direitos em face de atos omissivos de autoridade. Ainda quando a via eleita seja a da ação ordinária, é imperioso ter em mente que o provimento judicial proferido terá natureza mandamental, circunstância que conduz a uma série de conseqüências no que pertine à imposição do julgado.

Na maioria das vezes, e desde que exista uma coletividade de pessoas prejudicada pela negativa de fornecimento do medicamento, será preferível que a pretensão seja articulada através de mecanismo coletivo de tutela, sendo que atualmente, dentre estes mecanismos, sobressai o da ação civil pública.

Entre os tópicos que costumam a ser abordados quando se trata da ação civil pública, destaca-se o da legitimidade para sua propositura. Em hipótese que verse o fornecimento de medicamentos, dúvidas não restam quanto à possibilidade de o Ministério Público – legitimado por excelência para este tipo de ações – ajuizá-la, já que o requisito que os tribunais superiores têm perquirido para a definição da legitimidade ministerial, em sede de ações civis públicas que tratem de interesses individuais homogêneos, é o da relevância social. Evidenciando-se a existência deste imperativo, a atuação do Ministério Público encontrará respaldo no art. 127 do Texto Maior, que consagra sua função institucional de defesa dos interesses indisponíveis e sociais.

Também associações poderão propor ações civis públicas com este objeto, e sua extensão, a despeito do que preceitua o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 (acrescido pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180/01), será erga omnes, já que o referido dispositivo se mostra flagrantemente inconstitucional, por afronta direta ao princípio hermenêutico da proibição de retrocesso: se o legislador havia garantido às associações a prerrogativa de defender a classe de pessoas a qual se encontram vinculadas (e não apenas seus sócios), no âmbito territorial nacional, não poderia agora, em desrespeito aos postulados constitucionais de inafastabilidade da jurisdição, facilitação do acesso à justiça e respeito aos direitos fundamentais, involuir a um patamar anterior àquela que já fora alcançado.

Discute-se se a Defensoria Pública poderia ajuizar ações civis públicas, e a resposta a tal indagação há de ser positiva especialmente naquelas unidades da federação onde existe lei

criando órgãos destacados, dentro da estrutura organizacional da Defensoria, com a função de mover a tutela coletiva. Subsumir-se-iam então, estas repartições, ao gênero de legitimados ativos da ação civil pública previsto no inciso III do art. 82 da Lei nº 8.078/90. Deve-se avaliar, outrossim, se a totalidade ou pelo menos a maioria das pessoas beneficiárias da tutela são hipossuficientes, assistidos potenciais da Defensoria: se o forem, evidenciada restará a legitimidade da Instituição.

O cabimento da tutela de urgência e os meios de implementação dos julgados exigem, antes de mais nada, que se repise aqui a conclusão basilar a que se chegou precedentemente: o direito ao fornecimento de medicamentos suscetível de reconhecimento pelo Judiciário abrange aqueles remédios de caráter essencial, integrantes da noção de mínimo existencial. Além deste patamar, a prestação efetivamente deverá ter sua realização cotejada com a de outros objetivos estatais, para os quais encontram-se mais habilitados, em virtude de sua forma de investidura, os Poderes Executivo e Legislativo.

Pois bem, restringindo-se a presente investigação ao fornecimento de medicamentos essenciais à manutenção de um nível digno de qualidade de vida, a jurisprudência é pacífica em afirmar o cabimento de qualquer provimento de urgência, notadamente os de cunho antecipatório. Detalhes processuais ficam em segundo plano diante da fundamentalidade das prestações em questão, cuja postergação pode acarretar, em certos casos, a morte do postulante.

Os tribunais têm mitigado o alcance das restrições traçadas, especialmente pela Lei nº 8.437/92, para a concessão de provimentos de urgência contra o poder público. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assinalar que o §1º do art. 1º da lei em questão, que veda ao juiz de primeiro grau conceder medida cautelar inominada ou a sua liminar "quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal", apenas é cabível quando a medida

cautelar é usada para burlar a competência do órgão de segundo grau:

Ora, é notório que, em casos como o dos autos, em que os pressupostos fáticos do direito sustentado estão a carecer de demonstração ou comprovado, a parte lesada, ou que está a correr o risco de lesão, não se pode valer da via mandamental. Resta-lhe, pois, a cautelar. Entretanto, para essa não tem o Tribunal competência originária. Daí a conclusão de que, a aplicação ao caso da norma restritiva mencionada importaria em excluir da apreciação do Poder Judiciário – em tempo hábil – ameaça de lesão ao mais fundamental dos direitos, o direito à vida. ROMS 6.371/RS, Rel. Min. Peçanha Martins, 2ª T., unânime, julg. em 1º/04/96, em passagem que transcreve o acórdão impugnado.

De modo semelhante, a regra do art. 1º, §3º, que veda liminar satisfativa "que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação" também vem sendo desconsiderada em função da desídia já manifestada pela Administração, da urgência do provimento e da importância do bem jurídico tutelado: [...]. admitir a incidência das disposições referidas da Lei nº 8.347/92 significaria tolher ao Judiciário o exercício oportuno e eficaz do poder geral de cautela reconhecido aos juízes, diante de situação emergencial que requer medidas protetivas imediatas, pena de dano irreparável à parte autora, o que se opõe à norma constitucional do art. 5º, XXXV, da vigente Carta Política. ROMS 6.371/RS.

[...] É vedada a concessão de liminar contra atos do poder público no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Entretanto, tratando-se de aquisição de medicamento (ceridase) indispensável à sobrevivência da parte, o que estaria sendo negado pelo poder público seria o direito à vida. Recurso improvido. RESP 97.912/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., unânime, julg. em 09/03/98.

2. Medida liminar satisfativa. A proibição do deferimento de medida liminar que esgote o objeto do processo só subsiste enquanto o retardamento não frustrar a tutela judicial, que é

garantia constitucional. Recurso ordinário provido. ROMS 6.063/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª T., unânime, julg. em 1º/12/97.

Ainda em sede de medidas cautelares, os tribunais, via de regra, têm procurado observar o preceito, insculpido no art. 2º da Lei nº 8.437/92, que determina a audiência do ente público, no prazo de setenta e duas horas, antes do proferimento de liminar em sede de ação civil pública. Incide, neste ponto, um juízo de proporcionalidade que avalia se o estado de saúde dos beneficiários comporta tal oitiva.

Nesta breve análise que ora se empreende acerca dos óbices processuais à implementação do direito à medicação, resta cuidar dos mecanismos de imposição da tutela, assunto especialmente tormentoso.

Um dos meios menos invasivos e, no entanto, menos eficientes de remoção da omissão ilícita é a autorização para que terceiros cumpram a prestação faltante, às expensas do devedor. Não há – diversamente do que ocorre na sentença mandamental – a imposição de medidas tendentes a constranger o agir da Administração. Faz-se com que a satisfação do credor independa de qualquer atuação do poder público. Uma das vantagens desta forma de execução reside, justamente, no fato de que não há interferência direta do Poder Judiciário sobre um facere da Administração Pública; traduzindo-se numa prestação pecuniária continuada (em favor do terceiro adimplente), a sentença de certo modo perde o caráter de ingerência na vontade do Executivo.

Difícilmente uma empresa concordaria em fornecer medicamentos para posterior cobrança, em face do Estado, a não ser que tivesse dívidas que pudesse abater contra este. Não seria inviável – tendo em vista a essencialidade da prestação em tela, repita-se à exaustão – que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS, ou outro tributo. Compensações tributárias

normalmente exigem lei autorizativa, mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação.

Há, porém, uma dificuldade adicional, desta feita para o Juízo: como escolher a farmácia ou empresa executora da medida? Seria necessária também uma licitação? Sendo afirmativa a resposta, dificilmente se imaginaria que um órgão judiciário tivesse condições técnico-organizacionais para promover tal certame; além disso, é de se imaginar que poucos juízes estivessem dispostos a arcar com o ônus político de uma licitação, sujeitando-se a controle e críticas por corregedorias, tribunais de contas etc.

Muitas vezes, no entanto, o remédio almejado é de valor diminuto, e mesmo a parte autora poderia comprovar que, na praça, não haveria estabelecimento que o vendesse por valor inferior àquele pelo qual se pretende comprá-lo. Afinal, diante de situações excepcionais, o próprio art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 permite que seja dispensada a licitação. Admitida esta sugestão, a Administração Pública, nos autos em que requerido o medicamento, teria ampla oportunidade de contraditar os valores propostos. Não se trata, portanto, de mecanismo executório de todo impraticável; de qualquer sorte, imagina-se que poucos juízes aceitariam arcar com a responsabilidade pela gestão da entrega do medicamento por terceiros.

Outra modalidade de tutela de remoção do ilícito é aquela que se efetua através de coerção direta, como ocorre na nomeação de interventor ou administrador judicial. Esta espécie de tutela, conquanto admitida pela legislação ordinária em vigor, enfrenta uma série de oposições, afigurando-se forçoso reconhecer que o Poder Judiciário não se encontra vocacionado à tarefa de administrar, circunstância que é percebida não apenas em nosso país:

Nos Estados Unidos, onde é comum a nomeação de administrador ou interventor, entende-

se que é impossível conceder a injunction no caso em que não há como prever um termo final para a intervenção; argumenta-se que o Judiciário não pode ficar envolvido para sempre com o caso. Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Específica, São Paulo: RT, 2000, p. 150; cf., nesta direção, Feeley e Rubin, op. cit., p. 259. Se no direito privado já é dificultosa a adoção da coerção direta, no campo dos direitos prestacionais esta se afigura de todo inviável. Além de excessivamente invasivo, este meio de implementação oneraria o Poder Judiciário com uma responsabilidade que, política e tecnicamente, não teria condições de sustentar.

Conforme afirmado acima, as decisões que reconhecem o direito a medicamentos possuem conteúdo mandamental, comportando assim a utilização, pelo magistrado, de mecanismos de coerção indireta para sua imposição. Dentre estes, a Lei consagra a aplicação de multa, ou astreintes.

A imposição da ordem através destas multas acha-se disciplinada nos arts. 644 e 645: Art. 644. Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.

Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.

A aplicação de astreintes, de acordo com a redação original do Código de Processo Civil, ficava restrita às estreitas hipóteses em que a execução se fundasse em sentença que as

houvesse expressamente previsto. Execuções por título extrajudicial ou fundadas em sentença que não aludisse especificamente às astreintes não comportavam a referida medida. A efetividade dos provimentos antecipatórios quedava-se bastante comprometida.

Muito embora a Lei nº 7.347/85, a Lei nº 8.078/90 e também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.078/90, art. 213) já houvessem previsto a possibilidade de cominação das astreintes na execução, foi apenas em 1994 que a Lei nº 8.952/94 estendeu esta possibilidade às execuções em geral, fundadas em título judicial ou extrajudicial. Desta forma, dotou-se o Judiciário de um meio eficiente para fazer valer suas decisões, no que concerne às prestações de fazer e não fazer.

A doutrina processualista tem-se defrontado com uma série de questões concernentes às astreintes, uma vez que o instituto é relativamente novo e ainda desperta controvérsias. Na seara dos direitos oponíveis ao Estado, a imposição de ordens através de medida coercitiva de multa desperta uma infinidade de problemas. O impacto financeiro das multas aplicadas, caso se entenda que sua exigibilidade fica condicionada ao trânsito em julgado, dificilmente será sentido pela administração faltosa, mas apenas por seu sucessor. Imagine-se um prefeito ou governador, em final de mandato, na iminência de ser substituído por seu adversário político: a multa cominada antes o premia.

Ainda que se admita a pronta exigibilidade da multa aplicada liminarmente ou na sentença, ou ainda que se considere a multa confirmada quando do trânsito em julgado, deve-se levar em consideração que as execuções pecuniárias contra a Fazenda Pública se processam através de sua inclusão no orçamento seguinte, através do precatório, mecanismo que se tem revelado absurdamente moroso. Mais do que nunca agora, quando a Emenda nº 30, de triste inspiração, autoriza a liquidação parcelada dos precatórios, no prazo de até dez anos. Certas decisões judiciais têm determinado o seqüestro de quantias a receber pelo Executivo perante os juízos da dívida ativa, garantindo-se assim a imediata disponibilidade de

recursos para fazer face à multa ou, por vezes, diretamente à aquisição do remédio. Tal solução, embora se mostre admissível diante da tragicidade da lide posta diante do Judiciário, decerto colide com a norma constitucional instituidora do precatório (art. 100).

Diante destas circunstâncias, percebe-se que a cominação de multa é um meio ineficiente de imposição de decisões que reconhecem direitos a prestações estatais.

Admitindo-se que a multa seja cominada e aplicada; que o precatório seja cumprido, com a inclusão da verba no orçamento, e que os recursos em questão sejam devidamente repassados ao tribunal deprecante, a multa reverterá ao autor, caso se trate de ação individual, ou a um Fundo.

A primeira lei a prever um fundo de preservação de bens coletivos e sociais foi a Lei nº 7.347/85. Atualmente, existem fundos nacionais, estaduais e municipais, alguns deles gerais, outros segmentados por matéria: fundo de defesa do consumidor, do meio ambiente, do desenvolvimento do ensino fundamental (FUNDEF) etc. Após a edição da Lei nº 7.347/85, outras leis seguiram esta trilha, destacando-se a Lei nº 8.069/90, que em seu art. 214 faz menção aos fundos municipais, geridos pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. A Lei nº 9.008/95, finalmente, veio a criar, na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos (CFDD).

Muitos dos fundos de direitos difusos, apesar de criados, ainda não foram devidamente implementados, com a abertura de contas, nomeação de seus gestores etc. Não há qualquer organização e suporte para que estes fundos atuem com independência administrativa. A legislação sequer define precisamente a finalidade destes fundos, que muitas vezes quedam-se inertes, ou são cooptados pelo ente central a realizar prestações que a este incumbem. Neste sentido encontra-se a lição de Carlos Alberto de Salles (Execução Judicial em Matéria Ambiental, São Paulo: RT, 1999, p. 315), para quem "A Lei nº 9.008/95,

regulamentadora do fundo na esfera federal, apenas repetiu a ambigüidade da Lei da Ação Civil Pública [...]" . O art. 13 da Lei nº 7.347/85 determina que os recursos do fundo sejam destinados à "restituição dos bens lesados", o que não deve ser lido de modo estreito. A multa não é, evidentemente, uma indenização, mas uma medida coercitiva destinada a que a reparação se faça pelo modo específico; se esta reparação específica é levada a cabo, logicamente a multa deverá ser empregada em algum outro fim. É incorreto supor que o valor pago como multa por algum ilícito deva permanecer vinculado àquela determinada infração.

Os valores que integram o fundo devem ser aplicados em programas que evitem a prática de novos ilícitos transindividuais. Nos termos do art. 1º, §3º da Lei nº 9.008/95, Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no §1º deste artigo [meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos].

É interessante imaginar em que hipóteses os recursos do fundo prestar-se-ão à recuperação dos bens lesados. Poderia o Poder Executivo deliberar que os recursos do fundo seriam empregados na composição de algum dano provocado por particular? Poderia imputar nos recursos do fundo, por deliberação unilateral, os ônus financeiros de alguma prestação que a si incumbisse?

Os recursos arrecadados pelo fundo provêm, fundamentalmente, das multas administrativas e judiciais decorrentes da inobservância de direitos transindividuais. Diante disto, devem

destinar-se, prioritariamente, ao financiamento da reparação destes direitos, deontologicamente autorizados pela ordem jurídica, e não de meras políticas, projetos governamentais.

Uma vez que a afirmação de direitos é mister, por excelência, do Poder Judiciário, e já que a lei não é precisa quanto ao modo de certificação dos bens que serão reparados com os recursos do fundo, deve-se admitir que esta ocorra por iniciativa judicial. Se numa ação judicial a Administração Pública afirma que não implementa determinado direito prestacional urgente porque não dispõe de recursos orçamentários, deve o juiz autorizar o Fundo a arcar, emergencialmente, com os ônus financeiros daquele direito, ficando o ente réu obrigado a ressarcir-lo assim que for possível, inclusive reservando para isto verba do orçamento subsequente. O Fundo funcionaria, destarte, como um financiador não-discrecionário das decisões judiciais respeitantes a direitos transindividuais, ensejando sua pronta implementação. Para utilizar-se a distinção de Dworkin, pode-se dizer que a função do fundo, neste caso, seria a de financiar princípios, atendendo a um imperativo deontológico, diversamente do ente central, que cuidaria tanto de princípios quanto da implementação de políticas circunstancialmente eleitas.

Superada a situação emergencial com o fornecimento da medicação, o poder público trataria de recompor o Fundo financiador, providenciando, para o orçamento subsequente, a verba necessária. Ainda sobre o fundo, deve-se opor veemente crítica à tentativa, levada a cabo por alguns governantes, de tornar os fundos o cofre preferencial de onde saem os recursos para a realização de prestações ordinárias, de incumbência do ente central. As sedes dos Conselhos Tutelares, escolas, hospitais, medicamentos etc. devem ser custeados com recursos do orçamento fiscal e da seguridade social dos Municípios, Estados e da União, e não dos Fundos, cuja atuação deve ser sempre subsidiária. Este ressarcimento do Fundo, como é evidente, já não se revestiria do mesmo caráter dramático, uma vez que o bem da vida tutelado já estaria garantido.

Embora o mecanismo das astreintes, a rigor, possa ser sistematizado como modalidade de imposição da tutela mandamental (já que funciona como modo de coerção indireta ao devedor), a execução, em se tratando de provimentos desta natureza, encontra-se bastante vinculada, em nosso país, à idéia de prisão por crime de desobediência. Tal associação preferencial deita suas origens em razões históricas, já que a ausência de previsão de um mecanismo de imposição de tutela, no vetusto mandado de segurança, franqueava ao juiz prolator da ordem, tão-somente, a possibilidade de prender a autoridade recalcitrante. Hoje em dia, com a cominação de multa, tende-se a associar a tutela mandamental com uma gama mais ampla de mecanismos executórios. Aqui não se trata propriamente de execução, que por definição melhor se ajusta àquelas hipóteses onde a condenação é suscetível de cumprimento independentemente da vontade do devedor, através de atos levados a cabo por oficiais do juízo. Marinoni, por exemplo, prefere referir-se aos meios de "imposição" da sentença mandamental (Tutela Específica, cit., p. 104 e s.).

A possibilidade de prisão da autoridade inadimplente é sem dúvida a questão que mais desperta paixões e curiosidades, quando se trata da entrega de medicamentos. No direito anglo-americano, desenvolveu-se no seio da jurisdição de equidade o judicial injunction, remédio processual de cunho mandamental, pelo qual o juiz determina condutas ativas e abstenções sob pena de multa ou, o que é muito comum, de prisão por desrespeito à ordem do tribunal (contempt of court).

Esta prisão coercitiva tornou-se a principal cominação quando da implementação de políticas públicas pelo Judiciário norte-americano, notadamente nos prison reform cases. No célebre julgado Holt III, em que foi ultimada a reforma do sistema penitenciário do Arkansas, o Juiz Henley relembrou às autoridades envolvidas que a corte tinha autoridade de "impor as sanções extremas" – "fechando uma ou ambas as prisões", e outras sanções inferiores, tais como

"vedar a ulterior recepção de internos por uma ou ambas as instituições" ou "exonerar servidores transgressores, ... ou punir por contempt". Feeley & Rubin, op. cit., p. 69.

Já no refluxo das reformas, em 1987, o Juiz Spurgeon Avakian, do Distrito de Santa Clara, Califórnia, proferiu uma contempt order determinando que os supervisores penitenciários permanecessem cinco dias encarcerados nas próprias dependências inadequadas do presídio local. Após muita discussão, esta ordem foi revista pela instância superior, que entendeu que a construção de celas individuais não se achava contemplada na sentença inicial do processo. De qualquer forma, a simples edição da ordem foi suficiente para dobrar as resistências das autoridades distritais quanto a outros tópicos da reforma. Ibid., p. 124-5.

Efetivamente, nenhuma prisão por contempt of court chegou a ser aplicada nos prison cases. Isto demonstra que a principal preocupação dos adversários do método – a possibilidade de que juízes extremistas viessem a difundi-lo, não mais como medida coercitiva, mas como verdadeira pena – absolutamente não se justifica: [...] O Juiz Henley estava plenamente familiarizado com os remédios draconianos ao seu dispor, inclusive o contempt cível e criminal e o fechamento de instituições estaduais, e ele os invocou como ameaça quando ele realizou seu esforço abortivo ou estratégico de ultimar a jurisdição em Holt III, mas seu approach básico permaneceu o mais conciliador possível. O Juiz Justice pode haver trilhado um estilo mais mão-pesada, mas ele nunca usou seus poderes de contempt, inobstante certas tentações para o fazer; ele nunca parou de consultar os oficiais penitenciários, e ele ao final tornou-se bem visto pela administração do departamento penitenciário. Ibid., p. 322. Feeley e Rubin atribuem esta autocontenção dos juízes ao caráter intersubjetivo do processo decisório.

No campo dos direitos oponíveis ao Estado, notadamente no do fornecimento de remédios, a cominação da prisão afigurar-se-ia bem mais eficiente do que a de multa. A possibilidade de prisão da autoridade omissa acena com a pronta execução da ordem; a previsão de

astreintes, por sua vez, possui caráter intimidatório irrisório, já que dificilmente a multa aplicada será sentida pela mesma administração, dando-se normalmente o repasse do ônus à gestão subsequente. Além disso, a multa reverte aos Fundos de Direitos Difusos, originariamente previstos no art. 13 da Lei nº 7.347/85, fundos estes administrados (e, diga-se de passagem, por enquanto mal administrados) com a participação da própria pessoa jurídica de direito público infratora. Não há verdadeiro caráter coercitivo; simplesmente reitera-se a afetação dos recursos ao destino que já deveriam ter. Aduza-se que estes fundos, recentemente instituídos, encontram-se via de regra mal aparelhados e organizados de modo incipiente, o que os torna gestores ineptos dos recursos que lhes são endereçados. Mais adiante, ao tratar-se das astreintes, este tema será analisado com a devida atenção; por ora, frisa-se tão somente a importância da adoção de algum mecanismo semelhante ao contempt of court.

No Brasil, a sanção do mandado de segurança – tema sobre o qual se omitiu a legislação pertinente –, em última análise, é a prisão da autoridade. Diversamente do que ocorre no direito anglo-americano, onde o próprio juiz da causa cível profere a decisão de contempt, entre nós a prisão não é uma prisão processual, mas uma prisão criminal, tendo em vista o flagrante de descumprimento da ordem judicial, delito tipificado no art. 330 do Código Penal Kazuo Watanabe, in Ada Pellegrini Grinover et alii, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 659.. Ora, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, punível com detenção (de quinze dias a seis meses), para o qual cabe, em tese, liberdade provisória sem necessidade, sequer, de pagamento de fiança.

Discute-se, ademais, a possibilidade de funcionário público ser autor do delito em questão, que se insere no rol dos "crimes praticados por particular contra a Administração em geral" (Capítulo II do Título XI da Parte Especial do Código). "O crime de desobediência só ocorre quando é praticado pelo particular contra a Administração e, assim, nele não incorre o funcionário público no exercício de suas funções legais" (TACRIM/SP, RT 395/315,

apud Alberto Silva Franco et alii, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo: RT, 5ª ed., p. 3117-8, onde podem ser encontrados outros julgados nesta direção. Em sentido diverso, alinha a mesma compilação alguns acórdãos, asseverando que "[o] agente pode praticar o delito de desobediência, na qualidade de particular, embora sendo prefeito, se entre os seus deveres funcionais não se inclui o cumprimento da ordem" (TJSC, RT 527/408).

Parece-nos que o melhor entendimento seja o segundo, não apenas por uma questão pragmática, mas porque a lei penal deve tratar a todos igualmente, havendo explicação legítima para que tipifique crimes específicos de funcionários públicos, mas não para que faça o oposto, prevendo crimes da qual estes encontram-se isentos. Admitindo tal descabimento, os magistrados do Rio de Janeiro têm perfilhado o entendimento de que a correta capitulação do ilícito é a de prevaricação. Nesta trilha, o Juiz de Direito Dr. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos publicou instigante e minudente trabalho em que não só sustenta a tipificação do ilícito como prevaricação, como procura afastar a maioria dos óbices opostos à prisão em flagrante nestas hipóteses. Deste artigo, extrai-se o seguinte parecer, da lavra do eminente Nelson Hungria: [...] O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular [...] e, assim, não pode ser identificado na ordem formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de prevaricação, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal (como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à ordem judicial). Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. IX, arts. 250 a 361, 2ª ed., 1959, Rio de Janeiro: Forense, p. 379, apud Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 'A Efetividade do Processo nas Ações contra a Fazenda Pública', in Revista da EMERJ, vol. 4, nº 16, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura, 2001, p. 137.

Linhas adiante, Fonseca Passos afasta eventuais objeções contra o cabimento da prisão em

flagrante, ressaltando ainda que as disposições da benevolente Lei nº 9.099/95 não se aplicam ao crime de prevaricação, que possui procedimento especial (crime praticado por funcionário público) e, quando praticado por ocupante de cargo em comissão, tem sua pena máxima elevada para mais de um ano.

A despeito das judiciosas razões esgrimidas com maestria no ensaio em comento, também a prisão por prevaricação não exsurge como solução mais adequada, dentro da ordem jurídica brasileira. A despeito do que sugere o autor supramencionado, é bastante dificultosa a certificação do elemento subjetivo específico (vontade de "satisfazer interesse ou sentimento pessoal") exigido para que haja prevaricação, nos termos do art. 319. É bem verdade que o TJSP, certa ocasião, já assentou que "Prefeito municipal que se recusa a dar cumprimento a decisão proferida em mandado de segurança [...] assim procede para satisfazer interesse pessoal, pois não há, em princípio, outra explicação para esse comportamento. Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do magistrado" (TJSP, RT 527/408, apud Alberto Silva Franco et alii, op. cit., p. 3062). Esta orientação não parece a mais correta, apesar de ter sido perfilhada pelo próprio STF (RHC, Rel. Soares Muñoz – RTJ 92/1095, apud Alberto Silva Franco et alii., op. cit., p. 3131).

Diante destas considerações, demonstra-se, na prática, inócua a alardeada possibilidade de prisão em flagrante, o que é especialmente grave em se tratando de mandado de segurança (que não possui outro meio coercitivo previsto), mas que também, no campo dos direitos prestacionais – notadamente do direito ao fornecimento de medicamentos –, reduz a eficácia dos remédios processuais comuns, tanto individuais como coletivos.

De qualquer sorte, mesmo que a legislação processual penal não permita a prisão cautelar da autoridade, a possibilidade de instauração de inquérito afigura-se uma sanção (frise-se mais uma vez, uma sanção indireta, por não ser instituto processual civil) a que as autoridades morosas não se encontram de todo insensíveis. Há julgado, inclusive, afastando

expressamente o argumento de que o princípio da separação de poderes afastaria a possibilidade de prática de desobediência dos mandatários políticos: Desobediência – Desatendimento à ordem judicial por vereadores – Alegada soberania do Legislativo – Argüição repelida – Delito configurado – "Não refoge à perspicácia ordinária dos legisladores, inclusive municipais, ser-lhes vedado desacatar decisão judicial a pretexto de, sob a égide da "soberania do Legislativo", interpretarem contagem de prazo". Loc. cit., TACRIM-SP – AC – Rel. Azevedo Franceschini – JUTACRIM 23/90-3.

A despeito da possibilidade de persecução criminal, a provável demora do processo e a pena insignificante (é praticamente impossível que uma condenação por desobediência ou prevaricação acarrete a prisão do autor do ilícito) ressaltam o valor de aprofundar-se a discussão acerca da incorporação de uma prisão processual civil, como o contempt of court, em nosso sistema. O instituto da prisão por descumprimento de ordem judicial é empregado nos países de tradição anglo-saxônica e, também, na Alemanha. A doutrina italiana cada vez mais incisivamente defende a adoção deste mecanismo Luiz Guilherme Marinoni, Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, cit., p. 34-5.. Cumpre analisar, então, se a imposição da prisão como medida coercitiva encontra agasalho no direito brasileiro.

O art. 11 da Lei nº 7.347 prevê que o juiz, em se deparando com ação coletiva visando a fazer ou não fazer, deve prolatar uma determinação (cuida-se, portanto, de uma ordem, de um provimento mandamental) para que o devedor a execute sob pena de "execução específica, ou de cominação de multa diária". Ora, a multa diária já é uma forma de compelir-se à execução específica; diante disto, qual o conteúdo desta última expressão, na passagem transcrita? Imagina-se que esta comporte a remoção de coisas, ou até mesmo a realização da prestação por terceiro, às expensas do devedor. A lei, no entanto, podendo ser mais detalhada, optou por uma técnica que valoriza a adoção da medida adequada e suficiente, sem prever, mas também sem desautorizar, a ordem de prisão.

O art. 84 do Código do Consumidor estabelece que o juiz deverá conceder "a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Para consecução deste intento, poderá valer-se de "medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial" (§5º do art. 84). O rol, meramente exemplificativo, alinha medidas diretamente realizadas pelos oficiais do juízo.

Mais interessante à presente discussão é o §4º do art. 84, posteriormente incorporado à legislação comum por intermédio do §4º do art. 461 do Código de Processo Civil: §4º. O juiz poderá, na hipótese do §3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

À luz do dispositivo em comento, revela-se ao juiz a obrigação de averiguar se, efetivamente, a multa imponível é "suficiente e compatível". Mostrando-se inadequada, como normalmente ocorre em sede de direitos prestacionais, encontra-se franqueado o uso de outros instrumentos coercitivos, inexistindo óbice legal a que se determine a prisão do devedor.

Do exposto depreende-se que, embora a legislação brasileira não tenha expressamente consagrado o contempt of court, existem normas genéricas que o impõem sempre que outras formas de execução, menos gravosas, não forem suficientes. Deve-se ressaltar, aliás, que a medida não constitui, a rigor, uma pena, mas mera medida coercitiva, que cessaria assim que cumprida a obrigação.

A questão adquire maior complexidade quando se tem em mente não apenas a legislação processual, mas também seus aspectos constitucionais. Em linha de princípio, a adoção do

instituto em nosso país parece confrontar-se com a norma, insculpida no art. 5º, LXVII da Constituição, que veda a prisão civil afora as hipóteses do alimentante inadimplente e do depositário infiel.

Alguns autores favoráveis ao contempt of court sustentam que, neste instituto, a prisão não visaria a sancionar a dívida em si, mas o desrespeito para com a ordem judicial. Donaldo Armelin, 'A Tutela Jurisdicional Cautelar', in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 23:136; Ovídio Batista da Silva, Curso de Processo Civil, v.2, p. 256. Em sentido contrário: Priscila Corrêa da Fonseca, Suspensão de Deliberações Sociais, 1986, p. 133; apud Kazuo Watanabe, in Ada Pellegrini Grinover et alii, cit., p. 659-60. Não parece que este seja o melhor argumento; fosse assim, bastaria obter em juízo uma sentença condenatória, certificando a existência e exigibilidade do crédito, fosse ele qual fosse, para que se tornasse possível a prisão do devedor. A circunstância formal de a dívida estar revestida pela sentença não lhe tira a condição de dívida, e a prisão decretada, aparentemente, afigura-se mesmo inconstitucional. Assistisse razão aos defensores desta tese, e a Constituição não teria o cuidado de prever expressamente, como exceção, a prisão do alimentante, cuja obrigação quase sempre tem origem em uma decisão judicial.

Melhor solução é a que procura ponderar a garantia da vedação à prisão por dívida com o mandamento, insculpido no art. 5º, XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade de jurisdição ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Se a processualística vetusta não proporciona a satisfação de um interesse legítimo, tem o juiz o dever de ousar, formulando soluções que garantam o resultado almejado. Esta ponderação, como é cediço, deve levar em consideração a natureza substantiva dos interesses em jogo.

A Constituição e a legislação ordinária, em uníssono, permitem a prisão civil pelo inadimplemento "voluntário e inescusável" da dívida de alimentos. Estas normas apontam

para o reconhecimento de um princípio (no sentido dworkiniano) de prevalência do direito aos alimentos sobre a liberdade do devedor. Apesar da imensa importância da liberdade individual, é razoável ameaçar-se o devedor com sua momentânea restrição quando não restar alternativa hábil à garantia de prestação de cunho alimentar, essencial à existência condigna de outrem.

A solução aventada busca assim um equilíbrio: por um lado, pressupõe um conceito de obrigação alimentícia mais elástico do que aquele enfatizado pela interpretação tradicional; por outro, admite que se restrinja o alcance do princípio da inafastabilidade, que parcela da doutrina contemporânea pretende alargar ao máximo. Desta forma, a composição do problema passa por uma ponderação que leva em conta a noção de mínimo existencial. Ora, por mínimo existencial entende-se, precisamente, o espectro dos direitos sociais singularizado por seu conteúdo alimentar. Quando a ação judicial versa prestação abrangida pelo mínimo existencial (como ocorre no fornecimento de remédios de caráter essencial), acha-se preenchido o requisito constitucionalmente exigido para a validade da medida coercitiva de prisão civil.

Como é natural nas ponderações, avulta-se a responsabilidade do magistrado no sopesamento entre os princípios. Sobretudo, deve ele definir o patamar da prestação cujo descumprimento se afigura "inescusável", o que exigirá considerar, criteriosamente, as condições do Erário. Diversamente do que ocorreria nas ações civis públicas, em se tratando de pretensões individuais esta consideração, a rigor, normalmente não é tão complexa. Os juízes, aliás, já se acham acostumados a circunscrever prestações de importância existencial a limites muito mais restritos (embora sem o complicador do interesse público), ao julgar as ações de alimentos nas quais, quase sempre, reparte-se a miséria.

Nesta sua atividade criativa, deve o juiz ter em mente sempre o postulado de efetividade da tutela. Apenas este objetivo pode justificar que se tolha a liberdade física do devedor, e não

o intuito punitivo. A medida coercitiva não pode ser encarada como uma pena, sendo legítima apenas enquanto ocasione a menor ingerência possível na esfera privada do devedor. A jurisprudência, já sensível a esta reserva do necessário e reconhecendo o uso do crime de desobediência como medida oblíqua de coerção, já assentou que Para a configuração do delito de desobediência não basta o fato material do não cumprimento da ordem legal dada pelo funcionário competente. É indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção especial para o seu não cumprimento. Apud Alberto Silva Fanco et alii, op. cit., p. 3134, onde transcreve outros trechos de acórdãos nesta direção.

Portanto, mesmo quando aplica uma sanção de natureza penal, prima facie autônoma com relação ao processo cível, o Judiciário brasileiro tem observado a proporcionalidade, deixando de sancionar duplamente (ainda que a dois títulos distintos, frise-se) uma mesma infração. Medidas coercitivas não podem ser instrumentos de vingança ou capricho. Apenas se a primeira medida coercitiva aplicada (p. ex., multa diária) revelar-se ineficaz poderá o juiz determinar uma segunda sanção.

Sumarizando o procedimento de imposição de tutela ora proposto, verificado o descumprimento da ordem judicial e a inexistência de remédios que pudessem ser apreendidos nas unidades farmacêuticas do SUS, a execução da obrigação de fazer ou não-fazer valer-se-ia, num primeiro momento, da aplicação de astreintes. Evidenciada a insuficiência da medida, o juiz determinaria que o ente público réu usasse, em caráter emergencial, os recursos do fundo, ou que terceiro realizasse a prestação em questão, às expensas do Erário e com financiamento do Fundo. Contabilizar-se-ia o custo da prestação, acrescido da multa aplicada até o momento, e se ressarciria o Fundo, a posteriori, através da inclusão de verba no orçamento subsequente, delonga esta que já não prejudicaria a fruição do direito. Em último caso, tratando-se de direito prestacional fundamental, poderia o juiz decretar a prisão processual civil do administrador negligente, desde que se demonstrasse

cabalmente a essencialidade do medicamento em questão.

O rol das medidas capazes de garantir a implementação do direito aos medicamentos não estaria completo se não tratasse das sanções de cunho político. Aqui, mais do que se ter em vista, propriamente, a posição jurídico-subjetiva titularizada pelo doente, leva-se em conta o descumprimento, pelo administrador, de um mandado jurídico-objetivo, capaz de conduzi-lo à apenação por crime de responsabilidade, à inelegibilidade e à decretação de intervenção.

O descumprimento de ordem judicial e o comprometimento ao exercício dos direitos individuais e sociais configuram crime de responsabilidade, nos termos do art. 85, VII e III da Constituição.

Tratando-se de omissão do Prefeito Municipal, a tipificação do delito encontra-se no Decreto-Lei nº 201/67, que alinha em seu art. 1º diversas condutas criminalmente relevantes, inclusive a de

XIV – negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

Crimes de responsabilidade do Presidente da República e do Governador do Estado acham-se disciplinados na Lei nº 1.079/50, que em seu art. 4º praticamente reproduz o art. 85 da Carta Magna. Estes mandatários submetem-se a processo eminentemente político (impeachment), em que as casas legislativas exercem, excepcionalmente, função jurisdicional.

No âmbito do direito eleitoral, a Lei Complementar nº 64/90 determina a inelegibilidade do político que tenha perdido seu mandato por infringência a dispositivo da Constituição

Federal, ou das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas Municipais, durante o período remanescente e nos três anos subseqüentes ao término do mandato para o qual havia sido eleito. Repise-se que, quando a perda de mandato do Presidente da República e do Governador do Estado ocorre por força de impeachment, a suspensão de direitos políticos protraí-se por oito anos.

A negativa no fornecimento de medicamentos poderá acarretar inelegibilidade e suspensão de direitos políticos não apenas quando reconhecido o cometimento de crime de responsabilidade, mas também nas hipóteses de condenação por improbidade. De acordo com o art. 12, III da Lei nº 8.429/92, o ímprobo sujeita-se à suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de três a cinco anos, quando a causa do reconhecimento da improbidade for a infração aos princípios da administração pública, espriados nas vedações tipificadas no art. 11 da Lei, rol este que inclui (inciso II) o retardamento de atos de ofício. Nos termos do art. 17 da Lei de Improbidade, a legitimidade ativa da ação respectiva é atribuída à pessoa jurídica de direito público interessada ou (o que releva, em se tratando de fornecimento de medicamentos) ao Ministério Público. A pouca divulgação da legislação referente à improbidade talvez seja o motivo pelo qual tal mecanismo não tem sido empregado, já que se trata, por certo, de uma das formas mais promissoras de obter-se o cumprimento das determinações judiciais em sede de medicamentos. Provavelmente sua utilização seria mais freqüente se os magistrados que tivessem suas ordens descumpridas provocassem o Ministério Público, solicitando providências neste âmbito. De qualquer sorte, conforme afirmado anteriormente, a Lei nº 8.080/90 atribui a responsabilidade pela gestão do SUS ao Ministro e aos Secretários de Saúde, para os quais o vislumbre da perda de direitos políticos não é tão aflitivo quanto o é para os mandatários eleitos. Mesmo assim, muitas ordens são proferidas em face de governadores e prefeitos, contra os quais a ameaça de suspensão de direitos políticos se mostra verdadeiramente eficaz.

Os arts. 34 e 35 da Constituição da República procuram restringir a intervenção (federal

nos Estados, estadual nos Municípios), prestigiando assim a autonomia dos entes da Federação. A decretação da intervenção depende da vontade política do chefe do Executivo e da aprovação das Casas Legislativas, revestindo-se ainda de outros requisitos, o que torna especialmente dificultosa sua imposição. Nos últimos anos, tem-se assistido a um prodigioso aumento do número de pedidos de intervenção, normalmente por descumprimento de decisão judicial, sem que em nenhum momento a intervenção tenha sido decretada.

No caso da intervenção federal por descumprimento de ordem judicial, o art. 36, II da Constituição exige requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; pelo princípio da simetria, a intervenção estadual, como é natural, dependerá da requisição do Tribunal de Justiça.

Também é possível decretar-se a intervenção nas hipóteses de violação aos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b) e, após as Emendas Constitucionais nº 14/96 e 29/2000, de omissão na aplicação do mínimo de receita exigido constitucionalmente no ensino e na saúde. Esta última inovação, interpretada a contrario sensu, vem desestimular a decretação da intervenção naqueles casos em que medicamentos deixam de ser fornecidos, mas não há comprovação de que Estados e Municípios investem menos do que o mínimo constitucional. Não se pode, no entanto, aplicar a inovação constitucional de modo a tolher a eficácia da regra garantidora dos direitos da pessoa humana, que respaldaria a intervenção sempre que se negasse o fornecimento de medicamento essencial.

Em termos práticos, cumpre reconhecer que o caráter político – ainda que não exclusivo – da intervenção a torna pouco proveitosa como instrumento de imposição dos direitos oponíveis ao Estado. É de conhecimento geral que o instituto caiu em descrédito, com o acúmulo de pedidos (por vezes até providos) de intervenção, sem que esta seja levada a cabo. Apesar desta aparente ineficácia, sabe-se que a proliferação dos pedidos de

intervenção, ainda que não pelas vias próprias, muitas vezes é decisivo para que determinada prestação seja concedida. No Rio de Janeiro, o Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública, em ação movida por soropositivo, chegou a sugerir ao Desembargador-Relator uma tramitação cautelar de representação interventiva, para que esta fosse imediatamente submetida ao STF sem necessidade de aprovação pelo Órgão Especial. Antes da análise desta solicitação, o medicamento foi entregue.

## 5. Conclusão

Por longo tempo, até muito recentemente, dominou o entendimento de que a farmacologia jurídica não continha remédio eficaz para neutralizar a inércia inconstitucional do legislador. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

Se no tocante às omissões legislativas a farmacologia jurídica ainda não proporciona a cura de todos os males, conforme há anos já advertia Luís Roberto Barroso, também jurídicos, e não só medicinais, são os remédios que escasseiam no âmbito das omissões administrativas.

Em nosso país, as omissões administrativas relacionadas ao fornecimento de medicamentos têm ganho destaque junto às cortes, já correspondendo a porcentagem considerável dos feitos que tramitam nas varas de fazenda pública. A despeito das diversas regras constitucionais, legais e regulamentares que prevêm o direito à ampla assistência farmacêutica, tem-se assistido às reiteradas escusas da União, dos Estados e dos

Municípios, o que conduz a um aprofundamento da reflexão acerca da densidade destas posições jurídicas.

Ao longo do presente estudo, procurou-se demonstrar que é possível falar-se em verdadeiros direitos prestacionais ao fornecimento de remédios. Mais do que simples diretrizes para o legislador e o administrador público, a Constituição, a Lei nº 8.080/90 e outros diplomas positivos instituem posições jurídicas suscetíveis de invocação perante os órgãos jurisdicionais, conforme vem sendo ressaltado pelos tribunais superiores.

É bem verdade que a noção de Estado Democrático pressupõe a outorga, aos mandatários eleitos do Poder Legislativo e Executivo, de uma esfera de poder discricionário dentro do qual poderão eleger as políticas públicas que implementarão, haja vista que os recursos de que dispõe o Estado para fazer face aos infinitos reclamos da sociedade é limitado. Reconhece-se, assim, que o âmbito de sindicabilidade do direito a medicamentos pode, excepcionalmente, ser restringido por este contingenciamento material, fenômeno que a doutrina denomina reserva do possível.

Ainda que se admita o argumento da reserva do possível, é forçoso ter em mente, em primeiro lugar, que tal contingenciamento não se presume, devendo ser demonstrado pela Administração. Demais disto, mesmo diante de um quadro de carência financeira será possível determinar-se coercitivamente a implementação de um direito prestacional – notadamente ao fornecimento de remédios – se as outras opções de investimento da Administração não possuírem o mesmo grau de prioridade. A prioridade de certas políticas públicas em relação a outras pode ter origem no direito positivo, como ocorre no âmbito do direito da infância e da juventude; na maioria das vezes, contudo, sua fonte repousa em considerações ligadas à teoria dos direitos fundamentais.

No caso dos remédios, é imperioso reafirmar que, além de qualquer decisão política,

cumpra ao administrador público proporcionar o acesso irrestrito aos medicamentos de caráter essencial, vinculados à noção de mínimo existencial, indispensáveis à manutenção das condições de vida condigna do indivíduo. Nos limites deste patamar mínimo, a disponibilização ou não do medicamento deixa de ser matéria discricionária, tornando-se plenamente judiciável.

Equacionada a questão do ponto de vista do direito material, o presente ensaio buscou tratar de aspectos processuais implicados no fornecimento estatal de medicamentos. Reiterou-se que, embora entre os entes de direito público interno haja uma relação de subsidiariedade, incumbindo à União e aos Estados arcar com o ônus do fornecimento apenas quando o Município não o faz, sob a ótica do cidadão qualquer um dos entes poderá ser demandado, solidariamente. Sustentou-se o cabimento de ações ordinárias, do mandado de segurança e da ação civil pública, para a qual o Ministério Público se mostra perfeitamente legitimado, dada a evidente relevância social das pretensões concernentes aos medicamentos. Analisou-se a possibilidade – expressamente avalizada pelos tribunais superiores – do deferimento de qualquer espécie de provimento de urgência, sem o qual o atraso na prestação jurisdicional poderá custar a própria sobrevivência do indivíduo.

Com relação aos mecanismos de imposição da tutela, tratou-se tanto dos meios de substituição do Estado no implemento da prestação – através da busca e apreensão dos medicamentos, da execução da obrigação por terceiros e da nomeação de interventor – quanto dos mecanismos de coerção indireta, através das astreintes e da prisão. Neste passo, demonstrou-se como, ao invés de insistir-se na prisão de natureza criminal, dever-se-ia desenvolver em nosso país mecanismo semelhante ao contempt of court anglo-americano. A prisão processual civil, embora aparentemente vedada pelo ordenamento constitucional pátrio, encontraria respaldo sempre que a prestação exequenda tivesse natureza alimentar, como ocorre no fornecimento de remédios essenciais. Finalmente, tratou-se das sanções jurídico-objetivas de natureza política (crime de responsabilidade, suspensão de direitos

políticos e intervenção), ressaltando-se a diminuta eficácia que estes institutos tiveram até o momento. Notadamente a suspensão de direitos políticos em virtude da condenação por improbidade, porém, oferece um potencial coercitivo que não se pode descartar.

## 6. Bibliografia

ALEXY, Robert. El Concepto y La Validez Del Derecho. Begriff und Geltung des Rechts / Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

\_\_\_\_\_. Teoría de los Derechos Fundamentales. Theorie der Grundrechte / Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva,

1998.

\_\_\_\_\_. Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, n° 225, p. 5-38.

\_\_\_\_\_. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBITT, Philip. Constitutional Fate – Theory of the Constitution. New York/Oxford: Oxford, 7th ed.

\_\_\_\_\_ & CALABRESI, Guido. Tragic Choices. New York: Norton, 1978.

BÖCKENFÖRDE, Ernest W. Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución. In: Escritos sobre Derechos Fundamentales. / Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 72-83.

\_\_\_\_\_. Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales. In: Escritos sobre Derechos Fundamentales. / Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 44-71.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Giudici Legislatori? / Trad. Carlos Alberto

Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Cambridge (Mass.): Harvard, 1986.

\_\_\_\_\_. Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality. Cambridge (Mass.)/London: Harvard, 2000.

\_\_\_\_\_. Taking Rights Seriously. Cambridge (Mass.): Harvard, 1996.

EDLEY, Cristopher F. Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy. New Haven: Yale Univ. Pr., 1992.

ELY, John Hart. Democracy and Distrust — A Theory of Judicial Review. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press, 1980.

FARIA, José Eduardo. As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais. In: Revista de Direito da PGE/SP 38: 141-54, 1997.

FEELEY, Malcolm & RUBIN, Edward L. Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed American Prisons. Cambridge (Mass.): Cambridge Univ. Pr., 1998.

FONSECA PASSOS, Carlos Eduardo da Rosa da. A Efetividade do Processo nas Ações contra a Fazenda Pública. In: Revista da EMERJ, vol. 4, n° 16. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura, 2001. p.133-49.

FRANCO, Alberto Silva et alii. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: RT, 5ª ed., 2v.

GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1983. p. 433 e s.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle Judicial das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia — entre facticidade e validade. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat / Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

\_\_\_\_\_ & RAWLS, John. Débat sur la Justice Politique (colet.). Politischer Liberalismus / Einbeziehung des Anderen / Reply to Habermas / Trad. Rainer Rochlitz. Paris: Cerf, 1997.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights — Why Liberty Depends on Taxes. New York/London: Norton, 1999.

HOROVITZ, Donald L. The Courts and Social Policy. Washington: Brookings, 1977.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Methodenlehre der Rechtswissenschaft / Trad. José Lamego. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1983.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas: História, Teoria e Prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. Tutela Específica. São Paulo: RT, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data". Atualizado por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PATTERSON, Dennis. Law and Truth. New York, Oxford, 1996.

SALLES, Carlos Alberto de. Execução Judicial em Matéria Ambiental. São Paulo: RT, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. V. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000. p. 131-50.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

STRAUSSMAN, Jeffrey. Rights Based Budgeting. In: RUBIN, Irene S. (org. New Directions in Budget Theory. New York, SUNY: 1988. p. 100-23.

TORRES, Ricardo Lobo. O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro 50: 93-110, 1997.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Humanos e a Tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_ (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIVEIROS, Mauro. Direitos Fundamentais da Pessoa Humana — Possibilidade de Reconhecimento Judicial via injunção ex officio — Princípio da Inafastabilidade Constitucional da Jurisdição. In: Livro de Teses do 2º Congresso Nacional do Ministério Público. Fortaleza: ACMP, 1998. p. 1528-36.

WILDAVSKY, Aaron & CAIDEN, Naomi. The New Politics of the Budgetary Process. New York: Longman, 1997

\* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Público pela UERJ

Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm> > / Acesso em : 09 fev. 2007