



**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

*INSTITUTIONAL DIALOGUES AND THE BUDGET IMPACT OF
JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICY*

Débora Costa Ferreira

Mestranda em Direito Constitucional no Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP, Distrito Federal,
Brasil.

E-mail: debora.ferreira@idp.edu.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6953508088980337>.

Julia Maurmann Ximenes

Advogada. Doutora em Sociologia Jurídica pela
Universidade de Brasília – UNB. Pós-Doutora em
Direito pela Universidade da Califórnia. Professora do
Programa de Mestrado Constituição e Sociedade do
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Líder do
grupo de pesquisa certificado no CNPq “Democracia,
Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC/IDP”,
Distrito Federal, Brasil.

E-mail: julioximenes@idp.edu.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4707000313816507>.

Editora Científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago.

DOI: 10.5585/rtj.v5i3.494

Submissão: 11/10/16.

Aprovação: 30/10/16.

RESUMO

A análise da judicialização das políticas públicas perpassa, dentre outras possibilidades, uma análise sobre o impacto orçamentário. O presente artigo busca comprovar as potencialidades dos diálogos institucionais para contornar os desdobramentos negativos da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais sob a perspectiva orçamentária.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização das Políticas Públicas. Impacto Orçamentário. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

The analysis of the judicialization of public policy runs through, among other possibilities, an analysis of the budgetary impact. This article seeks to prove the potential of institutional dialogue to overcome the negative consequences of the judiciary role in the realization of social rights under the budget perspective.

KEY-WORDS: Judicialization of public policies. Budgetary impact. Institutional dialogue.

INTRODUÇÃO

A intensa relação entre Direito e Política constitui um novo paradigma nas análises sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos, especialmente os sociais. Este paradigma é compreendido como o fenômeno da judicialização da política, ou seja, o Judiciário define questões tipicamente políticas e de competência dos Poderes Legislativo e Executivo¹.

Duas das principais controvérsias sobre o impacto desta atuação compreendem o caráter democrático da atuação do Poder Judiciário² e a diminuição da autonomia individual e desmobilização popular³.

O contexto do presente artigo é de uma terceira perspectiva crítica, a orçamentária – os “direitos não nascem em árvores” –, conforme aponta Galdino, e o Poder Judiciário não pode ignorar a execução de decisões com forte impacto orçamentário, principalmente quando elas são individuais, pois ainda que atendam à demanda do sujeito de direito individualmente,

¹ VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

² Isto porque ao demandar individualmente o efeito perverso da atuação do Poder Judiciário é justamente o impacto na política pública – “A pedra de toque estará no reconhecimento, pelo Judiciário, de que seu papel não é – nem nunca poderá ser – substitutivo, mas sim de *indução* do desenvolvimento regular, das estruturas institucionais previstas na constituição, dos misteres de cada qual.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 153. (grifo no original).

³ Este é o principal argumento da ciência política – a criação de uma “cidadania clientelista”. “E o resultado disso é que o cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais”. GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96. Aqui o grande risco da expansão da atuação do Poder Judiciário: um governo de juízes. “A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso”. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 53. Uma espécie de “superego da sociedade” cerceando a autonomia dos indivíduos e a soberania popular. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

o impacto será coletivo, uma tensão entre “micro justiça” (Justiça Comutativa) e “macro justiça” (Justiça Redistributiva), pois a “justiça distributiva não pode fazer-se levando em conta o esquema bilateral”⁴.

Portanto, o objetivo central do presente artigo consiste em analisar o impacto da instituição de mecanismos de diálogos institucionais⁵ voltados ao aprimoramento de políticas públicas sobre as demandas judiciais que tratam da efetivação dos direitos sociais incluídos nessas políticas. Nesse sentido, a hipótese que se constrói, baseada nas teorias dos custos dos direitos, é a de que a implementação e utilização de meios pelos quais os demais Poderes possam explicitar informações e pontos de vista a respeito de políticas públicas levadas ao crivo do Poder Judiciário – tanto pela via individual, mas especialmente pela via coletiva – permite o melhor manejo dessas questões por parte dos magistrados, por meio da ampliação da cognição do juízo a respeito dos custos e benefícios sociais do pleito no momento da decisão. Desse modo, é possível reduzir o impacto orçamentário da judicialização das políticas públicas, liberando mais recursos para efetivação dos direitos sociais pelas vias ordinárias.

A fundamentação que embasa essa hipótese decorre da linha de entendimento traçada por doutrinadores que aderem à teoria dos custos dos direitos⁶, segundo a qual o reconhecimento judicial de um direito fundamental requer a análise da realidade social, política e econômica na qual está inserido, sob pena de ferir o princípio da igualdade, uma vez que os recursos são escassos e a efetivação de direitos implica em custos, os quais não podem ser desprezados⁷. Em outras palavras, o exercício irresponsável da jurisdição nesse âmbito coloca em xeque a realização de uma infinidade de direitos objeto de políticas públicas que

⁴ “Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição dos benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça *comutativa*, ou *retributiva* ou *corretiva*. Comutar é *trocar*, retribuir é *devolver* e corrigir é *restaurar* ao estado certo (e anterior). Logo, pode-se dizer que há regras para as trocas, há regras para a retribuição e para a correção. Em geral a troca tem regras estabelecidas para relações bilaterais”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 144-5.

⁵ As teorias constitucionais dialógicas buscam arranjos alternativos para a percepção da supremacia judicial como único caminho na judicialização das políticas públicas, e assim aprimoram a relação entre constitucionalismo e democracia. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.; BATEUP, Christine A. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, 2006.

⁶ SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁷ MALISKA, Marcos. Educação, Constituição e Democracia. In: SOUZA NETO, C.P.; SARMENTO, D. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 794-795.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

não são levados em conta quando não se consideram os custos de implementação dos direitos e não se amplia a cognição do juízo.

Na prática, ocorre que, pela limitada cognição do juízo, em face da escassa e inefetiva participação dos órgãos e entidades envolvidos na política pública, interpreta-se inadequadamente o significado da efetivação de direitos sociais nos casos concretos. Assim, somente o aprofundamento dos mecanismos de diálogos institucionais pode contribuir para um tratamento mais adequado a essas questões⁸.

Com vistas a testar essa hipótese, procede-se a um estudo de caso da experiência institucional de Minas Gerais, utilizando os dados do site da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e do Portal da Transparência do Estado de Minas Gerais entre 2009 e 2015 relativos ao impacto orçamentário das demandas judiciais relativas à efetivação de direitos à saúde. Os resultados da observação empírica de tais dados corroboraram as premissas traçadas quanto à importância dos diálogos institucionais para a construção de decisões mais sensíveis às peculiaridades das políticas públicas, diante da soma das capacidades institucionais e da ampliação da cognição do juízo quanto a fatos e prognoses jurídicas, técnicas e estatísticas, propiciando análises de custo-benefício mais acuradas, com a correspondente diminuição dos custos da judicialização.

Em conclusão, sugere-se a implementação de tais mecanismos de diálogos institucionais nos procedimentos judiciais relativos a ações que envolvam políticas públicas. Além disso, é indispensável que, no momento de decidir acerca da efetivação de direitos fundamentais relacionados a essas políticas, o Poder Judiciário leve em conta os argumentos trazidos pelas demais instituições envolvidas, considerando a estruturação global da política vigente e analisando, por meio dessa, os custos e benefícios da efetivação das pretensões das partes.

1 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

1.1 Fatores que desencadearam a judicialização das políticas públicas

⁸ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O fenômeno da judicialização da política é uma realidade na maior parte dos Estados democráticos de Direito ao redor do mundo, a despeito de qualquer dos posicionamentos favoráveis ou contrários⁹.

Trata-se de um fenômeno sócio-jurídico de âmbito global¹⁰, surgido após a II Guerra Mundial, a partir da produção de constituições de expressivo cunho político e repletas de direitos fundamentais positivados, que deveriam ser protegidas por cortes constitucionais, as quais passaram a realizar uma espécie de controle político da atividade dos demais Poderes. Esse processo jurídico-institucional se deu no Brasil por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo caráter dirigente, analítico e pródigo em direito¹¹, somado às teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição¹², delegou ao Poder Judiciário maiores prerrogativas no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, incluindo aqueles dependentes de prestações positivas do Estado por meio de políticas públicas¹³.

Neste cenário favorável, observa-se um crescente número de decisões judiciais que se imiscuem na consecução de direitos sociais que já se encontram contemplados em políticas públicas estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, avançando sobre as competências desses Poderes, em uma verdadeira realocação do sistema de freios e

⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

¹⁰ Tendência mundial denominada de *judicial empowerment*. VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

¹¹ O Senador José Serra, em participação no XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional e em alguns artigos (SERRA, 2015), denominou de Frente Única Contra o Estado (FUCE) o movimento envolto no processo de produção da Constituição Federal de 1988, em que houve uma desenfreada expansão da positivação dos direitos sociais, distribuindo direitos e benefícios para todos os grupos sociais – sobretudo ao funcionalismo público – sem o adequado planejamento de financiamento estatal da prestação desses direitos. Surpreendentemente, não houve oposição nem da esquerda – que, em verdade não representava as classes mais baixas, mas os interesses corporativistas –; nem da direita – que no Brasil não é conservadora, já que normalmente é mais pródiga financeiramente do que a própria esquerda. Segundo o Senador, esse movimento ampliou-se para os outros Poderes da República (como o Judiciário e, em menor medida, o Executivo) e para a consciência social brasileira. Desse processo, somado ao fato de as regras orçamentárias da Constituição serem desde então recorrentemente desrespeitadas, decorreu a crescente “espoliação” do orçamento estatal por grupos de interesse, resultando em altíssimos gastos públicos. Assim, o Estado passou a trabalhar como uma central de distribuição de rendas e de regulamentação protetora para diversos grupos sociais além da sua capacidade arrecadatória. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

¹² HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. ; HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

¹³ Toda essa concepção foi ratificada pela série de normas infraconstitucionais que sobrevieram, trazendo instrumentos processuais inovadores voltados a efetivar tais direitos fundamentais. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

contrapesos, superando-se o tradicional modelo de separação dos poderes, o que se denomina judicialização das políticas públicas.¹⁴

Em paralelo, verificou-se uma relevante alteração da visão dos magistrados sobre seu papel na sociedade¹⁵, decorrente, em grande medida, da revolução paradigmática trazida pelas ideias neoconstitucionalistas e pós-positivista¹⁶. Nesse contexto, estabeleceu-se a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, destacando-se o valor dos princípios, da ponderação e do papel dos operadores do Direito na concretização das normas, sobretudo de direitos fundamentais¹⁷. Tais paradigmas, instalados em um país como o Brasil, em que se observa o conflito entre experiências do Estado Liberal e a pretensão de implementação de aspectos do Estado Social, produziram dificuldade de efetivação dos direitos sociais, sobretudo ao se considerar que esses direitos não foram decorrência de um pacto social ou de uma gradual conquista institucional¹⁸.

Por outro lado, os Poderes Executivo e Legislativo e outras estruturas institucionais também contribuíram sobremaneira para tal fenômeno. O descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo, com sua crise de representatividade; a lentidão do Poder Legislativo na produção da legislação esperada pela sociedade em face dos eventos sociais; as práticas de corrupção e improbidade administrativa¹⁹; a delegação consciente por parte do sistema político-partidário de questões valorativas delicadas ao Poder Judiciário, para que esse faça as escolhas sem que as repercussões negativas daí decorrentes recaiam sobre aqueles²⁰; além do que, as nuances do presidencialismo de coalizão abalaram ainda mais a conexão entre eleitor e eleito, por não

¹⁴ Ressalte-se que aqui o conceito de políticas públicas é tratado em seu sentido amplo, qual seja, o conjunto de diretrizes e ações governamentais que resultam de processos juridicamente regulados visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, tornando efetivos princípios constitucionais relacionados ao conceito de cidadania. ACKERMAN, Bruce. The storrs lectures: discovering the constitution. **Yale Law Journal**, v. 93, 1984. ; ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

¹⁵ Magistrados passaram a se mostrar mais predispostos a encarar temas políticos. Visão liderada pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a saída do Ministro Moreira Alves.

¹⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo, **Revista Direito FGV**, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113.

¹⁸ XIMENES, Julia Maurmann. Direitos sociais e campo jurídico : sujeitos de “direitos” e não de “necessidades”. In: XIMENES, Julia Maurmann (org). **Judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia**. Brasília: IDP, 2014. p. 81-100. Disponível em: <www.idp.edu.br>. Acesso em: 5 nov. 2014.

¹⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²⁰ GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

serem esses capazes de veicular os seus anseios na efetivação de direitos, por meio de políticas públicas de qualidade.

Assim, a visão da ineficiência do Legislativo e do Executivo em elaborar e implementar políticas públicas, desconsiderando todos os esforços e entraves desse processo, traduziu-se na busca do Poder Judiciário para suprir essas imperfeições²¹ (GRIMM, 2006). A partir desses dados, passa-se à análise das questões problemáticas que envolvem a efetivação de direitos fundamentais de acordo com a teoria dos custos dos direitos.

1.2 A efetivação de direitos fundamentais segundo a teoria dos custos dos direitos

O ponto de partida crucial para tratar da questão da efetivação de direitos fundamentais é o reconhecimento de que esse processo envolve alocação social de recursos escassos. Como não há possibilidade fática e financeira de se concretizar os direitos fundamentais de todos os indivíduos de uma sociedade, é necessário estabelecer critérios, definidos – a princípio²² – democraticamente, para distribuir esses bens visando ao maior nível possível de bem-estar social e ao atendimento às diretrizes constitucionais. Tais critérios e preferências democráticas são materializados em políticas públicas estruturadas e implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Negar esses fatos significa deturpar a lógica básica da efetivação de direitos em um Estado Democrático de Direito. Essa é a premissa básica dos autores que se vinculam à teoria dos custos dos direitos, a qual foi inicialmente desenvolvida por Cass Sustein e Stephen Holmes em seu livro *The cost of rights* e posteriormente apresentada à doutrina brasileira por Flávio Galdino²³. Desse modo, embora haja pretensão de efetivação do direito, não se pode reconhecer um direito subjetivo exclusivo, abstrato e excludente de cada indivíduo se não contextualizado com as peculiaridades da esfera pública de deliberação. Até porque, a promessa dos direitos absolutos, além de criar expectativas irrealizáveis, promove o exercício irresponsável e abusivo dos direitos²⁴.

²¹ Isso resulta no enfraquecimento da cidadania ativa, substituída por uma forma de cidadania clientelista, que prefere o pleito judicial à mobilização popular. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²² Caso a política pública seja levada ao Poder Judiciário, também pode ocorrer a reformulação desses critérios, mas nesse caso ela não se dará pela via democrática.

²³ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do Direito: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁴ GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse**. Nova Iorque: The Free Press, 1991.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

De acordo com esse entendimento, no momento de deliberar a respeito da distribuição dos recursos coletivos por meio da estruturação da política pública, tal teoria determina que se estabeleça uma relação entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social, permitindo uma análise comparativa entre diversos direitos e diferentes grupos sociais. Importante frisar nesse ponto que, para essa teoria, tanto os direitos “positivos” quanto os “negativos” implicam em custos para o ente estatal, devendo, pois, essa característica ser incorporada ao conceito de direito subjetivo, de modo a reconhecer que os direitos negativos também fazem parte da “escolha trágica”²⁵ em meio a recursos escassos²⁶.

Por esse motivo, os custos analisados na decisão judicial não devem ser encarados como meros óbices à realização dos direitos fundamentais, uma vez que o não atendimento às pretensões do demandante decorre de uma opção política consciente. Caso os custos fossem compreendidos como obstáculos, incentivar-se-ia a incorreta interpretação de que existe direito subjetivo “desprotegido” passível de proteção judicial, como fazem os magistrados ao se sobreporem às regras distributivas das políticas públicas vigentes para conceder pleitos individuais. Tal atuação é fruto de uma incapacidade de compreensão da lógica distributiva narrada acima, em face da incompletude da cognição do juízo.

Levando ao extremo, se uma infinidade de direitos, cuja prestação requer dispêndio orçamentário, forem reconhecidos judicialmente sem a adequada mensuração do seu custo, não haverá recursos sequer para custear as políticas públicas vigentes, prejudicando a coletividade como um todo e ofendendo o princípio da igualdade²⁷. Diante de tal constatação, a judicialização deve transcender o estágio de concessão de direitos por mera previsão na Constituição, visto que a reserva do possível, se bem fundamentada, é um limite interno ao direito, que deve ser respeitado para que a atividade jurisdicional não cometa excessos ou

²⁵ Expressão criada por Calabresi e Bobbit para se referir às escolhas que devem ser feitas em situações de escassez de recursos. CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. Nova York, Norton, 1978.

²⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do Direito**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.

²⁷ “Segundo a sua visão, essa incompatibilidade está justamente em se considerar o direito subjetivo como um poder subjetivo, o que significa garantir um poder para um indivíduo auto- interessado realizar o seu bem, dispondo sobre uma parcela do orçamento e tomando à força o que os outros indivíduos autointeressados recusam a lhe entregar de bom grado, independentemente do bem dos demais membros da sociedade. Essa concepção é inadequada aos direitos humanos, que dizem respeito a um tipo de relação que se tem com os outros (justiça), e não um poder a ser exercido sobre eles, configurando-se de modo horizontal (pessoa humana/pessoa humana). De acordo com a concepção de Barzotto, o direito humano como direito subjetivo deve ser visto como o justo natural (objeto do direito) correspondente a toda pessoa humana (titular do direito), assumido como dever por todo aquele capaz de fazer-se co-humano de outrem (titular do dever) e fundado na lei natural (fundamento). Isso significa, por exemplo, que os direitos humanos de cunho social devem ser entendidos como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último.” BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 67-119, 2005.

DÍALOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

desconsidere opções sociais feitas pelos órgãos legitimados, demonstrando uma opção ideológica encoberta pela ignorância²⁸.

Apresentados esses pontos, conclui-se que a consideração de questões envolvendo políticas públicas e os direitos que ela busca concretizar não devem ser resolvidas em chave individual, mas analisando-se a escala coletiva, sob pena de aplicar critérios de justiça comutativa onde incidem problemas de justiça distributiva²⁹.

Flávio Galdino³⁰ complementa esse entendimento:

É imprescindível a análise sistêmica e não individualizada dos direitos, pois, no plano da escassez, a alocação justa de direitos deve colocar na balança as trágicas escolhas possíveis e não apenas as (eventualmente pródigas) opções axiológicas do legislador eventual ou do administrador da hora.

De toda sorte, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição e das incompletudes do sistema processual existente (apesar de continuamente aprimorado), não há como o magistrado se negar a julgar casos individuais sobre o assunto, remetendo-o unilateralmente à apreciação em uma ação coletiva. Por tal motivo, a teoria dos custos dos direitos também deve ser aplicada em ações individuais, para que o juiz decida da forma mais adequada possível nessa situação.

Em estudo anterior³¹, apresentou-se uma análise de custo-benefício social da decisão judicial que intervém em políticas públicas. Conforme constatado, pode-se analisar a intervenção judicial em políticas públicas sob a ótica econômica, considerando-se crescente o custo marginal da intervenção e decrescente o seu benefício marginal, em termos de utilidade da sociedade como um todo. Assim, a intervenção judicial agrega bem-estar à sociedade por meio de incremento de utilidade aos que recebem o provimento judicial, mas, ao mesmo tempo, ela gera custos ao erário, ou até perda de utilidade por parte de outros indivíduos, ao verem seus direitos obstados pela insuficiência de recursos para sua realização em face dessa decisão, diminuindo o bem-estar social. Desse modo, o limite ideal e objetivo de intervenção

²⁸ Segundo Galdino, tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos, o que se desdobra na compreensão de que a efetivação dos direitos fundamentais só ocorre em razão das contingências de finitos recursos econômico-financeiros do fluxo orçamentário tomados em conta no processo de elaboração das políticas públicas. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do Direito**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁹ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). **O Exercício da Política**. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 2. ; LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

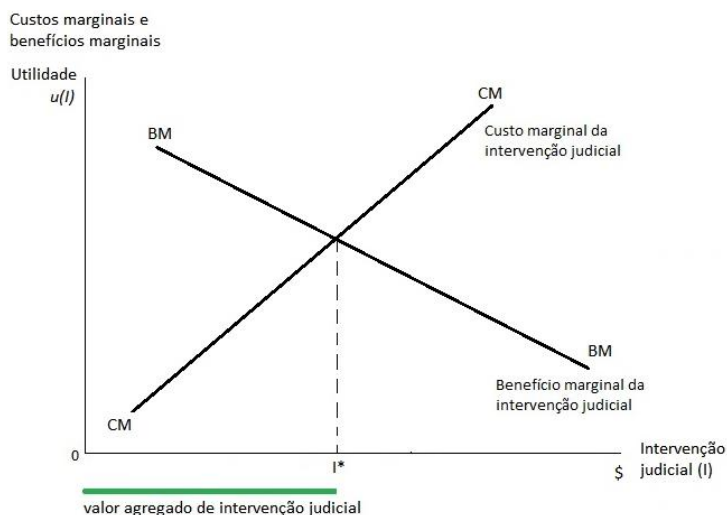
³⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do Direito**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 343.

³¹ FERREIRA, Débora Costa. Análise Jurídico-Econômica dos Limites à Intervenção do Judiciário em Políticas Públicas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. v. 8, p. 57-90, 2015.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

judicial seria o ponto em que o benefício marginal dessa decisão compensasse o seu custo marginal³².

Figura 1 – Análise de custo-benefício social das decisões judiciais



Fonte: MENEGUIN, 2014³³.

Desse modo, a partir do momento em que o reconhecimento de algum direito social individualmente gerar prejuízos para o atendimento da população como um todo, apesar do incremento de utilidade individual, esse pedido não deverá ser deferido, sob pena de se ferir o princípio da isonomia e da proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, situações de excepcional preponderância de benefícios sociais são aptas a gerar intervenção, como, por exemplo, em casos de reavaliação diante de situações emergenciais; de desrespeito a critérios estabelecidos pelas políticas; de correção de situações em que os critérios sociais para a obtenção do serviço ou bem público não tiverem sido bem mensurados; de subversão da ordem de preferência; ou para preservar a isonomia (material) entre os destinatários.

Nessa esteira, a sindicabilidade passível de realização por parte dos magistrados, tanto em demandas individuais quanto coletivas, diz respeito à análise da racionalidade da política pública vigente no tocante ao estabelecimento de critérios razoáveis e adequados às diretrizes constitucionais e à teoria dos custos dos direitos, apontando-se os desvios observados e sugerindo-se aperfeiçoamentos. Por meio dessa atuação, o Poder Judiciário tem condições de dar proveitosas contribuições para o aprimoramento das políticas públicas elaboradas e executadas pelos outros Poderes.

³² MENEGUIN, F. B.; BUGARIN, M. S. **Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2014. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 05 nov. 2014.

³³ Op. cit.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

De todo modo, esse escopo só pode ser alcançado caso as instâncias judiciárias tenham acesso ao contexto dessas políticas da forma mais ampla possível, abrindo-se às informações e pontos de vista expostos pelas diversas partes envolvidas nesse processo. Retorna-se, pois, à questão dos diálogos institucionais, em que órgãos de controle externo e interno e instituições técnicas, como os núcleos de assistência técnica em alguns estados³⁴, são essenciais para ampliar o conhecimento do juiz nessa fase. Trata-se do uso das teorias dos diálogos institucionais para buscar soluções à contenção de excessos da judicialização das políticas públicas.

1.3 A teoria dos diálogos institucionais no contexto da judicialização das políticas públicas

Sabe-se que, diante da atual crise de credibilidade do Estado, a simples substituição das escolhas do Executivo e do Legislativo pelas do Judiciário certamente não ensejará a concretização dos direitos fundamentais. Contudo, uma reformulação da tradicional estrutura da separação dos poderes pode dinamizar o diálogo institucional entre eles, catalisando as deliberações democráticas e aperfeiçoando-as³⁵.

Superando o embate entre teorias da última palavra, surgem as teorias dos diálogos institucionais, nas quais a revisão judicial não significa a última palavra sobre a Constituição, mas apenas parte de uma sequência legislativa, podendo o Poder Legislativo responder, em maior ou menor amplitude e espaço de tempo, a essa intervenção judicial. Os modelos dialógicos claramente se inspiram na separação de poderes como freios e contrapesos e são fundamentais para a realização dos pressupostos do Estado democrático de Direito, em que o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os

³⁴ O desenho dos núcleos de assessoria (ou de apoio) técnica (NAT), estaduais e municipais, buscam suprir a crítica sobre a falta de preparo técnico do Poder Judiciário para lidar com as diferentes formas de efetivar os direitos sociais previstos em políticas públicas, como por exemplo, demandas por medicamentos. Assim, algumas experiências ocorrem no Rio de Janeiro, em Minas Gerais, em Ribeirão Preto/SP, em Mato Grosso do Sul, no Paraná, em Pernambuco e no Espírito Santo. (Para saber mais: FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-2014, abr. 2013; PINHEIRO, Mariana Carvalho. **Núcleos de Assessoramento Técnico: estratégia à judicialização da saúde?** Monografia (Especialização em Gestão Pública). Brasília, junho 2016.

³⁵ MENDES, Marcos José. **Por que o Brasil cresce pouco?:** desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Poderes Públicos e entre eles e a sociedade civil, em que nenhum deles seja supremo, mas antes, que cada um contribua com suas peculiaridades institucionais³⁶.

A ideia é permitir que um Poder fiscalize permanentemente se o outro vem exercendo adequadamente sua função típica, evitando que sejam eternizadas decisões judiciais com efeitos práticos ruins e forjando consensos institucionais que aumentam a legitimidade do sistema. Nas palavras de Rodrigo Brandão³⁷, “busca-se conter a tirania da minoria com eleições regulares e a tirania da maioria com vários instrumentos de freios e contrapesos”.

Desse modo, a interpretação constitucional sai do monopólio do Poder Judiciário, como defendia o Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2.797³⁸, para constituir-se em pressuposto necessário ao exercício das atribuições de cada um dos Poderes, em um colóquio contínuo entre os Poderes do Estado e entre eles e a sociedade civil, na medida em que equilibra aspectos de legitimidade democrática e de respeito aos direitos fundamentais. Isso força os legisladores e gestores a pensarem mais a respeito da adequação constitucional ao elaborarem as leis, inclusive quanto à sua proporcionalidade e razoabilidade, antecipando-se no debate político uma possível reação dos outros Poderes³⁹.

No contexto da judicialização das políticas públicas, os diálogos institucionais impõem limites aos excessos do Poder Judiciário, além de conferir maior cognição à causa, diante da maior participação das partes na instrução. A intensa participação da Defensoria Pública, do Ministério Público, das Procuradorias, da Advocacia Geral da União, dos Tribunais de Contas, dos advogados privados, das assessorias jurídicas dos órgãos (ou entidades) e das partes proporciona melhores decisões justamente pela soma das capacidades institucionais relatadas acima e pela convergência de saberes e práticas de diversos atores políticos, jurídicos e sociais, empenhando-se todos, entre outros aspectos, na análise dos

³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. ; BATEUP, Christine A. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, 2006.

³⁷ BRANDÃO, op. cit. p. 232.

³⁸ Em 15.09.2005, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2797/DF, declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84, do CPP, que estendiam o foro por prerrogativa de função do crime para as ações de improbidade administrativa. A Corte entendeu, na oportunidade, que somente a Constituição pode definir as competências originárias dos Tribunais.

³⁹ SOUSA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. In: SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). **How Democracy Works**: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <www.iadb.org>. Acesso em: 03 ago. 2016.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

custos dos direitos envolvidos. A propensão dos atores a atuarem nesse âmbito influencia a demanda, assim como os interesses por trás dela.

Dessa forma, o Judiciário pode aperfeiçoar políticas públicas e chamar a atenção para falhas não percebidas anteriormente, por meio de um maior diálogo entre instâncias judiciais e as instituições produtoras e gestoras das políticas públicas, pelo estímulo à participação popular na produção da política pública – inclusive pelas outras instituições jurídicas –, dando maior força às mobilizações em torno dos processos orçamentários democráticos (orçamento participativo, conselhos comunitários etc.) e à responsabilização de atores que estejam se desviando das normas legais, ao invés de decidir unilateralmente quanto ao destino de uma política pública.

Concluindo pela abertura dos canais institucionais para o aprimoramento das políticas públicas, Mark Tushnet⁴⁰, em seu livro “*Weak courts, strong rights*”, demonstra que decisões judiciais que viabilizam as trocas de experiências e interlocuções institucionais (*weak decisions*) são mais propícias a obter maior êxito na melhoria das políticas públicas do que aquelas que fazem determinações de efetivação de direitos (*strong decisions*), apoiando-se em casos bem sucedidos, em que houve eficaz estipulação de correções e monitoramento de decisões por parte da Corte, por meio de amplo diálogo com os atores sociais. Assim, disfunções do sistema podem ser corrigidas por meio de cada nova rodada de debates.

No lugar de um “guardião de promessas”⁴¹, as teorias dialógicas não buscam as únicas respostas corretas para os casos complexos na efetivação de direitos sociais. O objetivo é construir desenhos institucionais de maior interlocução, “nos quais a responsabilidade pela configuração do sentido constitucional é repartida entre diversos atores, aos quais competem, solidariamente, a difícil tarefa de concretizar o texto fundamental”⁴².

Além disso, uma maior passividade institucional pode ser equilibrada com uma atuação mais ativa e extrajudicial nas políticas públicas para a efetivação dos direitos, com foco especial no estabelecimento de pactos e acordos com os gestores para a atuação conjunta e integrada, diante da compreensão de que o modelo adversarial não é o mais adequado para a resolução dessas questões. A macro justiça (perspectiva coletiva) deve compatibilizar-se com a micro justiça (perspectiva individual).

⁴⁰ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁴¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁴² VALLE, Vanice Regina Lório do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Nesse sentido, é essencial o processo de sensibilização dos gestores e demais atores a respeito da importância do diálogo e do comprometimento recíproco para criar um espaço de comunicação entre os principais responsáveis pela formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas, sem necessariamente judicializar o conflito. Esse espaço pode ser melhor desenvolvido nos Fóruns Nacionais e os Comitês estaduais, estimulando-se a institucionalização de experiências, para dar maior visibilidade a elas e para uma discussão pública a respeito de fatores de sucesso, desafios de implementação e, principalmente, sobre a possibilidade de replicação em outros municípios, estados ou, até mesmo, na União. Infelizmente, a atual inexistência de força vinculante a essas decisões extrajudiciais faz com que, muitas vezes, elas sejam ignoradas em juízo⁴³.

Contudo, como as regras orçamentárias constitucionais delimitam claramente os papéis de cada poder na produção de políticas públicas, tendo o Judiciário o papel de corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, mas não de interferir diretamente com sentenças mandamentais sobre o orçamento, ordens judiciais para o bloqueio e realocação de verbas judiciais são disfuncionais, contrárias ao princípio da separação dos poderes e devem ser substituídas por pressões conciliatórias com os outros Poderes e estímulo de participação popular junto aos outros Poderes, gerando aperfeiçoamentos institucionais. Desrespeitar regras orçamentárias significa desregular o equilíbrio entre os Poderes, agindo como que em uma guerra de gritos. Além disso, o cumprimento imediatista de decisões judiciais pode levar ao desperdício público e fraudes, uma vez que a aquisição não é alvo de planejamento e de processo criterioso de compra, já que, pela situação de urgência, não se submete aos procedimentos licitatórios convencionais.

Ademais, e como bem pontuado por Ivo Gico Júnior⁴⁴, em um país onde a maior parte da população encontra-se nas faixas mais baixas de renda, nas quais a escassez de recursos e de prestações estatais realmente representam um óbice à fruição de direitos, a ineficiência dos gastos públicos é ao mesmo tempo injusta.

Com vistas a testar a tese desenvolvida até agora, apresentaremos no próximo capítulo um estudo de caso que corrobora a correção de suas hipóteses.

⁴³ ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. ; PINHEIRO, Mariana Carvalho. **Núcleos de Assessoramento Técnico: estratégia à judicialização da saúde?**. 2016. Monografia (Especialização em Gestão Pública). Brasília, junho 2016.

⁴⁴ GICO JUNIOR. Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org). **O Direito e Economia no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

2 ANÁLISE EMPÍRICA DOS DADOS DA JUDICIALIZAÇÃO EM MINAS GERAIS

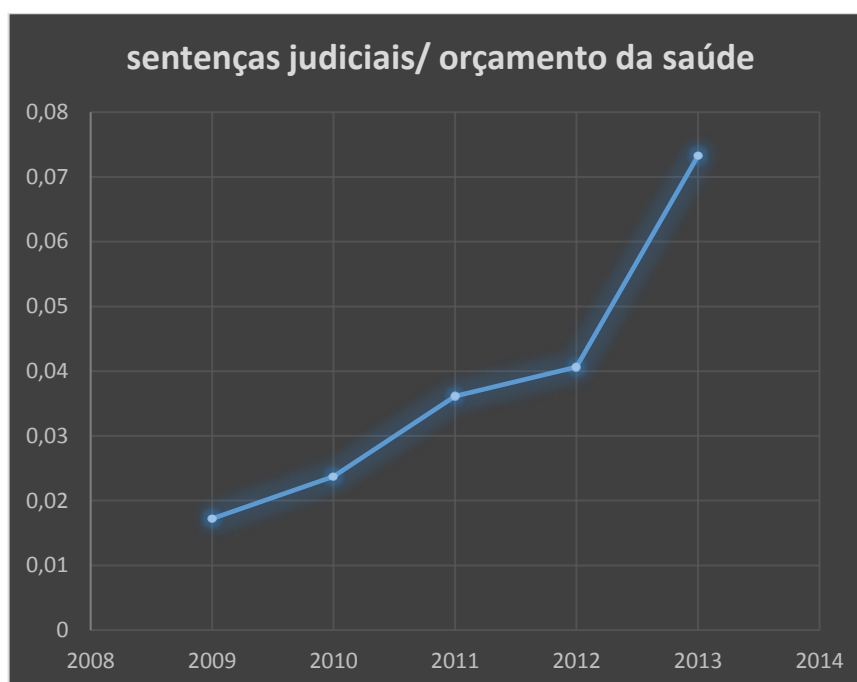
Apresentamos, neste capítulo, um estudo de caso baseado na análise empírica dos dados da judicialização das políticas públicas de saúde dos anos de 2009 a 2015 de Minas Gerais, disponíveis no sítio oficial da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais⁴⁵, corroborando as premissas ora traçadas quanto à importância dos diálogos institucionais para a construção de decisões de melhor qualidade, diante da soma das capacidades institucionais e da ampliação da cognição do juízo, propiciando análises de custo-benefício mais acuradas e até a diminuição da judicialização. Trata-se de um exemplo de boas práticas que devem ser compartilhadas com outros estados.

O estado de Minas Gerais, em face do alto número de demandas envolvendo direito à saúde, criou, em 2009, a rubrica específica “sentenças judiciais” (nº 7024), que abarca gastos com “atendimento às demandas judiciais visando fornecer assistência integral para atender casos individualizados, em todos os níveis de complexidade, comprovada a necessidade de medicamentos, insumos, procedimentos e outros serviços de saúde para a garantia de vida do paciente (...)”, conforme Plano Anual de Saúde⁴⁶. Desde então, os órgãos de planejamento do estado vêm tentando se antecipar à expansão desses gastos, fazendo uma espécie de reserva de recursos, ao destinar cada vez maior dotação orçamentária para a rubrica, até 2013, como se pode verificar no gráfico a seguir:

⁴⁵ SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS. **Planejamento**. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/sobre/planejamento#>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁴⁶ Op. cit.

Gráfico 7 – Dotação sentenças judiciais / dotação total da saúde de 2009 a 2013

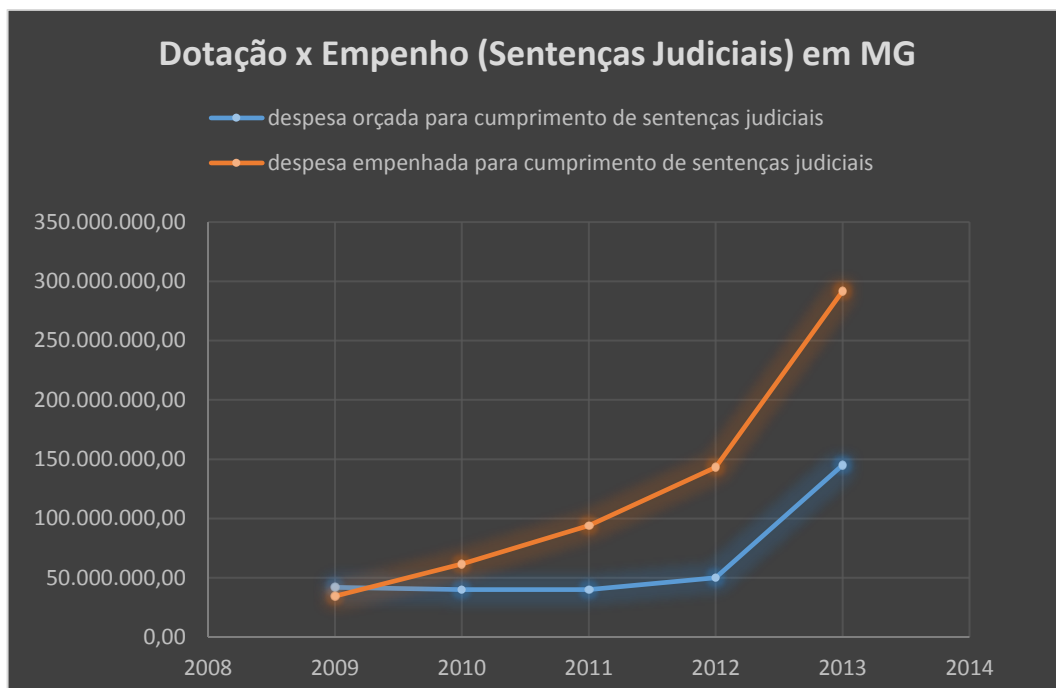


Fonte: Portal do Governo de Minas Gerais⁴⁷

Do mesmo modo, o crescimento dos gastos com pagamento de sentenças judiciais se deu até o ano de 2013. Observe-se que durante todo esse período o planejamento orçamentário estatal não foi capaz de acompanhar a expansão das despesas, mesmo fixando um maior montante de recursos a cada ano para esse fim.

Gráfico 8 – Despesa orçada x despesa empenhada para cumprimento de sentenças judiciais de 2009 a 2013

⁴⁷ PORTAL DO GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Transparência de Minas Gerais**. 2013. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/instrumentos-de-gestao/programacao-anual/Programacao-Anual-de-Saude-2012-%2011-04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.



Fonte: Portal do Governo de Minas Gerais⁴⁸

Contudo, a partir de 2012 foram instaladas estruturas institucionais que possibilitaram que fossem feitos requerimentos extrajudiciais de medicamentos pela assessoria técnica da Secretaria de Estado da Saúde; que fossem realizados seminários e fóruns de discussão entre Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas, além de parcerias junto à Defensoria Pública, para atendimento aos pacientes, evitando a judicialização, e, junto ao Judiciário, visando orientação técnica aos juizes antes do julgamento das liminares⁴⁹.

É necessário salientar que os gastos com a judicialização permeiam vários blocos de financiamento, como a Atenção Básica, Média e alta complexidade e Assistência Farmacêutica, e, desta forma, esta ação orçamentária (“setenças judiciais”) é alocada nos referidos blocos de financiamentos. Todavia, a maior parte das demandas judiciais (cerca de 80 a 90%) diz respeito à concessão de medicamentos. Analisando-se os dados de 2013, extraiu-se a informação de que, pela via judicial, o valor *per capita* era de R\$ 5.177,00, enquanto que pelo meio administrativo ordinário de aquisição do medicamento, o custo por paciente era de R\$ 1.040,38, isto é, 397,61% do primeiro valor, sem levar em conta os custos do processo. Portanto, é aconselhável que seja incentivada a via ordinária de obtenção dos medicamentos, para se fazer jus ao princípio da eficiência e da economicidade.

⁴⁸ PORTAL DO GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Transparência de Minas Gerais**. 2013. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/instrumentos-de-gestao/programacao-anual/Programacao-Anual-de-Saude-2012-%2011-04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁴⁹ Op. cit.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com esse objetivo, em 2013 alterações significativas foram sugeridas pela auditoria operacional do Tribunal de Contas de Minas Gerais, sob o nº 886104⁵⁰, abrindo-se, posteriormente, processo de monitoramento para acompanhar a implementação das recomendações. Visando combater o crescimento da judicialização da Assistência Farmacêutica no Estado, o TCEMG deliberou pelas recomendações⁵¹. Desde então, o TCEMG tem reiterado, anualmente, que a matéria deva continuar na agenda de discussão em busca de mecanismos que possibilitem a interface e a viabilização do diálogo entre o Poder Público, os usuários dos serviços e os demais envolvidos. Essa experiência institucional foi tão bem sucedida que fez parte do relatório “Pacto pela Boa Governança: o retrato do Brasil”⁵², para o compartilhamento de boas práticas, uma vez que é essencial uma atuação harmônica, coordenada, eficiente e articulada entre todos esses atores.

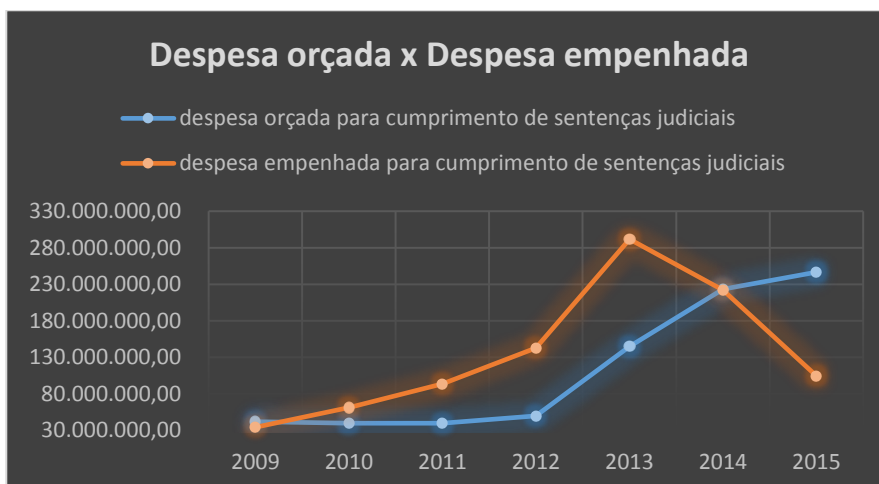
Assim, todas essas boas práticas foram essenciais para o aprimoramento da estrutura institucional que recebe esse tipo de demanda pela efetivação de direitos à saúde, permitindo que o diálogo institucional desse sua contribuição para a melhoria dos serviços públicos, em termos de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade. Como defendido no desenvolvimento teórico, por meio dessas medidas, foi possível ampliar a cognição do juízo, fornecendo-se mais subsídios técnicos e estatísticos aos juízes. Desse modo, a eles foi possível realizar melhor análise de custo-benefício, o que repercutiu na diminuição do impacto orçamentário da judicialização da saúde, conforme demonstram os dados a partir de 2013. Observe-se:

⁵⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERIAS. **Pacto pela boa governança**. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/532098>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

⁵¹ As medidas propostas foram as seguintes: atualizar o elenco de medicamentos de alto custo que consta da Relação Estadual, de modo a adequá-lo ao crescimento da demanda; acelerar a implantação das Farmácias Comunitárias, o que propiciará maior eficiência da execução do Programa Farmácia de Minas, inclusive com a implantação de novos indicadores de avaliação; atender plenamente às solicitações de medicamentos básicos, o que pressupõe maior disponibilidade de medicamentos no almoxarifado central da SES; completar a implantação do Sistema de Gerenciamento de Assistência Farmacêutica – SIGAF, especialmente das funções relativas à judicialização da assistência farmacêutica, visando a minimizar as perdas e auxiliar na regularização do desabastecimento; promover ações educativas e de conscientização – principalmente para gestores municipais –, visando o consumo racional de medicamentos pelos usuários; atuar junto aos conselhos de medicina, no sentido de conscientizar a categoria quanto à importância do uso racional de medicamentos e da política estadual de assistência farmacêutica; divulgar a importância da ajuda da população, por meio dos Conselhos de Saúde, no planejamento da política de saúde e na fiscalização da atuação do governo nesse quesito e promover ações que dêem impulso à mobilização e participação da comunidade pelos CMS; realizar estudos com a finalidade de diminuir o tempo médio dos pareceres dos processos para novos pacientes de medicamentos de alto custo. Pretende-se, com essa medida, atender os pacientes do alto custo de modo mais efetivo e diminuir o número de ações judiciais.

⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: **Pacto pela boa governança**. <<http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A448EBCE770148F6E6BD07085F&list.filters.categoria2.value=8A8182A448EBCE77014913E03A0248A9>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

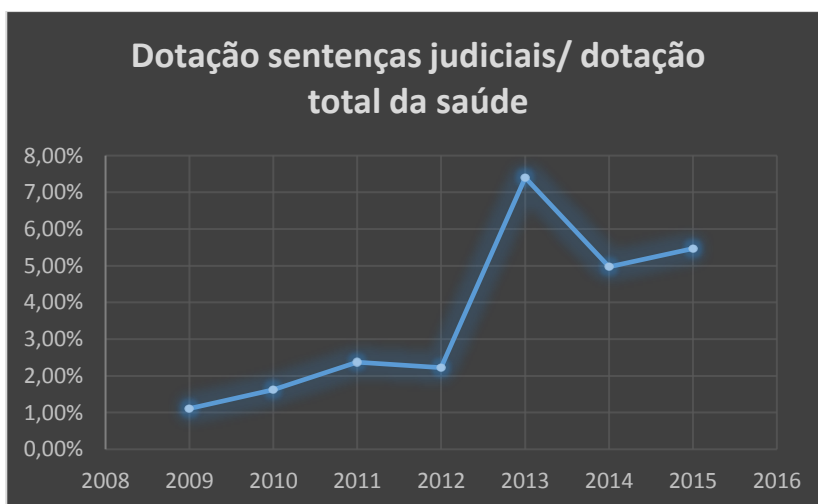
Gráfico 9 – Despesa orçada x despesa empenhada para cumprimento de sentenças
judiciais de 2009 a 2015



Fonte: Portal do Governo de Minas Gerais⁵³

A partir da queda do montante total empenhado para pagamento de despesas judiciais, foi possível que os gestores pudessem realocar melhor os gastos para os demais programas de trabalho, cujo custo de atendimento por paciente é muito menor do que o correspondente pela via da judicialização. A dotação inicial destinada ao pagamento de sentenças judiciais foi, portanto, reduzida:

Gráfico 10 – Dotação sentenças judiciais / dotação total da saúde de 2009 a 2015



Fonte: Portal do Governo de Minas Gerais⁵⁴

⁵³ PORTAL DO GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Transparência de Minas Gerais**. 2013. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/instrumentos-de-gestao/programacao-anual/Programacao-Anual-de-Saude-2012-%2011-04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁵⁴ PORTAL DO GOVERNO DE MINAS GERAIS. **Transparência de Minas Gerais**. 2013. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/instrumentos-de-gestao/programacao-anual/Programacao-Anual-de-Saude-2012-%2011-04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Note-se, ainda, que essa diminuição da judicialização da saúde em face de melhorias institucionais não ocorreu somente em Minas Gerais. Em São Paulo, reduziu-se em 90% o número de ações judiciais de saúde, com implementação de medidas como a parceria entre a Secretaria de Estado de São Paulo e a Defensoria Pública, que culminou na criação e implantação de um sistema informatizado para controle das ações que permite a identificação de demandas forjadas, como também a atualização da lista oficial do SUS e a criação de novos protocolos para tratamentos de diversas enfermidades e a criação de instância administrativa para fornecimento espontâneo de medicamentos não padronizados pelo SUS, considerando a condição de procedibilidade das ações por medicamentos⁵⁵.

Nesse passo, a análise empírica do caso de Minas Gerais atua no sentido das hipóteses estabelecidas pelo estudo, permitindo-se, em estudos futuros, a expansão dessa análise em termos econométricos.

CONCLUSÃO

Os desafios que envolvem a judicialização das políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais no Estado democrático de Direito demandam análises cuidadosas e adequadas. Tendo isso em vista, o presente estudo se propôs a demonstrar teórica e empiricamente que a ampliação das informações do juízo, por meio da implantação de mecanismos de diálogos institucionais, favorece o aprimoramento das políticas públicas e a diminuição dos gastos decorrentes da judicialização em demandas individuais, pela possibilidade de se proceder a uma mais acurada análise de custos e benefícios sociais, liberando recursos para a efetivação dos direitos de uma infinidade de indivíduos que se colocam em patamar de desigualdade com os demais.

Nesse sentido, os resultados da observação empírica corroboraram as premissas traçadas quanto à importância dos diálogos institucionais para a construção de decisões mais sensíveis às peculiaridades das políticas públicas, diante da soma das capacidades institucionais e da ampliação da cognição do juízo quanto a fatos e prognoses jurídicas, técnicas e estatísticas, propiciando análises de custo-benefício mais acuradas e até a diminuição da judicialização.

⁵⁵ Informações presentes no Parecer nº 886104 do TCEMG.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Em conclusão, sugere-se a implementação de mecanismos de diálogos institucionais nos procedimentos judiciais relativos a ações que envolvam políticas públicas. Além disso, é indispensável que, no momento de decidir acerca da efetivação de direitos fundamentais relacionados a essas políticas, o Poder Judiciário leve em conta os argumentos trazidos pelas demais instituições envolvidas, considerando a estruturação global da política vigente e analisando, por meio dessa, os custos e benefícios da efetivação das pretensões das partes.

Estudos futuros terão o papel de buscar correlações estatísticas generalizáveis para as demais instâncias federativas, com vistas a comprovar empiricamente a associação entre diálogos institucionais com a adequação das demandas judiciais envolvendo políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The storrs lectures: discovering the constitution. **Yale Law Journal**, v. 93, 1984.

ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 67-119, 2005.

BATEUP, Christine A. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. Nova York, Norton, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

FERREIRA, Débora Costa. Análise Jurídico-Econômica dos Limites à Intervenção do Judiciário em Políticas Públicas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. v. 8, p. 57-90, 2015.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS

FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-2014, abr. 2013.

FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. *In*: DANTAS, Bruno et al. (Org.). **O Exercício da Política**. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 2.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do Direito**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org). **O Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse**. Nova Iorque: The Free Press, 1991.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75-96

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdictional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 33-72.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MALISKA, Marcos. Educação, Constituição e Democracia. *In*: SOUZA NETO, C.P.; SARMENTO, D. **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 794-795.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000. p. 183-202.

MENDES, Marcos José. **Por que o Brasil cresce pouco?**: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS

MENEGUIN, F. B.; BUGARIN, M. S. **Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2014. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 05 nov. 2014.

PINHEIRO, Mariana Carvalho. **Núcleos de Assessoramento Técnico: estratégia à judicialização da saúde?** 2016. Monografia (Especialização em Gestão Pública). Brasília, junho 2016.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdiccional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS. **Planejamento**. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/sobre/planejamento#>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

SERRA, José. Um manifesto fiscalista. **O Estado de S. Paulo**. 08 out. 2015. Disponível em: <<http://www.joseserra.com.br/artigo-um-manifesto-fiscalista/>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

SILVA, Cecília de Almeida, *et. al.* **Diálogos Institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUSA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. *In*: SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). **How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking**. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <www.iadb.org>. Acesso em: 03 ago. 2016.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo, **Revista Direito FGV**, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Pacto pela boa governança**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A448EBCE770148F6E6BD07085F&list.filters.categoria2.value=8A8182A448EBCE77014913E03A0248A9>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERIAS. **Acórdão**. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/532098>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights: judicial review and social wealfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DÍALOGOS INSTITUCIONAIS E IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. Direitos sociais e campo jurídico : sujeitos de “direitos” e não de “necessidades”. *In*: XIMENES, Julia Maurmann (org). **Judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia**. Brasília: IDP, 2014. p. 81-100. Disponível em: <www.idp.edu.br>. Acesso em: 5 nov. 2014.

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). **O controle jurisdictional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.