

Análise do impacto da judicialização das políticas públicas de acesso à saúde e moradia na gestão orçamentária

Edson Quirino dos Santos
Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura de Guarulhos

Resumo

O presente trabalho parte da abordagem constitucional que visa à proteção da dignidade da pessoa humana, como decorrência do Estado Democrático de Direito, para analisar o impacto na gestão orçamentária em razão da crescente judicialização das políticas públicas de acesso à saúde, no que se refere ao fornecimento de medicamentos e insumos, e à moradia por meio de pagamento de locação social. Analisa o tratamento jurisprudencial dispensado ao tema observando a necessidade de que a atuação judicial seja quanto aos aspectos da legalidade e obediência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao implementar as políticas públicas, não cabendo ao Judiciário intervir nos atos de gestão administrativa. Observa que a judicialização por vezes impõe o descumprimento dos instrumentos orçamentários previstos no artigo 165 da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Propõe que o controle jurisdicional das políticas públicas seja realizado pela via difusa, por meio de ações propostas pelos órgãos e/ou de controle do exercício das atividades administrativas e não pela de forma individual.

Palavras-chave: judicialização; políticas públicas; controle jurisdiciona; orçamento; princípios.

Introdução

O interesse do autor deste trabalho neste assunto se deve pelo fato de no exercício de sua atividade profissional como procurador do município no acompanhamento das demandas judiciais propostas em face do Executivo Municipal, relacionadas ao acesso aos direitos sociais, em especial àqueles atinentes à saúde e à moradia. Foi percebida a necessidade de compreender o funcionamento e a relação dos atos da gestão financeira da administração pública relacionados à implementação das Políticas Públicas.

Em razão do aumento das demandas judiciais relacionadas à satisfação dos direitos sociais, percebemos a necessidade de analisar o a Judicialização de tais demandas na gestão dos instrumentos orçamentários, levando-se em consideração o regramento constitucional indicado no artigo 165 e os instrumentos nele indicados, a saber: plano plurianual, diretrizes orçamentárias e lei orçamentária, bem como a observância das normas gerais relacionadas à elaboração das leis orçamentárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecidas pela Lei Federal nº 4.320/64.

Segundo dispõe o artigo 2º da Lei 4.320/64 “A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade” traduzindo-se o orçamento, desse modo, em importante instrumento de gestão dos recursos públicos.

A propósito é importante ressaltar que no sistema constitucional vigente “O orçamento público se converteu em instrumento da política econômica e social dos governos, por isso, passando a constituir um elemento essencial à composição do planejamento governamental” (MILESKI, 2003: 45), o que denota a importância deste instrumento de gestão orçamentária na satisfação dos direitos sociais.

Deste modo, o presente estudo tem por objetivo principal a análise da judicialização das políticas de atendimento à saúde no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e insumos, bem como ao pagamento de locação social no Município de Guarulhos, observando os efeitos das decisões judiciais na gestão dos recursos públicos segundo os limites de realização de despesas estabelecidos na lei orçamentária do Município.

No desenvolvimento do tema proposto a argumentação será no sentido de, sem negar a importância da implementação das políticas públicas sociais por parte do gestor público enquanto atendimento dos direitos e garantias fundamentais, postular que a satisfação das demandas ajuizadas

por indivíduos influencia negativamente na gestão das funções essenciais da administração pública e satisfação de outras demandas coletivas igualmente importantes.

A abordagem deste trabalho adotou como método de pesquisa a revisão de literatura, de onde se extraiu o referencial teórico sobre a interpretação dada pela doutrina jurídica a respeito de temas relacionados à implementação dos direitos sociais, destacando-se, dentre eles, Paulo Bonavides, Celso Ribeiro de Bastos, José Afonso da Silva, Hely Lopes Meirelles e Helio Saul Mileski, dentre outros, ao final apresentados nas referências bibliográficas.

Serão analisados ainda, precedentes jurisprudenciais a respeito do tema considerando o fato de que na atualidade a jurisprudência constituiu importante fonte do direito, traduzindo-se em “regras gerais que se extraem das reiteradas decisões dos tribunais num mesmo sentido, numa mesma direção interpretativa.” (FÜHRER, MILARE, 2007: 42).

Na primeira parte do presente trabalho apresentaremos a fundamentação teórica, dando especial destaque ao tratamento constitucional dado à matéria. Na segunda parte a descrição do tratamento jurisprudencial e na terceira a análise resultados com suporte da legislação vigente. Ao final será apresentada a conclusão a respeito do tema proposto.

Descrição

A Constituição Federal do Brasil tem como um de seus fundamentos, como prevê seu artigo 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III) e, de acordo com o artigo 2º, tem como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III), e promover o bem de todos (inciso IV).

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, como forma de assegurar o cumprimento dos fundamentos e objetivos acima indicados, o artigo 6º da Constituição Federal assegura a todo cidadão os chamados direitos sociais, a saber: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, direitos esses, denominado de “piso vital mínimo” (FIORILLO, 2009: 39).

Nesta perspectiva é possível conceituar os chamados direitos sociais como sendo “prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.” (SILVA, 1990: 253).

O autor notou no município onde trabalha uma crescente judicialização de demandas relacionadas a temas envolvendo o acesso aos citados direitos sociais, em especial àquelas relacionadas à saúde. A crescente judicialização, segundo dados da Coordenação de Demandas Estratégicas – SUS da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, apresentados por ocasião da II Jornada de Direito da Saúde realizada nos dias 18/05/2015 e 19/05/2015 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demonstram que o aumento das demandas ocorre em todas as Regiões Administrativas do Estado, conforme a tabela e o gráfico abaixo.

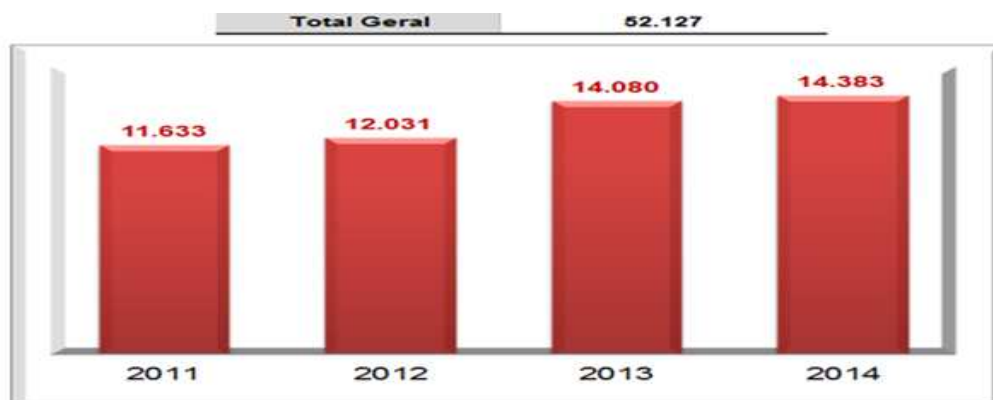
Tabela 1: Índice Paulista de Judicialização da Saúde para o quadriênio de 2011 a 2014

Regional de Saúde	2011	2012	2013	2014
	Índice	Índice	Índice	Índice
DRS 01 - Grande São Paulo	4,17	4,24	4,29	4,22
DRS 02 - Araçatuba	9,50	10,63	13,33	16,33
DRS 03 - Araraquara	8,52	9,00	9,65	10,41
DRS 04 - Baixada Santista	4,25	6,16	6,77	6,05
DRS 05 - Barretos	30,87	41,68	53,35	70,71
DRS 06 - Bauru	18,27	18,95	19,99	21,18
DRS 07 - Campinas	3,08	3,19	3,52	3,92
DRS 08 - Franca	21,70	23,28	23,95	27,74
DRS 09 - Marília	5,58	6,75	8,11	9,81
DRS 10 - Piracicaba	3,08	3,56	3,91	3,93
DRS 11 - Presidente Prudente	13,50	16,60	19,53	23,89
DRS 12 - Registro	0,44	0,55	0,51	0,73
DRS 13 - Ribeirão Preto	16,05	20,69	25,25	32,07
DRS 14 - São João da Boa Vista	9,10	11,01	11,83	13,03
DRS 15 - São José do Rio Preto	33,14	36,34	39,75	42,77
DRS 16 - Sorocaba	3,16	3,52	4,25	5,87
DRS 17 - Taubaté	2,75	3,18	3,58	3,72
Total Geral	6,86	7,62	8,84	9,25

Fonte:

Secretaria de Estado da Saúde – Coord. de Demandas Estratégicas SUS - Maio/2015

Gráfico 1 – Número de demandas de ações judiciais cadastradas por ano



A mesma realidade é observada nos demais Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do País, considerando o número de ações em trâmite, segundo dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça, segundo os dados enviados pelos Tribunais até Junho de 2014:

Tabela 2: Ações de Saúde – Tribunais Regionais Federais

Tribunal Federal	1º Grau	2º Grau	TOTAL
TRF-1	10.194	5.608	15.802*
TRF-2	4.919	1.567	6.486
TRF-3	3.126	1.579	4.705
TRF-4	24.229	11.058	35.287
TRF-5	7	4	11
			TOTAL: 62.291

Tabela 3: Ações de Saúde – Tribunais de Justiça

Tribunal Estadual	Número de ações
TJSP	44.690
TJAC	7
TJAP	76
TJAL	6.303*
TJBA	841
TJAM (não informado)	-
TJCE	8.344
TJDFT	2.575
TJES	8.991
TJMG	66.751
TJPA	19
TJGO	309
TJMS	1.081
TJMA	668
TJMT	6.664
TJPE (não informado)	-
TJRJ	46.883
TJRR	64
TJPI	229
TJRN	452
TJPR	2.609
TJRO	595
TJRS	113.953
TJSC	18.188
TJTO	149
TJSE	189
TJPB (não informado)	-
Total:	330.630

Nesta linha estão os julgados que se seguem, pelos quais, se observa o entendimento a respeito da matéria que vem sendo delineado pelos Tribunais pátrios.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento da relatoria do Ministro Herman Benjamin enfrentou a análise do tema, no que se refere à satisfação de direitos relacionados à saúde por meio do controle jurisdicional das políticas públicas, considerando quando do julgamento do Recurso Especial 1488639/SE ocorrido em 20/11/2014 que “Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.”.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1068731/RS ocorrido em 17/02/2011 o mesmo Ministro já havia reconhecido que embora não caiba ao Poder Judiciário intervir na formulação ou execução de programas sociais, lhe é permitido exercer controle a respeito da constitucionalidade e legalidade das políticas públicas, não podendo o Estado dela se esquivar a despeito da invocação da “Teoria da Reserva do Possível” afirmando que “O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.”.

Seguindo a mesma orientação jurisprudencial, no que se refere à intervenção do judiciário para a garantia do direito subjetivo à moradia enquanto direito fundamental, com o objetivo de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana e de aplicabilidade imediata, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao julgar o recurso de apelação 0043019-93.2010.8.19.0004, em julgamento ocorrido em 02/06/2015 da lavra do Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto e também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar o recurso de apelação nº 1.0105.11.015314-2/001, em julgamento ocorrido em 29/05/2014 da lavra do Relator Desembargador Duarte de Paula, que o direito à moradia às vítimas de desastres naturais deve ser viabilizado pelo Poder Público ao cidadão vitimado por meio do pagamento de aluguel social.

A análise dos precedentes jurisprudenciais acima indicados demonstra em linhas gerais que se reconhecem o direito à saúde e o direito à moradia como sendo direitos sociais que tem como escopo a garantia do mínimo essencial à dignidade da pessoal humana, de modo a permitir o controle jurisdicional das atividades do gestor público na realização de tais direitos.

Entendeu o relator do Recurso Especial nº 1068731/RS acima citado, não haver violação ao princípio da separação dos Poderes o controle jurisdicional a respeito dos atos da administração pública na satisfação dos direitos sociais envolvidos, ressalvando o fato de que a realização dos direitos fundamentais não está na seara da atividade discricionária do governante.

É certo que a Constituição Federal assegura dentre os chamados direitos e garantias fundamentais o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV), o que também se aplica a implementação dos direitos sociais ao cidadão quando não obtidos de forma voluntária pelo Estado.

Na perspectiva dos julgados apresentados defendemos que é possível a atuação do Poder Judiciário quanto ao controle da implementação das políticas públicas de acesso aos direitos sociais, sem que para isso, interfira na gestão administrativa e dos recursos orçamentários.

Contudo, a questão que aqui se coloca, não é a impossibilidade da atuação do Poder Judiciário no exercício do controle da implementação das políticas públicas e a determinação de medidas que assegurem ao cidadão o pleno acesso aos direitos sociais, e sim em que medida a judicialização das políticas públicas pode caracterizar ingerência do Poder Judiciário na gestão dos recursos financeiros e por decorrência na gestão orçamentária.

Fundamentação teórica

Como corolário do Estado de Direito, em que se assegura a prevalência da dignidade da pessoa humana, entre nós positivados no texto constitucional em seu artigo 6º é de se destacar que “Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e

solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).” (BONAVIDES, 2009: 657).

No que se refere o controle jurisdicional das políticas públicas relacionadas à garantia dos direitos sociais destacamos o fato de que para esses direitos sejam eficazes, a garantia por parte do Estado precisa ser ministrada de duas formas: a garantia jurídica, de natureza formal e, a garantia econômica, de natureza material (BONAVIDES, 2009: 659).

Deste modo, a garantia formal é garantida no plano do exercício da atividade jurisdicional por meio do amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV) em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “Qualquer que seja a lesão ou mesmo ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de ter, o prejudicado, a sua questão examinada por um dos órgãos do Poder Judiciário” (BASTOS, 2000: 214).

Defendemos que não obstante a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas deve o Poder Judiciário no exercício de sua função submeter-se ao princípio constitucional da tripartição dos poderes.

Em razão do princípio da triparticipação dos poderes executivo, legislativo e judiciário decorre da análise interpretativa do artigo 2º da Constituição Federal que “o constituinte teve por objetivo – tirante às funções atípicas previstas na própria Constituição – não permitir que um dos ‘poderes’ se arrogue o direito de interferir nas competências alheias” (BASTOS, 2000: 159).

Ao prever expressamente as funções legislativa, executiva e judiciária a cada um dos respectivos poderes a Constituição Federal estabeleceu regra proibitiva quanto à impossibilidade de quaisquer uns dos poderes intervirem nas funções a outro estabelecido pela ordem constitucional, o que não impede que um determinado poder exerça atividade de fiscalização e controle sobre o outro, na medida em que “a ideia que se deve ter por consolidada é a de que, atribuindo-se as funções do poder a mãos diferentes, uma controlaria a outra, evitando o arbítrio e, por conseguinte,

fornecendo condições objetivas para o respeito aos direitos individuais” (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 1998: 211).

Por outro lado à garantia de acesso do cidadão aos serviços sociais por vezes pode provocar certa tensão entre o direito formal e o direito material envolvidos, no momento do exercício do controle jurisdicional, instante em que, para a solução da dita tensão existe a possibilidade da aplicação por parte do julgador do princípio da proporcionalidade, o que “constitui meio adequado e apto instituído para solucionar conflitos. De um lado limitando e controlando as condutas da Administração Pública, que visam restringir ou aniquilar direitos fundamentais.” (MALAQUIAS, 2010: 238).

Nessa perspectiva decorre a importância do princípio da proporcionalidade, como baliza de solução entre a tensão eventualmente existente entre os dois direitos: material e formal sendo certo que a adoção do princípio por parte do intérprete e aplicador da norma jurídica contribuiu “para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse à presteza do novo axioma constitucional.” (BONAVIDES, 2009: 399).

Contudo quer aqui nos parecer adequado o registro de que classicamente o poder discricionário é conceituado como sendo aquele em que “o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, 1991: 97).

Não obstante a possibilidade da prática de atos com natureza discricionária por parte do gestor público, isso não significa que tais estejam imunes ao controle jurisdicional no que se refere ao seu controle de legalidade ou ainda desvio de poder ou finalidade, contudo “O que o Judiciário

não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz.” (MEIRELLES, 1991, 100).

A linha é tênue e nem sempre é possível saber até que ponto o exercício do controle jurisdicional não está invadido a seara do exercício da atividade discricionária, o que pensamos que somente possa ser analisado no caso concreto.

Chama-nos ainda atenção em relação aos julgados acima citados o fato de que, decorrem da leitura das decisões, como igualmente pensamos o fato de que sem negar o direito fundamental de acesso às políticas públicas de saúde e moradia, a questão passa pela análise da gestão orçamentária do ente público responsável por sua implementação.

Não raras vezes o ente público nas demandas judiciais relacionadas à satisfação dos direitos sociais invoca em sua defesa, a justificar a impossibilidade de atendimento das decisões judiciais, a ausência de recursos financeiros suficientes ao cumprimento das decisões, alegação essa denominada de teoria da reserva do possível, segundo a qual “para a delimitação normativa de cada direito fundamental social, seria sempre levada em consideração à escassez de recursos estatais” (MATSUDA, PEREIRA e SOUZA: 6).

Contudo, embora possível pensar que a atuação estatal deve estar circunscrita a existência de recursos financeiros, o que seria justificável segundo a citada teoria da reserva do possível, “a alegação de escassez de recursos não pode ser oposta para justificar a vulnerabilidade dos Direitos Fundamentais essenciais, constitucionalmente garantidos, já que a efetivação destes estão acima da vontade política e das escolhas do administrador público. Por esta razão, afirma-se que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.” (QUINTEIRO: 2013).

A análise da questão, segundo pensamos, deve pautar-se pela observância das regras constitucionais da gestão dos planos orçamentários e adequação ao princípio da razoabilidade, segundo o qual, dentre outros elementos, impõe-se a Administração Pública a “adequação entre os

meios e os fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público” (DI PIETRO, 2009: 80).

A realização de dispêndio de recursos à satisfação das demandas sociais não escapa ao cumprimento das regras financeiras relacionadas à existência da respectiva previsão orçamentária mesmo que voltadas ao atendimento dos serviços sociais, o que deve ser observado segundo a capacidade financeira do respectivo ente estatal, dentre eles o Município, sem o comprometimento de outras demandas igualmente importantes.

Merece aqui igualmente registro o fato de que o Superior Tribunal de Justiça em julgamento recente ocorrido em 09/06/2015 nos autos do Recurso Especial nº 1518223/RJ, da lavra do Ministro Humberto Martins, enfrentando o tema a respeito da Judicialização e o estabelecimento de medidas preventivas às calamidades, portanto, questões que envolvem a judicialização de políticas públicas de atendimento aos direitos sociais, na esteira do que igualmente pensamos, entendeu que o controle jurisdicional deve “limitar-se, inicialmente, à verificação do cumprimento dos princípios da legalidade, legitimidade, devido processo legal, moralidade, proporcionalidade e razoabilidade. Em regra, é inviável que o Poder Judiciário aprecie o mérito de políticas governamentais.”.

A decisão aqui indicada denota que àquele próprio Tribunal reconhece que a Judicialização deve limitar-se ao controle jurisdicional das políticas públicas sob o aspecto eminentemente normativo quanto ao atendimento dos comandos constitucionais por parte do gestor público, não podendo intervir no mérito da gestão administrativa ao implantar suas políticas governamentais, sendo razoável esperar que os entes políticos responsáveis adotem medidas de salvaguarda à satisfação dos direitos sociais sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, como frequentemente vem ocorrendo atualmente.

Análise da questão

Considerando a narrativa aqui apresentada, consideramos que a judicialização das políticas públicas de atendimento de demandas relacionadas à saúde, em especial aquelas que dizem respeito ao fornecimento de medicamentos e insumos, bem como aquelas voltadas a assegurar o direito à moradia por meio do pagamento de aluguel social, sem levar em conta a capacidade financeira do ente estatal, se traduz em ingerência do Poder Judiciário na gestão dos recursos financeiros orçamentários.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 165 ao estabelecer dentre os instrumentos orçamentários o Plano Plurianual, as Diretrizes Orçamentárias e os Orçamentos Anuais impõe ao gestor público, dentre eles o gestor municipal, o dever de planejar suas ações de governo e a realização das despesas de acordo com o que for previamente previsto nestes instrumentos.

A mesma Constituição impõe por seu artigo 31 um sistema de controle da atuação do gestor público municipal “sendo exercida mediante controle interno pelo próprio Executivo, visando auxiliar o Chefe desse poder a agir administrativamente, segundo a lei, mediante controle externo que será realizado pela Câmara Municipal auxiliada pelos Tribunais de Contas do Estado ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios onde houver.” (MACEDO, FERRARI, 2005: 201).

No Município de Guarulhos em consonância com o disposto no artigo 165 da Constituição Federal temos como instrumentos de gestão orçamentários em vigência:

a) Lei 7.217/13 - Dispõe sobre o Plano Plurianual para o quadriênio 2014/2017. Trata-se de “um plano de médio prazo, através do qual procura-se ordenar as ações do governo que levem ao atingimento dos objetivos e metas fixados para um período de quatro anos, ao nível do governo

federal, e também de quatro anos ao nível dos governos estaduais e municipais.” (KOHAMA, 2003: 57)

b) Lei 7.290/14 - Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015. Referida lei “tem a finalidade de nortear a elaboração dos orçamentos anuais, compreendidos aqui o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social, de forma adequá-los às diretrizes, objetivos e metas da administração pública, estabelecidas no plano plurianual.” (KOHAMA, 2003: 59).

c) Lei 7.362/14 - Dispõe sobre estimativa da Receita e fixação da Despesa do Município para o exercício financeiro de 2015. Trata-se do orçamento municipal, tendo por objetivo “viabilizar a concretização das situações planejadas no plano plurianual e, objetivamente, transformá-las em realidade, obedecida a lei de diretrizes orçamentárias” (KOHAMA, 2003: 60).

Ao regram a realização das despesas públicas o artigo 167 da Constituição Federal dentre outras condutas vedadas ao gestor público a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (inciso II), a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes (inciso V) e a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (inciso VI).

Nota-se que a despesa pública deve ser realizada em perfeita consonância com a previsão dos instrumentos orçamentários a ela aplicando-se o princípio da legalidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, sendo “consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesas ou assunção de obrigação que não atendam a tais dispositivos.” (MEIRELLES, 2006: 283).

É justamente o que estabelece o artigo 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000, do qual se extrai a ideia de que “A geração de despesa ou assunção de obrigação deve ter em mira o impacto financeiro e a sincronia com os instrumentos de planejamento orçamentário previstos na Constituição.” (NASCIMENTO, 2012: 159).

Ao realizar despesas em desconformidade com a lei orçamentária incorre o gestor público na prática de crime de responsabilidade nos termos do artigo 1º, inciso V do Decreto Lei 201/67 ao estabelecer que caracterize a infração penal “ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes”.

O que queremos argumentar aqui é o fato de que por meio de decisões judiciais no exercício do controle jurisdicional das políticas públicas de atendimento à saúde ou mesmo em relação à moradia determinado-se o fornecimento de medicamentos e insumos e o pagamento de aluguel social, tais decisões geram impacto financeiro e orçamentário ao Município e comprometem a regular gestão dos recursos públicos.

Por mais que a gestão de medicamentos e insumos de saúde seja inerente ao exercício da gestão dos órgãos de saúde, nota-se na praxe administrativa que a judicialização não decorre apenas de medicamentos ou insumos básicos, mas também, àqueles que são considerados de elevado custo e nem sempre disponíveis para pronto atendimento.

Diante disto, alternativa não resta ao gestor público como forma de dar atendimento a decisão judicial e não incorrer no pagamento de elevadas multas diárias além das sanções penais cabíveis pelo descumprimento da ordem judicial, realizar de forma direta e com a dispensa de licitação a aquisição do medicamento ou insumo, nos termos do artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) diante da alegada urgência, realizando despesa nem sempre prevista no orçamento municipal, ou extrapolando os limites autorizados pela referida lei, diante do crescente número de ações judiciais propostas com esse fim.

O mesmo se diga em relação ao pagamento de aluguel social, como instrumento de proteção social na busca de preservação do direito à moradia. No Município de Guarulhos o pagamento de locação social é previsto pela Lei Municipal nº 6.623/09 cujo pagamento destina-se às pessoas que estejam em áreas de risco, áreas objeto de intervenções urbanísticas para fins de regularização fundiária e àqueles que estejam em situação de vulnerabilidade social, desde que, atendidas as condições socioeconômicas previstas na referida lei.

Contudo, em que pese o regramento municipal, que conta com orçamento próprio, de acordo com a capacidade de comprometimento das receitas do Município, cada vez mais decisões judiciais de caráter provisório – liminares ou mesmo antecipação de tutela, vêm impondo ao Município o custeio do pagamento de aluguel social, de modo a comprometer a regular gestão orçamentária dos recursos previstos para tal fim, na medida em que ultrapassam os limites previstos.

A experiência tem demonstrado que em razão da crescente judicialização de ações tem por objeto o pagamento de locação social em quantidade além da capacidade de previsibilidade do gestor público tem por consequência imediata a realização de despesas não previstas na lei orçamentária ou se previstas, em montante insuficiente ao atendimento da demanda.

Quer parecer que as decisões judiciais, sem levar em conta todo esse contexto, ferem o princípio da razoabilidade e proporcionalidade inicialmente apresentados neste trabalho, invadindo a seara da gestão administrativa orçamentária, e ainda que não se possa falar em aplicação da teoria da reserva do possível, como igualmente dito neste trabalho, viola o regramento constitucional e infraconstitucional dispensado a gestão orçamentária impactando a gestão dos recursos financeiros dos Municípios comprometendo o atendimento de outras demandas igualmente importantes.

Pensou-se ser perfeitamente possível o controle jurisdicional das políticas públicas. Contudo, acreditamos que o exercício do controle jurisdicional deve ocorrer na perspectiva de

análise programática e estratégica do respectivo ente estatal, analisando-se o cumprimento dos dispositivos constitucionais, previsão e cumprimento de metas estabelecidas nos instrumentos de planejamento.

O autor deste trabalho acredita que seja mais adequada a judicialização por meio de ações de natureza difusa, propostas pelos órgãos e/ou entidades de controle das funções públicas, a exemplo do que ocorre nas ações civis públicas (Lei 7.347/85) e dos Mandados de Segurança Coletivos (Lei 12.016/09), além da Ação Popular (Lei 4.717/65) sob pena de persistência da situação que aqui se apresenta em razão da avalanche de ações de natureza individuais, buscando a satisfação meramente do interesse exclusivo e não coletivo.

Considerações finais

Diante de todo o conteúdo apresentado neste trabalho se procurou argumentar que a Constituição Federal como princípio basilar busca a preservação da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), assegurando-lhe a satisfação dos direitos sociais básicos, dentre eles o acesso à saúde e à moradia.

Foi exposto que, segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, há uma crescente judicialização de demandas visando à satisfação dos direitos sociais relacionados à saúde, em especial fornecimento de medicamentos e insumos tendo em nossa experiência notado, que o mesmo ocorre quanto àqueles relacionados à moradia por meio do pagamento de locação ou aluguel social.

Tendo por base o levantamento do referencial teórico que deu embasamento ao trabalho, se registra o fato de que embora o Poder Público invoque como matéria de defesa a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, quanto à insuficiência de recursos, tal teoria não se revela adequada

quando a matéria em análise estiver relacionada à preservação dos direitos fundamentais e às garantias dos direitos vitais mínimos.

Contudo, se ressalta que embora não seja possível a aplicação da teoria do possível a as decisões judiciais devem ser pautar pela obediência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade não podendo intervir na gestão administrativa e nem substituir-se à própria gestão administrativa determinando o que deve ou não deve fazer o gestor público, em prestígio ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Analisando julgados a respeito da matéria, se observou que o próprio Poder Judiciário embora reconheça a possibilidade do exercício do controle jurisdicional das políticas públicas, sinaliza de que o controle deve pautar-se pela verificação da legalidade e dos princípios aqui indicados, sem invadir a discricionariedade administrativa.

Na última parte deste trabalho, demonstrou-se que o Município de Guarulhos, em consonância com o artigo 165 da Constituição Federal possui em seu sistema normativo os instrumentos orçamentários expressos no texto constitucional: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária.

Argumentou-se quanto ao fato de que se nota pelos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça uma crescente judicialização de demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos e insumos de saúde, o que igualmente é observado quanto as demandas visando o pagamento de locação social.

As considerações foram no sentido de que o aumento dessas demandas, sem a efetiva capacidade de previsibilidade dos gestores públicos, por vezes, implicam na realização de despesas não previstas ou ainda, que ultrapassam os limites previstos nos instrumentos orçamentários.

Ao dar atendimento às decisões judiciais, como forma de evitar o pagamento de multas e sanções penais, como efeito imediato da judicialização há o desrespeito além dos instrumentos

orçamentários, à lei de responsabilidade fiscal o que pode, inclusive, caracterizar crime de responsabilidade.

Por fim, o autor defende a ideia de que o controle jurisdicional da implementação das políticas públicas deve ocorrer pela via difusa, cingindo-se ao controle de legalidade e cumprimento do planejamento e das metas estabelecidas nos instrumentos de gestão e ao atendimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e não pela via individual como temos observado em razão da crescente judicialização.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vital Serrano. Curso de Direito Constitucional. s/e. Editora Saraiva: 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21ª Edição. Editora Saraiva: 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Edição. Malheiros Editores: 2009.

DA SILVA, Mário Henrique Malaquias. O Princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 233-261, abr. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23ª Edição. Editora Saraiva: 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. Princípios do Direito Processual Ambiental, 3ª edição. Editora Saraiva: 2009.

FÜHRER, Maximilianus C.A., MILARÉ, Édis. Manual de Direito Público & Privado. 16ª edição. Editora Revista dos Tribunais: 2007.

KOHAMA, Heilio. Contabilidade Pública. 9ª edição. Editora Atlas: 2003.

MACEDO, Regina Maria; FERRARI, Nery. Direito Municipal. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais: 2005.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila. O mínimo existencial como limite à aplicação da Reserva do Possível aos direitos fundamentais sociais. In <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306> acesso em 27/09/2015.

MILESKI, Helio Saul. O controle da gestão pública. s.e. Editora Revista dos Tribunais: 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15ª Edição. Malheiros Editores: 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 6ª edição. Editora Saraiva: 2012.

QUINTEIRO, Bartira Silva. Efetivação dos direitos sociais e reserva do possível. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3711, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25159>>. Acesso em: 1 nov. 2015.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais: 1990.

Recurso Especial nº 1488639 / SE. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. Julgamento: 20/11/2014

Recurso Especial nº 1068731 / RS. Ministro Relator: HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. 17/02/2011

Recurso Especial nº 1518223 / RJ. Ministro HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Julgamento 09/06/2015

Apelação Cível nº 0043019-93.2010.8.19.0004. TJRJ. Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto. Julgamento 02/06/2015

Apelação Cível nº 1.0105.11.015314-2/001. TJMG. Relator Desembargador Duarte de Paula.

Julgamento 29/05/2014