ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

JUDICIAL CONTROL ON THE PUBLIC BUDGET FOR EFFECTIVE ACCESS TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF HEALTH

Lauro Gurgel de Brito*

RESUMO: O direito fundamental à saúde, na dimensão prestacional, não tem sido efetivado plenamente. O Sistema Único de Saúde não atende a milhares de pessoas que necessitam de tratamento médico e de remédios específicos e que não podem obtê-los no mercado. Se o Executivo for omisso no momento da elaboração do orçamento e o Legislativo, na discussão e aprovação deste, deixando de contemplar esses serviços, cabe ao Judiciário efetivá-los. Propõe-se a técnica de remanejamento de recursos orçamentários. Isso só é possível se forem respeitados os limites da própria estimativa de receita e o cumprimento de outras despesas obrigatórias.
Palavras-chave: Saúde. Dignidade. Efetividade. Orçamento. Controle. Limites.

ABSTRACT: The fundamental right of health, in its dimension of implementation has not been fully effected. The Health System does not meet thousands of people that need medical treatment and specific drugs and can not get them in the market. If the Executive is absent-minded when preparing the budget and the Legislative in the discussion and approval of the budget fails to address these services, it is the Judiciary's role to actualize them. The technique proposed is the relocation of budgetary resources. This is only possible if the limits of their estimated revenue and compliance of other mandatory costs are respected.
Keywords: Health. Dignity. Effectiveness. Budget. Control. Limits.

* Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e Universidade Potiguar – UnP. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, e da Universidade Potiguar – UnP. Advogado. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio aborda a possibilidade de se fazer um controle jurisdicional sobre o orçamento público como uma nova forma de se efetivar o direito fundamental à saúde, na dimensão prestacional de modo a recuperar pessoas enfermas.

Para tanto, parte-se da concepção de direito constitucional à saúde, no aspecto da recuperação das pessoas doentes, demonstrado que referido direito se vincula ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, investiga-se uma técnica mais adequada para isso, qual seja, o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, por meio do remanejamento de recursos previstos no orçamento anual. Defende-se que esse seja o instrumento adequado aos órgãos do Poder Judiciário para garantir o acesso universal à saúde e concretizar a vontade constitucional nessa seara.

Sob esse prisma, alguns questionamentos são levantados:

a) é possível uma interpretação emancipadora dos direitos sociais, particularmente quanto ao direito subjetivo a tratamento médico e distribuição gratuita de medicamentos? Ou esse "direito" estaria previsto em normas ditas "programáticas", que não geram direito à prestação, mesmo passados mais de 18 anos da promulgação da Constituição?
b) pode-se fazer controle difuso de constitucionalidade das leis do sistema orçamentário, visando a efetivar direito prestacional?
c) em sendo possível esse controle, quais os limites dele?

Na construção das idéias, foi adotada, basicamente, a pesquisa bibliográfica, a partir da análise de textos legais nacionais e internacionais (tratados) e de julgados pertinentes ao tema, bem como de obras de Direito Constitucional, de Hermenêutica e de Direito Financeiro, além da interpretação de decisões judiciais. Para isso, utilizaram-se os modernos métodos de pesquisa pela Rede Mundial de Computadores (*internet*), além de visita à Vara Privativa da Fazenda Pública da comarca

de Mossoró, com vistas a analisar autos de processos que tratassem de demandas pertinentes à temática.

Como referencial teórico, será adotada a teoria da *normatividade dos princípios* (Bonavides), cotejando-a com a da *máxima efetividade* das normas definidoras de direitos fundamentais (CANOTILHO, SARLET), bem como na necessidade de *ponderação* e *harmonização de princípios* (ALEXY, CANOTILHO). Também se partirá do confronto entre as teorias da *reserva do possível* e do *mínimo vital* (ALEXY, SARLET).

E como referencial prático, é apontada a jurisprudência dos tribunais sobre a questão, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aqui ilustrada através das ementas de alguns julgados.

2 SAÚDE E DIGNIDADE HUMANA

A temática aqui abordada se insere na categoria jurídica dos direitos sociais, que representam uma conquista histórica na linha evolutiva dos direitos humanos (no âmbito universal) e fundamentais (no âmbito das Constituições positivas), constando tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25) quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (Capítulo III - Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e da grande maioria das constituições editadas no pós-Segunda Guerra Mundial.

Doutrinariamente, esses direitos são geralmente classificados como de segunda dimensão, cuja efetivação exige, do Estado, ações ou prestações positivas (um fazer), através da execução de políticas públicas, o que demanda investimentos e planejamento orçamentário em sucessivos anos.

No Brasil, a partir de 1988, com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), houve um acréscimo dos direitos fundamentais sociais, como educação, *saúde*, moradia, previdência e assistência aos desamparados, dentre outros, que estão catalogados no *caput* do art. 6º e no Título VIII da Carta Política.

No tocante ao direito fundamental à saúde, observa-se que, transcorridos mais de dezoito anos da promulgação da atual Constituição, ainda existe uma carência de efetividade, especialmente naquilo que se refere à recuperação das pessoas doentes, porque há um grande déficit de leitos hospitalares, de tratamentos e de distribuição gratuita de medicamentos para as populações pobres, que não podem ter acesso a produtos e serviços de saúde disponibilizados no setor privado.

Sob o aspecto doutrinário, o direito fundamental à saúde integra uma categoria denominada de *mínimo vital*, porque se mostra imprescindível para a manutenção da própria vida e da dignidade humana, razão pela qual está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25, I) e em vários dispositivos do Pacto de San José de Costa Rica (art. 12, item 3, art. 13, item 2, "b", art. 15 etc).

Acaso perquiríssemos se o direito a ter saúde está previsto em normas "programáticas", sem possibilidade de demanda judicial, mesmo passados mais de 18 anos da promulgação da Constituição, certamente encontraríamos respostas díspares, dependendo do interessado.

Entendemos que a previsão constitucional acima referida não pode ser menosprezada pelos intérpretes/concretizadores da Constituição, como se fosse mero "conselho" nela inserido por meio de uma norma meramente programática, destituída de normatividade. É urgente a busca de um mecanismo de emancipação jurídica para esse direito, de modo a lhe conferir aplicabilidade direta e, conseqüentemente, plena efetividade, cuja responsabilidade cabe a todos os entes da federação; afinal essa é uma matéria de competência comum a todos eles (art. 23, II)[1].

Assim, é preciso sistematizar os elementos para uma nova interpretação desse direito (princípio da máxima efetividade), partindo de um conceito universal de saúde (mente e corpo sãos), sem nos esquecermos de que a "constituição de papel" deve ser interpretada também tendo em vista as necessidades da "constituição real", vivificada numa situação de grave desigualdade e exclusão social. Não existe dignidade humana sem qualidade de vida, que, por sua vez,

1 CRFB. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde...

não pode prescindir de saúde.

Como alerta BOBBIO (1992, p.25), o maior problema do nosso tempo não é fundamentar os direitos do homem, mas, sim, garanti-los. Para ele:

> Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas, sim, qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

3 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO

Em geral, o direito à saúde, em sua dimensão prestacional constitucionalmente definida, não é devidamente assegurado às camadas mais pobres porque se alega a capacidade econômica limitada do Estado (teoria da reserva do possível), a falta de dotação orçamentária ou, mesmo que esta exista, a indisponibilidade financeira. Os gestores públicos alegam que não há recursos suficientes para atender a todas essas demandas sociais acumuladas historicamente. Assim, ano a ano, novas demandas por saúde vão se acumulando.

Os mesmos agentes que alegam falta de dotação orçamentária e de recursos para investir nesses programas de saúde integral (para todos e em todos os casos) também não admitem que um Órgão Judicial exija do Poder Executivo pleitos que não estejam previstos no respectivo orçamento. E, mesmo que aí se encontrem, ainda não seria crível exigi-los, uma vez que o Executivo seria senhor absoluto do momento e da forma de gastar.

Às vezes, o próprio Poder Judiciário nem tem certeza de como agir diante das demandas que exigem, por exemplo, garantir tratamento médico a pacientes pobres, não amparados pelo Sistema Único de Saúde e diante da alegada ausência de recursos da parte do poder público demandado. Afinal, isso feriria a autonomia do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que seriam os únicos dotados da discricionariedade

legislativa orçamentária, consoante os arts. 165[2] e 166[3] da CRFB, que constituiriam numa espécie de princípio da reserva parlamentar em matéria de orçamento.

A resposta a essas perguntas pode ser dada a partir da tese restritiva da *reserva do possível* ou pela tese da *máxima eficácia* (efetividade) das normas definidoras dos direitos (fundamentais) sociais, a partir de uma interpretação principiológica do disposto no art. 5°, §1° da CRFB[4].

Essa tese restritiva se fundamenta, obviamente, na visão clássica da teoria da separação e independência entre os "poderes", sob um prisma político-liberalista (séculos XVII e XVIII), segundo a idéia de que a interferência de um "poder" na atividade típica do outro representaria um grave risco para a liberdade dos cidadãos.

Ocorre que o conceito de liberdade no novo milênio não é mais o mesmo daquele período histórico. A teoria que se prega hodiernamente é a da distribuição harmônica das funções estatais, mediante fiscalização e controle recíprocos, mais flexível. Não se concebe mais a rígida divisão do "poder" (Teoria da Separação dos Poderes), mesmo por que seria um paradoxo continuar falando na subdivisão de algo indivisível, como o é o poder soberano.

A liberdade desejada hoje pela civilização humana não é apenas a individual-burguesa, alicerçada na lei, no sentido de locomoção, de pensamento e religião, mas a liberdade com justiça social, com fulcro constitucional, que assegure a cada ser humano um mínimo de dignidade (CRFB, art. 1°, III[5]), o que virá através do desenvolvimento e da conseqüente erradicação da miséria, metas definidas pelo art. 3° da CRFB[6].

E, nesse desiderato, os recursos geridos pelo Estado assumem um papel decisivo, à medida que vão sendo investidos a partir de uma ética humanitária e não de uma visão mercadológica, como se fossem in-

2 Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

3 Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

4 CRFB. Art. 5°, §1°. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

5 A dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

6 Esse dispositivo elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles está "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

vestimentos privados. Assim, as políticas públicas devem ser voltadas prioritariamente para o social, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui no núcleo essencial, matriz e vetor de interpretação para os direitos fundamentais.

Portanto, sob o prisma da valorização do ser humano, na nova teoria da distribuição de funções essenciais, poder-se-ia refutar, por exemplo, a tese de que compete apenas ao Poder Executivo decidir o quanto, onde, como e quando gastar em programas de assistência à saúde.

Assim, não parece compatível com o espírito constitucional gastar recursos públicos com publicidade e propaganda das obras e serviços da administração, ou promoção de festas e *shows* públicos, enquanto faltam recursos para investir nos programas sociais de erradicação de casas de taipa, de saneamento básico ou de alfabetização ou disponibilidade de leitos hospitalares. No confronto desses interesses, a justiça será feita se prevalecer a proteção ao ser humano carente e não à frequente e famigerada promoção pessoal dos administradores como sói acontecer com as publicidade de obras e serviços.

Desse modo, no constitucionalismo da efetividade das normas, pouco importa quem determine as prioridades orçamentárias (Legislativo, Executivo ou Judiciário), contando que se concretize a vontade constitucional de minimizar a carência dos excluídos sociais e valorizá-los enquanto seres humanos dotados da mesma dignidade dos "socialmente incluídos".

Por esse paradigma, caso o Poder Executivo não priorize, por exemplo, investimento em recuperação à saúde integral, já nos projetos de lei do sistema orçamentário, remetidos ao Poder Legislativo, cabe este adequá-los, redefinindo as prioridades das despesas públicas, anulando aquelas supérfluas e incrementando metas sociais de implementação imediata.

Mas, se porventura o Poder Legislativo também não o fizer, essa missão fica a cargo do Poder Judiciário, evidentemente quando forem devidamente provocados. Com efeito, na qualidade de guardião não apenas da legalidade, mas, sobretudo, da constitucionalidade, o Poder

Judiciário deve efetivar a vontade constitucional, concretizando os direitos democraticamente conquistados, mas insistentemente sonegados pelos outros dois poderes.

E a técnica mais adequada para isso consiste na substituição de rubricas orçamentárias, transferindo recursos previstos para despesas supérfluas e alocando-os para os serviços públicos de saúde, que são de altíssima relevância.

Agindo assim, o Poder Judiciário estará homenageando o princípio da máxima eficácia dos direitos sociais (como a saúde), que também são fundamentais à medida que forem colocados no Título II da Carta Política vigente.

É importante que se redefina o conceito de discricionariedade administrativa e legislativa no tocante à elaboração e aprovação do orçamento, sob pena de se adiar a efetivação do fundamental à saúde, pela omissão dos próprios agentes públicos, eleitos para preservar os interesses do povo. O Poder Judiciário não deve se negar a enfrentar essa problemática.

Não se pode alegar que essa técnica seja inconstitucional porque anularia o princípio da separação dos poderes. Na verdade, ela se mostra compatível com esse princípio porque, no próprio instante em que está limitada aos recursos já previstos no orçamento, não inviabiliza a atuação do Poder Executivo, mas apenas a redireciona para garantia de bens mais relevantes à população.

4 QUEM PODE DEMANDAR ESSA TÉCNICA

Normalmente se conhece o controle de constitucionalidade "negativo", no sentido de que o órgão julgador recusa a aplicação de uma determinada norma por entendê-la inconstitucional. Mas, acatando a concepção de um possível controle jurisdicional sobre as leis do sistema orçamentário, haveria um controle positivo, porque não existiria propriamente a recusa, mas a aplicação de uma norma de um modo mais compatível com o espírito da Constituição.

Para isso, há diversos órgãos constitucionalmente legitimados que poderiam impulsionar o Judiciário, como o Ministério Público, a quem se incumbiu defender os direitos sociais (arts. 127[7] e 129[8]), a sociedade civil organizada (art. 5°, LXX[9]) e aos próprios cidadãos individualmente, que detêm o poder de pleitear, pela via judicial, direitos negados pelo Estado, afinal nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5°, XXXV[10]).

Entendemos que a reflexão em torno de uma nova concepção do princípio da distribuição das funções estatais é de grande relevância e, obviamente, uma outra visão acerca das atribuições dos magistrados em defesa dos direitos sociais, com destaque para o direito à saúde.

E aqui não se pode esquecer que os profissionais do direito e os humanistas em geral têm que enxergar e adotar uma cultura de proteção dos direitos humanos de natureza social, diagnosticando e estimulando a mudança de comportamento, inclusive nos cursos jurídicos, que precisam atualizar e direcionar os currículos de modo a adequá-los aos "novos" direitos fundamentais.

5 O COMPORTAMENTO DO JUDICIÁRIO DIANTE DA PROBLEMÁTICA

De acordo com FARIA (2005, p. 105), o desafio de garantir a cidadania plena para os 40% dos brasileiros situados abaixo da linha da pobreza "[...] exige de todo o Judiciário maior capacidade afirmativa sobre o Executivo, a fim de que atue com maior eficiência e determinação em áreas como seguridade social, higiene, saúde, saneamento, habitação

7 CRFB. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

8 Esse dispositivo prevê as funções institucionais do Ministério Público, dentre elas está "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

9 Esse preceptivo legal autoriza partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, a impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

10 "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

e educação básica".

Felizmente se verifica que no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça já existe uma consolidação de pensamento quanto à máxima eficácia do direito à saúde, desmitificando o caráter programático das normas definidoras desse direito.

Com efeito, as ementas de alguns julgados podem ilustrar isso, pois nelas ficou assentado o direito fundamental do cidadão e o dever constitucional do poder público a fornecer tratamento e medicamentos gratuitamente a pacientes pobres, como forma de garantir o direito à vida e à saúde. Vejamos:

> RE-AgR 271286 / RS - RIO GRANDE DO SUL
> AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.
> EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-

-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

REsp 814076 / RJ (Rel. Ministro LUIZ FUX):

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.
1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de

complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
2. Configurada a necessidade do recorrente, posto legítima e constitucionalmente garantido direito à saúde e, em última instância, à vida. Impõe-se o acolhimento do pedido.
3. Proposta a ação objetivando a condenação do ente público (Estado do Rio de Janeiro) ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença pulmonar obstrutiva crônica, resta inequívoca a cumulação de pedidos do tratamento e fornecimento de medicamento, posto umbilicalmente ligados. É assente que os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade de forma a tornar efetivo, o acesso à justiça. (Precedente: REsp 625329 / RJ, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 23.08.2004).
4. In casu, o Juiz Singular reconheceu a obrigação de fazer do Estado do Rio de Janeiro consistente no fornecimento dos medicamentos pleiteados na inicial, bem como os que venham a ser necessários no curso do tratamento, desde que comprovada a necessidade por atestado médico fornecido pelo hospital da rede pública (fls. 107).
5. Recurso especial provido.

REsp 439833 / SP (Rel. Ministra DENISE ARRUDA):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. MENOR CARENTE. LIMINAR CONCEDIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.
1. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade

de graves danos decorrentes da demora do cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de menor carente que necessita de medicamento.
2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.
3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Município configurada.
4. Recurso especial desprovido.

REsp 325337 / RJ (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO):

ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.
1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.
2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.
3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS.
4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de

medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.
5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica não padece de ilegalidade.
6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes fosse procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.
7. Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior. 8. Recurso improvido.

6 O QUE JUSTIFICA A ADOÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

Embora já se perceba a consciência de que as normas definidoras do direito à saúde geram, para o poder público, a obrigação de fornecer tratamento médico e a fornecer medicamentos (ainda que o SUS não contemple a demanda), nem sempre as medidas judiciais que concedem essa prerrogativa têm sido plenamente atendidas.

Em geral, os entes demandados judicialmente alegam que já cumprem o dever de investigar em saúde, que não mais há recursos disponíveis para atender a esse tipo de demanda, que isso abriria precedentes, que não tem como atender a todas as pessoas ao mesmo tempo, que a responsabilidade de outra esfera governamental, que outras prioridades e assim por diante.

Na Vara Privativa da Fazenda Pública, da Comarca de Mossoró, por exemplo, tem sido adotado o sistema de bloqueio de verbas nas contas do órgão demandado (Estado do Rio Grande do Norte e/ou Município de Mossoró). Assim, no processo n° 106.06.600315-0 (ação ordinária com pedido de antecipação de tutela), F.P.S. (41 anos) demanda contra o Estado

do Rio Grande do Norte e contra o Município de Mossoró. Afirma que tem câncer de mama (carcinoma ductal infiltrante de mama) e que precisa de exame de estado imuno-histoquímico, que custaria R$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais), mas a renda familiar não passa de R$ 350,00 (trezentos e cinqüenta reais) mensais. Na defesa, o Estado alega que seria parte ilegítima, pois entende que a matéria é da competência do Município e, no mérito, alega limites da reserva do possível, o risco de justicialização da política e o princípio da legalidade orçamentária. O Município não fez defesa.

Na decisão interlocutória, foi rejeitada a preliminar de ilegitimidade do Estado, foi deferida a antecipação de tutela, determinando que o Município pague o exame, com responsabilidade solidária do Estado do Rio Grande do Norte, sob pena de bloqueio de verba no valor necessário à satisfação da tutela.

Já no processo nº 106.05.0006769-3 (ação ordinária com pedido de antecipação de tutela), A.F.S. (40 anos), comprova ser portador de um "tumor do tipo cerebral, axial e apendicular extremamente incapacitante" e que tem necessidade de "implante de eletrodos para a estimulação cerebral profunda bilateral". Afirma que esse procedimento não é fornecido por nenhum ente federativo.

O Município de Mossoró alega que essa obrigação é do Estado do Rio Grande do Norte e este alega que isso é dever do SUS, bastando que o Município expeça a Autorização de Internação Hospitalar e a encaminhe a um hospital conveniado.

Na decisão interlocutória, foi deferido o pedido, determinando ao Município a expedição da guia de internação e ao Estado do Rio Grande do Norte providenciar a internação e pagar as despesas, sob pena de bloqueio de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

O Estado agravou, pedindo suspensão dos efeitos da medida devido à dificuldade de reparação, no que foi atendido. Portanto, o Tribunal de Justiça reformou a decisão, entendendo que, em certa medida, isso representa risco à governabilidade.

Por essas razões, defendemos que a melhor técnica seria o remanejamento de dotações, de modo que se transfeririam recursos de uma rubrica

para outra, como, por exemplo, de despesas com publicidade para despesas com clínicas e medicamentos para fornecimento gratuito, quando não cobertos pelo SUS.

Nessa hipótese, não caberiam os argumentos de defesa acima referidos, pois o total dos recursos já estaria previsto no orçamento, havendo apenas o remanejamento, de acordo com a demanda e com os limites da receita prevista no orçamento e de outras despesas obrigatórias.

7 CONCLUSÃO

O direito à saúde se vincula ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, porque não se pode falar em dignidade sem boas condições de saúde;

Por isso, as normas que definem o direito à saúde não podem ser interpretadas como se fossem meramente programáticas, devendo ser enxergadas como dotadas de eficácia jurídica (máxima efetividade);

Assim, é legítima a interferência do magistrado no orçamento público a fim de efetivar o direito fundamental a tratamento médico, ainda que não oferecido pelo SUS, e à distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, caso também seja negada administrativamente pelo SUS;

E a técnica mais adequada para isso consiste na substituição de dotações destinadas a cobrir despesas supérfluas, transferindo-os para os serviços públicos de saúde;

A partir de uma nova perspectiva interpretativa, essa técnica se mostra compatível com o princípio da separação dos poderes, porque não inviabiliza a atuação do Poder Executivo no próprio instante em que está limitada aos recursos já previstos no orçamento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva,1988. (Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio L. de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes).

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria do Estado**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO JR., J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal**. 31.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito fundamental a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de direito do consumidor,** ano 2003, n. 46, abr./jun., p. 193-244, 2003.