



Instituto Brasiliense de Direito Público
Pós-Graduação em Direito Constitucional

Débora Costa Ferreira

**Judicialização das políticas públicas, a crise fiscal do Estado e a
teoria dos custos dos direitos**

**Brasília-DF
2016**

Instituto Brasiliense de Direito Público
Pós-Graduação em Direito Constitucional

Débora Costa Ferreira

**Judicialização das políticas públicas, a crise fiscal do Estado e a
teoria dos custos dos direitos**

Trabalho de Conclusão de Curso
de pós-graduação de Direito
Constitucional da Escola de
Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Julia
Maurmann Ximenes

**Brasília-DF
2016**

Agradeço à minha orientadora, Júlia Ximenes, por me dar a oportunidade de aprender com sua competência, seus admirável conhecimento jurídico, sua força, presteza e prontidão. Aos meus pais, por todo apoio que têm me dado até então.

RESUMO

No atual contexto de excesso de gastos governamentais, a judicialização das políticas públicas pode representar um fator de agravamento da situação das contas públicas, caso não haja a compreensão por parte dos magistrados do seu papel em todo esse processo. Portanto, o objetivo central do presente estudo é investigar a relação entre a judicialização das políticas públicas e a crise fiscal do Estado, sob a ótica da teoria dos custos dos direitos, enquanto o objetivo secundário é encontrar alternativas de como o Poder Judiciário deve reagir a demandas envolvendo políticas públicas, utilizando-se da análise de custo-benefício e das teorias dos diálogos institucionais. Adicionalmente, procede-se à uma análise empírica dos dados relativos ao impacto orçamentário da judicialização da saúde, que demonstra a progressiva pressão dos gastos com decisões judiciais sobre o orçamento público, exceto em casos em que os diálogos institucionais auxiliaram na introdução de estruturas mais eficientes para lidar com as demandas e mais propícias a ampliar a cognição do juízo para a análise de custo-benefício.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Judicialização. Políticas públicas. Crise fiscal. Teoria dos custos dos direitos. Análise de custo-benefício. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

In the current context of excessive government spending, the increase of litigation involving public policies may represent an aggravating factor in the situation of public accounts, if there is no understanding on the part of the Judiciary of its role in this whole process. Therefore, the main objective of this study is to investigate the relationship between the judicialization of public policies and the State's fiscal crisis from the perspective of the theory of the cost of rights, while the secondary objective is to find as alternatives how the Judiciary should react to claims involving public policy, using cost-benefit analysis and theories of institutional dialogues. In addition, proceeds to the empirical analysis of data on the budgetary impact of the judicialization of health, demonstrating the progressive pressure of spending on judicial decisions on the public budget, except in cases where the institutional dialogue helped in the introduction of more efficient structures to cope with the demands and more likely to increase the cognition of judgment for cost-benefit analysis.

KEYWORDS: *Constitutional Law. Legalization. Public policy. fiscal crisis. rights costs theory. cost-benefit analysis. Institutional dialogues.*

LISTA DE GRÁFICOS E FIGURAS

Gráfico 1 – Despesa Primária do Governo Central: 1997-2014 (% do PIB)

Gráfico 2 – Resultado Primário do Governo Federal

Gráfico 3 - Novos processos sobre judicialização da Saúde

Gráfico 4 - Número de decisões sobre judicialização da saúde

Gráfico 5 - Despesas com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais

Gráfico 6 - Despesas com Judicialização da Saúde

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

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

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

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

SUMÁRIO

Introdução	7
1. O Fenômeno da judicialização das políticas públicas e os fatores que desencadearam o seu surgimento	10
1.1. Fatores jurídicos e sociais.....	11
1.2. Fatores políticos e institucionais.....	13
2. A crise fiscal do Estado e a judicialização das políticas públicas	20
2.1. Democracia, desigualdade social e judicialização no Brasil	20
2.2. A teoria dos custos dos direitos	24
2.3. Análise de custo-benefício nas decisões judiciais envolvendo políticas públicas.....	27
2.4. Diálogos Institucionais e saídas para questões de judicialização de políticas públicas	30
3. Análise empírica da Judicialização da Saúde	33
3.1. Evolução dos Gastos com Judicialização das Políticas Públicas no Governo Federal.	33
3.2. Análise empírica dos dados da judicialização em Minas Gerais.....	38
Conclusão	44
Referências Bibliográficas	45

Introdução

Existe uma relação entre a judicialização das políticas públicas e a atual crise fiscal do Estado? Se existe, como a judicialização contribui para o agravamento dessa crise? E como o Poder Judiciário deve proceder na análise de demandas judiciais envolvendo políticas públicas de modo a evitar impactos negativos sobre o bem-estar social, ao afetar as políticas públicas vigentes e aumentar os gastos públicos? Tais são as questões que o presente estudo se propõe a analisar.

Inicialmente, cumpre apresentar o significado do termo “judicialização das políticas públicas”. Ele foi cunhado pelos doutrinadores para se referir ao fenômeno recente no qual o questões envolvendo a efetivação de direitos sociais passam a ser tratadas no âmbito do Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, responsáveis pela elaboração e implementação das políticas públicas (BARROSO, 2010). Não é um processo que ocorre exclusivamente no Brasil, mas afeta a maior parte das democracias constitucionais ao redor do mundo, por diversos fatores jurídicos, sociais, políticos e institucionais que serão apresentados na seção 1.

Em um país em que se combina alta desigualdade social com democracia, o Estado tende a trabalhar como uma central de distribuição de rendas e de regulamentação protetora para diversos grupos sociais além da sua capacidade arrecadatória, gerando progressivos déficits públicos que desembocam na atual crise econômica (MENDES, 2014). Nesse contexto, a judicialização das políticas públicas pode representar um fator de agravamento da situação das contas públicas, caso não haja a compreensão por parte dos magistrados do seu papel em todo esse processo.

Portanto, o objetivo central do presente estudo é investigar a relação entre a judicialização das políticas públicas e a crise fiscal do Estado, sob a ótica da teoria dos custos dos direitos. Já o objetivo secundário é encontrar alternativas de como o Poder Judiciário deve reagir a demandas envolvendo políticas públicas, utilizando-se da análise de custo-benefício e das teorias dos diálogos institucionais. Adicionalmente, procede-se à uma análise empírica dos dados relativos ao impacto orçamentário da judicialização da saúde no Governo Federal e no estado de Minas Gerais.

O estudo está estruturado em três capítulos. O primeiro traz um panorama do fenômeno da judicialização das políticas públicas, explicitando os principais fatores jurídicos, sociais,

políticos e institucionais que desencadearam a judicialização. O capítulo dois procede à análise teórica da relação entre a judicialização das políticas públicas e a crise fiscal do Estado, apresentando-se as teorias dos custos dos direitos e as dos diálogos institucionais, de modo a firmar a hipótese de que o impacto orçamentário da judicialização das políticas públicas pode ser reduzido por meio da análise de custo-benefício social das decisões e dos diálogos institucionais. Em seguida, o capítulo três realiza duas análises empíricas, restringindo o enfoque à judicialização das políticas públicas de saúde¹: (i) a investigação empírica acerca da relação entre judicialização e crise fiscal, por meio da explanação dos dados da Judicialização da Saúde no Governo Federal disponibilizados pela Advocacia Geral da União², e (ii) a observação da experiência institucional de Minas Gerais sob a ótica da hipótese traçada anteriormente, utilizando os dados do site da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e do Portal da Transparência dos estados de Minas Gerais entre 2009 e 2015.

Os resultados da análise dos dados do Governo Federal demonstram que houve nos últimos anos forte expansão das demandas judiciais envolvendo direitos à saúde, com expressiva preponderância de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, o que incentiva ainda mais o aumento da litigância, *coeteris paribus*³, nos anos seguintes, já que a probabilidade de êxito do demandante é maior. Explicitam também o crescimento exponencial dos gastos com pagamento de despesas judiciais, em que grande parte dessas demandas envolve concessão de medicamentos de alto custo, havendo, portanto, uma realocação de recursos no sentido do aumento da desigualdade social, porque que não houve a devida análise de custo-benefício nesses julgados ou porque a limitada cognição do processo individual prejudicou a consideração dos custos e benefícios como um todo. Enfim, restou clara a contribuição da judicialização das políticas públicas de saúde para os aumentos dos gastos públicos na área da saúde, sem o respectivo incremento de bem-estar social compatível com o gravame da medida.

Já os resultados da observação empírica dos dados de Minas Gerais corroboram as premissas 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 diminuição da judicialização. Todas boas práticas introduzidas entre 2012 e 2013 pela atuação conjunta

¹ Restringiu-se o enfoque à judicialização da saúde, porque é a área em que há maior quantidade de dados, permitindo maiores análises.

² Relatório produzido pela Advocacia Geral da União a respeito da “Intervenção Judicial na Saúde Pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais”.

³ Significa “tudo mais constante”.

da Secretaria de Estado da Saúde, do Tribunal de Contas, da Defensoria Pública, dentre outros atores, foram essenciais para o aprimoramento da estrutura institucional que recebe demandas 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.

Em conclusão, sugere-se que no momento de decidir acerca da efetivação de direitos fundamentais que influenciem políticas públicas, o Poder Judiciário deve levar em conta os custos e benefícios desses direitos, sob pena de incidir nos excessos de gastos públicos que se observa por ora. O exercício irresponsável da jurisdição nesse âmbito coloca em xeque a realização de uma infinidade de direitos objeto de políticas públicas, que são desconsiderados caso não se considerem os custos de implementação dos direitos e não se amplie a cognição do juízo.

Enfim, esta monografia inova no estado-das-artes ao lançar olhares sobre o fenômeno da judicialização das políticas públicas sob o enfoque pragmático e orçamentário, utilizando como base as teorias dos custos dos direitos e dos diálogos institucionais, além de análises empíricas.

1. O Fenômeno da judicialização das políticas públicas e os fatores que desencadearam o seu surgimento

O fenômeno da judicialização das políticas públicas é um fato inegável na realidade da maior parte dos Estados democráticos de Direito ao redor do mundo, a despeito de qualquer dos posicionamentos favoráveis ou contrários (SADEK, 2103). Observa-se atualmente 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 relocação do sistema de freios e contrapesos, superando-se o tradicional modelo de separação dos poderes (ACKERMAN, 2000, ZANETI, 2013).

Cunhou-se, para tanto, o termo de “judicialização das políticas públicas”, que, vale frisar, não se confunde com o “ativismo judicial”, qual seja, a escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição (BRANDÃO, 2012). Nas palavras de Lênio Streck (STRECK, 2013):

Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade. (STRECK, 2013)

Sobre a judicialização, Barroso (BARROSO, 2010) conceitua:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

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 (LEONEL, 2013; BUCCI, 1997).

Feitas tais conceituações, passa-se à análise dos fatores que desencadearam essa maior intervenção, que é fruto de uma conjunção de fatores históricos, políticos, culturais e jurídicos que se somam para realçar o papel político do Judiciário frente à sociedade e à ordem constitucional (ZUFELATO, 2013).

1.1. Fatores jurídicos e sociais

A judicialização das políticas públicas é um fenômeno sócio-jurídico de âmbito global⁴ (VALLINDER, TATE, 1995), surgido após a II Guerra Mundial, a partir da produção de constituições de grande 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. Sobre o tema, impende destacar que, segundo a teoria dos sistemas de Luhmann (LUHMANN, 1980), é a Constituição que, por meio da declaração dos direitos e garantias fundamentais e da estruturação do Estado, promove esse acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político, ou seja, a abertura cognitiva do Direito às questões políticas, mantendo ainda o seu fechamento operativo, segundo o código binário lícito-ilícito.

No Brasil, desenvolveu-se de forma mais robusta a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual, com seu caráter dirigente, ampliou significativamente o rol de direitos fundamentais – sobretudo sociais – exigíveis judicialmente e delegou maiores prerrogativas aos magistrados na sua efetivação, além de declarar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Toda essa concepção foi ratificada pela série de normas infraconstitucionais que sobrevieram, trazendo instrumentos processuais inovadores voltados a efetivar tais direitos fundamentais (WATANABE, 2010). Isso fez com que questões políticas encontrassem uma nova arena de discussão: o Poder Judiciário (ABRAMOVICH, 2006).

Por trás de tudo isso, está o processo de “juridicização das relações sociais”, consistente em uma maior presença do Direito nas relações entre os indivíduos, diante de um maior apelo pela efetivação de direitos fundamentais, vistos agora como direitos subjetivos de cada indivíduo (HABERMAS, 1984). Busca-se a tutela jurisdicional para resolver das mais simples questões privadas aos mais complexos imbróglis políticos.

Soma-se a isso o fato de que o uso de preceitos constitucionais para fundamentar a legitimidade de seus pleitos em juízo é uma prática cada vez mais arraigada na sociedade brasileira, demonstrando a força da teoria da eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2001).

⁴ Tendência mundial denominada de *judicial empowerment* (WOODS, HILBINK, 2009).

Por outro lado, verificou-se uma relevante alteração da visão dos magistrados sobre seu papel na sociedade ⁵, instalada pela revolução paradigmática dos ideais neoconstitucionalistas e pós-positivistas e pelo novo dilema do Poder Judiciário diante da constitucionalização dos direitos sociais (TEIXEIRA, 2012). Nesse contexto, estabelece-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 fundamentais (SARMENTO, 1011). Supera-se o modelo positivista de mera subsunção de regras de aplicação inarredável para incorporar aspectos de uma cidadania ampliada, em uma concordância prática com a realidade e a realização da uma justiça substancial, fazendo interpenetrar questões morais no campo do Direito (FELLET, PAULA, NOVELINO, 2011).

A presente questão tem como pano de fundo a discussão que se trava entre segurança jurídica e justiça social. Por um lado, é importante que as leis postas pelo Poder Legislativo sejam aplicadas pelos atores para preservar as expectativas de Direito e os direitos adquiridos nas relações sociais. Até porque a segurança jurídica também é direito fundamental dos indivíduos e deve ser resguardada. Por outro lado, o paradigma do neoconstitucionalismo – no qual estamos inseridos – não admite que essa aplicação seja “cega”, sem a consideração dos princípios que alicerçam o sistema jurídico ou de situações que se materializam em “injustiças” no caso concreto. Nesse sentido, seria papel dos atores sociais, sobretudo dos agentes jurídicos efetivar a justiça social.

Outra análise pode ser feita pela observação da estrutura de Estado. O Brasil vive o conflito entre experiências do Estado Liberal e a pretensão de implementação de aspectos do Estado Social. Dentro da atual lógica do Estado democrático de Direito, nosso sistema possui dificuldade de efetivação dos direitos sociais em face desse conflito e do fato de esses direitos não serem decorrência de um pacto social ou de uma gradual conquista (XIMENES, 2014).

Pode-se citar ainda como fatores jurídico-sociais que ensejaram a judicialização, segundo Ran Hirsch (HIRSCH, 2008), a proliferação de agências reguladoras; o aumento da complexidade e contingência das sociedades modernas; a proliferação de tribunais supranacionais; a delegação de poderes do Legislativo para o Judiciário; a expectativa quanto ao tempo de permanência no poder e uma maior atividade estatal.

⁵ 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.

Apresentados os fatores jurídicos e sociais que contribuíram para o surgimento da judicialização das políticas públicas, analisam-se os aspectos políticos e institucionais relevantes nesse processo.

1.2. Fatores políticos e institucionais

Não foram somente o Direito e o Poder Judiciário que se transformaram de modo a propiciar o surgimento da judicialização. Os Poderes Executivo e Legislativo e outras estruturas institucionais contribuíram sobremaneira para tal fenômeno, que hoje se expressa como característica marcante do Estado democrático de Direito instalado no Brasil. Questões institucionais do sistema político brasileiro e do federalismo são pontos importantes a serem discutidos.

Quanto à questão política, é possível citar como fatores que intensificaram a judicialização 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 (CANIVET, 2006); as práticas de corrupção e improbidade administrativa (GARAPON, 1999); 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 aqueles (GRIMM, 2006) e as nuances do presidencialismo de coalizão (GINSBURG, 2003). Todos eles incutem na mentalidade dos cidadãos o reconhecimento de que há falhas de representatividade eleitoral, não sendo essa capaz de atender aos seus anseios na efetivação de direitos, o que fortalece a tese de que a legitimidade democrática pode derivar não só do sistema eleitoral, mas também do comprometimento dos magistrados com a concretização dos seus direitos fundamentais, protegendo-os, no seu papel “contramajoritário”, dos arbítrios dos Poderes legitimamente eleitos.

O atual sistema político-partidário é marcado pelo que se convencionou chamar de “democracia de audiência”⁶, em que se retira do eleitor o princípio da distinção⁷, uma vez que

⁶ Na democracia de audiência, ocorre a sobreposição dos candidatos com relação aos partidos políticos, em razão da valorização de características individuais de liderança e carisma daqueles, que são construídas por imagens vagas nos veículos de comunicação. Esse fenômeno surgiu em virtude do incremento da comunicação política por intermédio de canais de rádio e televisão – e, mais recentemente, da internet –, conferindo maior destaque à individualidade dos candidatos do que às particularidades de sua plataforma política; além do aumento da complexidade da atividade política, que impede o conhecimento *ex ante* das preferências dos eleitores em todas as múltiplas questões a eles colocadas. Quando essa excessiva personificação se refere ao Presidente, dá-se o nome de “presidencialismo plebiscitário”.

⁷ Esse conceito baseia-se na crença, inclusive dos próprios fundadores dos governos representativos, de que os representantes eleitos devem ser socialmente superiores aos seus eleitores, ou seja, devem “situar-se em posição

os marqueteiros amoldam um tipo ideal do candidato, afastando a apresentação de suas reais características, o que parece aumentar o abismo entre representantes e representados e, em última instância, entre governo e sociedade. Com isso os eleitores tendem a votar de modo diferente de uma eleição para a outra – já que passam a responder a estímulos que surgem no curso dos processos eleitorais – no lugar de expressarem as suas reais preferências (MANIN, 1995), o que configura clara crise de representação política. Essa crise não é resolvida facilmente por uma reforma política, porque não há como neutralizar o referido princípio da distinção.

Sob outro enfoque, no decorrer dos mandatos da presidente Dilma Rousseff, a capacidade de estruturar as coalizões, segundo predições de Fernando Limongi e Argelina Figueiredo (1998), foi se reduzindo e as características autodestrutivas do presidencialismo de coalizão, narradas por Abranches⁸, vêm se sobressaindo. O alto grau de heterogeneidade ideológica e o fracionamento político-partidário decorrentes da proliferação de partidos, a alta propensão de conflitos de interesse em razão das clivagens sociais, a tradição presidencialista e proporcional, o insuficiente quadro institucional para resolução de conflitos somado à inexistência de mecanismos institucionais de destituição de governos ilegítimos são alguns dos fatores do atual sistema político-partidário que se conjugam para desencadear a atual crise (VICTOR, 2015).

Passa-se de um presidencialismo de coalização para o de cooptação (PESSÔA, 2015), em que as coalizões são formadas sem propósitos ideológicos, mas apenas para manter o poder. Os acordos firmados perdem ao longo do tempo seus objetivos de governabilidade, desdobrando-se em esquemas de corrupção como o “Mensalão” ou o “Petrolão”, que apenas garantem uma recompensa política em troca de apoio à base governista. O combate a mecanismos legais de cooptação de parlamentares, como as emendas individuais e a distribuição dos cargos no governo, apenas asseveram o uso de mecanismos ilegítimos, como a corrupção (MENDES, DIAS, 2014). A excessiva fragmentação político-partidária somente

mais elevada que a dos eleitores quanto à riqueza, talento e virtude” (MANIN, 2010⁷). Essa distinção é feita conscientemente por meio das barreiras colocadas pelo sistema eleitoral vigente, como a do poder econômico (restringindo quem pode votar e ser votado, pelo alto custo das campanhas, etc.). Desse modo, o ideal de plena representatividade de preferências dos eleitores cai por terra.

⁸ Sérgio Abranches (1988) acreditava que esse sistema estava fadado ao insucesso, por essa extrema dificuldade de formar maiorias estáveis. Em primeiro lugar, porque o comportamento irresponsável dos parlamentares geraria poucos incentivos para que eles cooperassem com o Presidente, assim como esse se isolaria do apoio do Parlamento, por crer no grande poder popular nele depositado. Em segundo lugar, a disciplina partidária não seria eficaz, já que a legislação eleitoral brasileira conteria fortes incentivos para o comportamento individualista dos parlamentares (maximização das suas chances de reeleição). Em terceiro lugar, uma coalizão partidária careceria da principal arma que garante seu funcionamento no parlamentarismo: a ameaça de dissolução. Enfim, haveria uma política de oposição cega, que relutaria muito em fazer qualquer coisa que poderia ajudar o governo a ser bem-sucedido.

torna mais custosa essa barganha, sobretudo em governos em que não se desenvolvem atitudes de liderança suficientes para centralizar esforços em prol de objetivos nacionais.

Portanto, observa-se que não há solução simples e milagrosa para a crise de representatividade instalada no sistema político-partidário brasileiro, sendo necessárias profundas reflexões e cooperação entre os atores políticos envolvidos para retomar sua natural legitimidade. Enquanto isso não acontece, a reforma política é feita marginalmente para perpetuar interesses eleitorais dos seus autores e o sentimento de conexão dos cidadãos com seus representantes diminui cada vez mais, instalando um vácuo representativo que, como não é ocupado pelas instituições legítimas, passa a ser alvo de outros Poderes: o Poder Judiciário.

A expansão da atuação do Poder Judiciário sobre questões políticas – a judicialização da política – é um processo que vem ocorrendo de forma notavelmente forte no Brasil, em razão, sobretudo de todo esse contexto narrado até agora. No ponto das políticas públicas, a conclusão não é diferente: a visão de ineficiência do Legislativo e do Executivo em elaborar e implementar políticas públicas se traduz na busca de outras instituições para suprir essas imperfeições (GRIMM, 2006).

Não se pode olvidar, complementarmente, que o amplo acesso à informação da sociedade atual permite a ela tomar maior consciência dessa incongruência de representação política, gerando uma tensão acumulada e a transferência do poder de decisão política para outras instâncias, que inevitavelmente incorporam parte dessa ineficiência, até porque não são foro adequado para realizar essas escolhas e nem possuem ferramentais equivalentes para acomodar essas demandas.

Percebe-se então que não somente os políticos mas a sociedade também passa a ver o Judiciário como uma arena política vantajosa⁹ para a disputa de interesses que muitas vezes não tinham espaço no Parlamento, uma vez que, independentemente da força política das partes, ambas são ouvidas igualitariamente em juízo, dando voz a atores e organizações da sociedade civil muitas vezes sufocados pela regra da maioria. Assim, grupos minoritários podem a ser considerados, mesmo que marginalmente, na elaboração das políticas (MILL, 1998).

Desse modo, enquanto o Judiciário procura ser mais eficiente¹⁰ e realoca seu espaço diante dos outros Poderes, suas oportunidades e a factibilidade de decidir contra as

9 De acordo com a teoria do *venue-seeking*, grupos de interesse procuram a arena institucional que mais lhes convém. Judiciário é atrativo pela sua capacidade de impor decisões.

10 Grande tem sido a quantidade de estudos no sentido de combater a morosidade do Judiciário. Tornando o Judiciário mais eficiente, capaz de responder às demandas jurisdicionais da sociedade, ele terá mais credibilidade e terá espaço e disposição para desempenhar corretamente seus papéis nas políticas públicas.

preferências desses aumentam (graças a mecanismos de freios e contrapesos), o que 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 judicial (SOUSA, 2010).

O Judiciário passa a ser percebido como o salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar como substitutivo do Estado, aos partidos, às associações, à família, à religião. Nisto há o enfraquecimento da cidadania ativa, a do cidadão, sucedendo uma versão judiciária, o sujeito de direitos, uma forma de cidadania clientelista, que prefere o pleito judicial à mobilização popular (GARAPON, 2001). O sistema político vigente, como reflexo da sociedade, não poderia deixar de incorporar essa prática, utilizando o Poder Judiciário inclusive para a realização de sua agenda política.

Sendo a judicialização um fenômeno contingencial (STRECK, 2013), não há que se falar no seu surgimento como um movimento encabeçado pelo próprio Judiciário. Diante da inafastabilidade de jurisdição, os magistrados apenas respondem às demandas que lhes são propostas. Conseqüentemente, a proporção dessa atuação se deverá, em grande medida, aos padrões das negociações políticas e do nível de recorribilidade dos perdedores do jogo político nas instâncias judiciárias (TAYLOR, 2007) e das demandas individuais. De todo modo, a forma como eles respondem pode desencadear maiores demandas futuras, devendo-se, pois, atuar com cautela, abstendo-se de substituir os juízos conveniência e oportunidade dos outros Poderes.

De qualquer forma, é indispensável que o Judiciário seja incorporado à análise dos processos decisórios políticos, sob pena de esses serem incorretamente interpretados, ignorando os perdedores do âmbito político que recorrem às instâncias judiciais.

Quanto ao enfoque institucional, a divisão vertical e horizontal do poder político gera maior fracionamento em seu exercício, decorrendo daí os conflitos de atribuições entre entes federativos e departamentos estatais, resolvidos também pelo Poder Judiciário. Para concluir a seção de contextualização institucional do surgimento da judicialização, destaca-se a atual configuração insatisfatória das políticas públicas sob a perspectiva do sistema federalista brasileiro.

Abrúcio e Franzese (ABRÚCIO, FRANZESE, 2009) defendem que a Constituição de 1988 ampliou o processo de descentralização federativa, tanto em termos financeiros quanto políticos e criou um modelo predatório e não-cooperativo de relações intergovernamentais, sem solidariedade e confiança federativa, ao mesmo tempo em que expandiu o rol de direitos sociais exigíveis do Estado.

Dentre as explicações para tais características, pode-se citar que grande parte das políticas públicas sociais foram contempladas entre as competências comuns, em que a Constituição autoriza, mas não obriga a sua implementação por todos os entes federados. Essa indefinição de como deve ocorrer a cooperação entre os entes gera tanto a superposição de ações como a inexistência de atuação em algumas áreas. Não há nenhuma garantia intrínseca à autonomia dos governos locais que os torne responsáveis, comprometidos com as necessidades dos cidadãos e determinados a administrar com eficiência (CURY, 2002).

Por tais motivos, a sociedade vem se sentindo a insatisfeita diante da não concretização dos seus direitos e busca a cada vez mais no Poder Judiciário um caminho para pleiteá-los. Com parcimônia, o magistrado deve ter o cuidado de reconhecer os entraves dessa estrutura e os esforços feitos pelo governo em busca de soluções dentro de uma complexa estrutura institucional relacionada à produção de uma política pública. Desconsiderar essa complexidade significa anular inúmeras fases de discussão e planejamento feitas com o objetivo de acomodar os diferentes interesses e direitos dentro das restrições orçamentárias, colocando no lugar uma decisão que, na maioria das vezes, não tem o alcance dialógico do *status quo* anterior.

Todavia, é importante que, sempre que existam falhas somente percebidas por um agente externo ao âmbito de produção da política pública (como pagamentos em duplicidade por diferentes entes ou ausência de atuação por qualquer um deles), haja aprimoramento dessas, tanto pelo Judiciário quanto por órgãos de controle externo, preferencialmente por meio de um tom dialógico, mas se atentando inarredavelmente à análise judicial de custo-benefício social da decisão e buscando maior nível possível de cognição por meio do processo.

Diante de todos esses aspectos, o aplicador do Direito passou a se confrontar com demandas de concretização desses direitos sociais previstos na Constituição e singularmente tuteláveis. De todo modo, para resolver essas questões, ele normalmente vem afastando qualquer restrição imposta pela separação dos poderes e pela disponibilidade orçamentária, asseverando a essencialidade dos direitos sociais e o papel do Judiciário como efetivador desses direitos (DINIZ, MACHADO, PENALVA, 2014).

Esse processo leva inexoravelmente a uma maior efetivação de direitos, que talvez não seriam concretizados sem a provocação dos diferentes atores. Contudo, se levado ao extremo, ele pode incorrer em riscos bastante alarmantes para o Estado Democrático de Direito e para o próprio fenômeno da judicialização das políticas públicas. Isso porque o deslocamento da competência de realização de direitos e de efetivação das políticas públicas das originais

instituições democráticas para outras (sem legitimidade democrática direta – voto) enfraquece a *accountability* social¹¹ e pode levar a uma concentração de poderes sem o respectivo contrapeso institucional, desequilibrando a harmonia entre os Poderes, além de poder afetar de forma maléfica o planejamento orçamentário se não as questões judicializadas não forem visualizadas de forma ampla (PRATES, 2015).

Melhor explicando, as questões de políticas públicas devem ser tratadas de forma agregada porque se tratam que uma alocação de recursos escassos em favor de inúmeros indivíduos e grupos de interesse (GRINOVER, 2013; WATANABE, 2013). Na arena política, as diversas demandas são ouvidas e processadas de acordo com os mecanismos democráticos postos pelo nosso sistema, consubstanciando-se em políticas públicas de explicitam as prioridades e decisões advindas desse legítimo processo. Essa lógica opõe-se à forma como tais casos são tratados pelos atores jurídicos, que trabalha com a chamada “política dos direitos”, que, por vezes, não é capaz de vislumbrar as consequências macro da resolução de casos concretos *inter partes* (ABRAMOVICH, 2006).

A respeito dessa premente inadequação, Peter Häberle (1997) sugere que a jurisdição abra seus canais de comunicação, possibilitando que a sociedade tenha voz na interpretação da Constituição, por meio da democratização dos procedimentos, como com as audiências públicas e da participação dos *amicus curiae*, uma vez que todos os que vivem a Constituição devem ter direito a participar de sua interpretação. Se a análise judicial não tiver uma visão ampla dos impactos de suas decisões, ineficiências provavelmente surgirão¹². De todo modo, ocorre ainda parte da inarredável transferência da ineficiência dos Poderes legitimados para o Judiciário.

Não se nega a maior sensibilidade política e capacidade técnica do Legislativo e do Executivo para fazer diagnósticos e encontrar meios de aprimoramento das políticas públicas, pelo processo de tentativa e erro inerente ao ambiente democrático. Contudo, situações “atípicas”¹³ (WALDRON, 2006), como a descrita acima, podem requerer a intervenção judicial para normalizá-las, mas essa deve se dar de forma consciente, cautelosa e ponderada, analisando-se sempre os custos e benefícios sociais envolvidos na intervenção.

¹¹ *Accountability* social pode ser entendido como a capacidade do sistema político de prestar contas de suas promessas aos cidadãos. Envolve responsividade do governante e dever desse de prestar conta à sociedade.

¹² Tramita o Projeto de Lei nº 8058/2014 no Congresso Nacional, que propõe procedimentos que ampliam a cognição dos magistrados nos processos envolvendo políticas públicas e facilitam o alcance de consensos entre as decisões, para promover decisões mais bem fundamentadas e maior segurança jurídica (FERREIRA, 2015b¹²).

¹³ Situações essas em que não se encontram presentes os seguintes componentes: instituições democráticas e judiciais não representativas em bom funcionamento; compromisso da maioria da sociedade com a ideia de direitos e um desacordo de boa-fé sobre direitos.

Portanto, exige-se que o Poder Judiciário, quando deparado com situações de inarredável decisão envolvendo políticas públicas, reaja a essas demandas de forma adequada, com vistas a alcançar um maior nível de bem-estar social por meio de sua intervenção, munindo-se de instrumentos processuais mais hábeis possíveis de propiciar amplo conhecimento das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso a ser julgado. Não menos importante é o papel dos juízes em promover um ambiente de segurança jurídica e de propícia acomodação política democrática sugerida anteriormente.

2. A crise fiscal do Estado e a judicialização das políticas públicas

Todas as questões apresentadas no capítulo anterior conjugam-se para explicar o surgimento da judicialização das políticas públicas, a qual possui escusa relação com a atual crise fiscal do Estado. Tal relação será a seguir analisada, dentro da lógica da teoria dos custos dos direitos.

2.1. Democracia, desigualdade social e judicialização no Brasil

Antes de adentrar na discussão empírica a respeito da relação entre a judicialização das políticas públicas e a atual crise fiscal do Estado, cumpre-se investigar as razões mais profundas que determinam o contexto político e econômico no qual o Brasil se encontra. A crise política e econômica, que desembocam na crise de representatividade e na judicialização, têm raízes muito mais profundas e entrelaçadas do que se imagina.

A linha condutora do presente estudo trabalha com a teoria desenvolvida pelo economista Marcos Mendes (MENDES, 2014). Ele defende que a combinação entre alta desigualdade social e democracia é um dos maiores determinantes do baixo crescimento observado no Brasil. Em um ambiente democrático e pluralístico como o pós-Constituição de 1988, o alcance de consensos é extremamente raro. Para conter esse desacordo social, o Estado vem oferecendo políticas públicas que favorecem alguns grupos sociais em detrimento de uma melhor e mais eficiente provisão de recursos públicos, em uma distribuição dissipativa¹⁴.

O contexto que antecedeu a redemocratização caracteriza-se por ser um regime político fechado com restrito acesso ao voto; forte participação do Estado na economia, sobretudo por meio das empresas estatais; pouca abertura para o comércio internacional; aprofundamento do modelo de substituição de importações; pouquíssima assistência governamental aos pobres e insuficiente investimento na educação fundamental para as classes mais baixas. Desse modo, com a transição para um sistema político democrático, as demandas sociais reprimidas das classes mais baixas tiveram de ser atendidas, por representarem grande fonte de votos, ainda mais, diante da infinidade de direitos assegurados na Constituição de 1988 (MENDES, 2014).

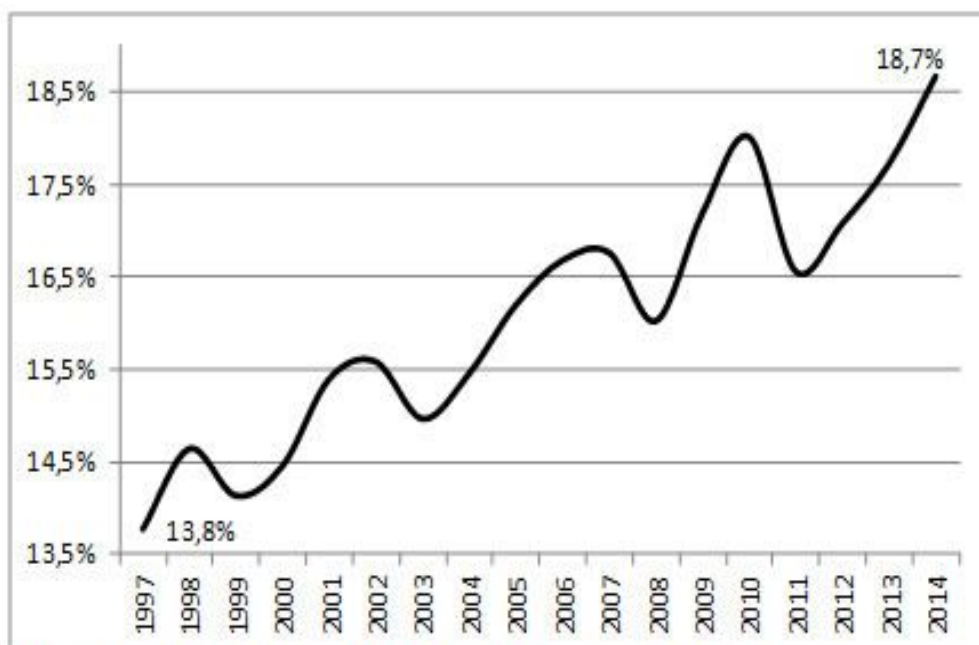
¹⁴ Trata-se do termo cunhado por Alston *et al.* (2012) refere-se a uma distribuição de renda aos mais pobres que implica em uma dissipação de recursos pela ineficiência do conflito distributivo e pela apropriação de recursos públicos por parte de grupos de renda alta e média, ou seja, *rent-seeking*.

Ao mesmo tempo, os grupos de alta renda preservaram seus privilégios e políticas públicas destinadas especificamente a eles, em razão de sua influência sobre o poder político-econômico e da garantia de estabilidade social buscada pelo Estado. Sem contar com o crescente poder da classe média, organizando-se em grupos de interesse corporativistas, de extrair rendas do setor público e aprovar políticas destinadas a ela (MENDES, 2014).

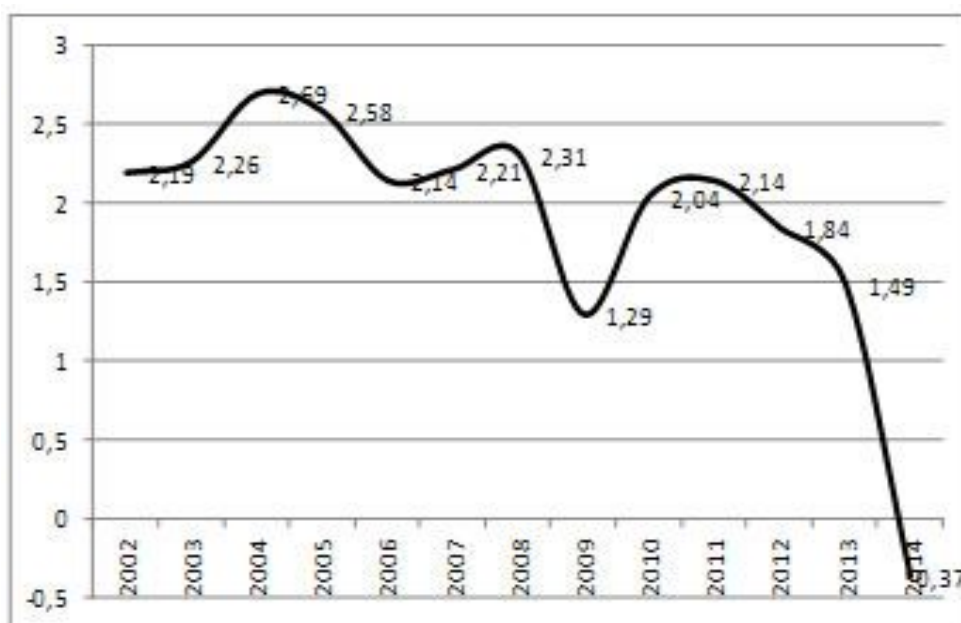
Trazendo exemplos práticos, o Senador José Serra, em participação no XVIII Congresso Internacional de Direito Constitucional e em alguns artigos (SERRA, 2015), denominou de Frente Única Contra o Estado (FUCE) o movimento envolto no processo de produção da Constituição Federal de 1988, em que houve uma 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 trabalha como que uma central de distribuição de rendas e de regulamentação protetora para diversos grupos sociais além da sua capacidade arrecadatória, o que gera um déficit público ascendente e crônico, que alcança nos dias atuais seu ponto de colapso, fazendo ruir as bases dos sistemas político e econômico vigentes (MENDES, 2014).

Nos últimos anos, a maior infiltração de práticas patrimonialistas, fazendo o uso da máquina pública e o não enfrentamento dos interesses ou definição de prioridades agravaram a situação. Assim, sem crescimento econômico não há como redistribuir recursos (ou efetivar certos direitos sociais), o que desregula o tênue equilíbrio entre as diversas demandas concorrentes, além de impossibilitar a concretização dos direitos fundamentais de mais cidadãos. Apesar de ser esporadicamente incovado no Supremo Tribunal Federal, o princípio da proibição do retrocesso vem sendo claramente desrespeitado, com limitações representativas aos programas sociais vigentes em face da crise fiscal. Observe-se os gráficos da evolução das despesas primárias e a do resultado primário do Governo Federal:

Gráfico 1 – Despesa Primária do Governo Central: 1997-2014 (% do PIB)

Fonte: STN – Resultado Fiscal do Governo Central – Série Histórica.

Gráfico 2 – Resultado Primário do Governo Federal

Fonte: Bacen.

É preciso, contudo, destacar que o baixo crescimento não decorre somente do aumento dos gastos públicos, mas esse é um dos seus principais determinantes. Apontam-se, outros

fatores, entre eles: a trajetória crescente das despesas correntes primárias (pessoal, previdência, transferências, de custeio); a carga tributária elevada e ineficiente (que desestimula o investimento em novas tecnologias, distorce preços relativos e gera má alocação de recursos); a poupança pública negativa (sem disponibilidade para investir); as altas taxas de juros (para conter a inflação gerada pelo alto gasto público, aumentando o montante de juros devidos pela dívida pública); os gargalos em infraestrutura; do crescimento do salário mínimo muito acima da produtividade do trabalho; o fechamento ao comércio internacional; o grande número de empresas pequenas, informais e improdutivas; o atraso educacional e, o que mais importa para a presente análise, a incerteza jurídica e baixa proteção aos direitos de propriedade (MENDES, 2014).

Como parte do Estado, o Poder Judiciário, assim como outras instituições jurídicas¹⁵, é influenciado pelo compartilhamento geral do entendimento acerca do papel do Estado como central de distribuição de benefícios, rendas e direitos, incorporando esse papel, por meio da judicialização, que, a depender do modo em que se dá, pode agravar a situação das contas públicas, que já é delicada. Portanto, há uma íntima relação entre a atuação do Estado e a dos magistrados, em suas respectivas atribuições democráticas.

Como exemplo, observa-se que, a partir de 2006, houve o afrouxamento dos compromissos com as políticas fiscais e monetárias, demonstrado pelo elevado crescimento dos gastos públicos, pela concessão de crédito pelo BNDES, pela diminuição das taxas de juros e valorização do câmbio, resultando no aumento significativo da demanda agregada e, como não acompanhada pelo incremento de oferta agregada, no distanciamento dos índices de inflação com relação às suas metas¹⁶. Desde então, a política clara do governo tem sido distribuir renda para estimular a demanda agregada, como por meio de programas de transferência de renda (Bolsa Família) e da produção de mais políticas destinadas a beneficiar as classes alta e média (créditos concedidos pelo BNDES a empresas com maior influência política, ciências sem fronteiras, vantagens e aumentos de remuneração para servidores públicos, inchaço de ministérios com cargos comissionados, atendimento de pleitos de entidades de classe corporativistas).

Em face a essa conjectura e aos fatores sociojurídicos apresentados anteriormente – sobretudo, aos paradigmas do neoconstitucionalismo e do Estado Social –, muitos cidadãos passaram a acreditar que o Estado deveria custear infinitamente os benefícios de todos os

¹⁵ Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, associações, etc.

¹⁶ Esse descontrole fiscal transmuta-se na ineficácia da política monetária (aumento da taxa de juros) em controlar a inflação, no cenário da chamada dominância fiscal.

setores da sociedade, efetivando direitos fundamentais, sem o devido cuidado com as disponibilidades orçamentárias, a capacidade arrecadatória e os aspectos técnicos. Os magistrados, como partes integrantes da sociedade, internalizaram essa mensagem, entendendo que seu papel havia se ampliado no sentido de ser o agente efetivador das normas constitucionais, diretamente incidentes sobre as relações entre particulares e perante o Estado.

O efeito de tudo isso era esperado: aumento desmesurado do déficit público e agravamento da crise econômica e, em seguida, política. Isso porque, nesse contexto de excesso de gastos governamentais, a judicialização pode representar um fator de agravamento da situação das contas públicas, caso não haja a compreensão por parte dos magistrados do seu papel em todo esse processo. A tese aqui proposta é a de que a concessão indiscriminada de direitos por meio de demandas individuais (ou até de coletivas) é fruto da limitada cognição do sistema jurídico vigente (CORTEZ, 2013) e da falta de análise de custo-benefício (GALDINO, 2005), como melhor se especificará nas subseções seguintes.

Em busca da racionalização desse fenômeno, a teoria dos custos dos direitos é trazida à baila como ferramental metodológico para a decisão judicial em temas de políticas públicas no contexto de escassez de recursos públicos.

2.2. A teoria dos custos dos direitos

Os estudos jurídicos são muitas vezes criticados pelo seu distanciamento da realidade com relação às suas teorias. A realidade não deve ser ignorada pelas análises jurídicas, ainda que sob a ótica mais radical do juspositivismo, sob pena de se criar uma verdadeira “esquizofrenia jurídica” (SIMONSEN, 1973), a qual dificulta que se imponha força normativa de transformação social às normas jurídicas (HESSE, 1991). Se essa aproximação não é feita, outras ciências passam a absorver as funções que o Direito não resolve e sua relevância social fica diminuída, constituindo mero instrumento de retórica. Nesse contexto, a presente análise busca travar um contato mais próximo com a realidade, por meio do enfoque nos custos dos direitos, utilizando-se de ferramentais da Análise Econômica do Direito.

A teoria dos custos dos direitos foi inicialmente desenvolvida por Cass Sustein e Stephen Holmes em seu livro *The cost of rights* (1999) e posteriormente apresentada à doutrina brasileira por Flávio Galdino (2005) com a conclusão de que “direitos não nascem em árvores”. Trata-se de uma verdadeira resignificação do conceito de direito subjetivo fundamental para torná-lo operacional na prática, por meio da incorporação da análise de custo-benefício.

No ambiente jurídico, a efetivação dos direitos positivos (que requerem prestações estatais) passou por uma evolução que chega hoje na teoria dos custos dos direitos. Inicialmente, o modelo teórico da indiferença simplesmente ignorava os custos dos direitos na sua efetivação (BARBOSA, 1978). No modelo teórico seguinte – teoria do reconhecimento –, passou-se a reconhecer os direitos sociais sem, no entanto, considerá-los exigíveis. Já na teoria da utopia, a crítica ideológica e a crença em ilimitadas despesas igualaram direitos negativos e positivos, desprezando mais uma vez os custos desses (BARBOSA, 1978).

Em seguida, surgiu modelo mais consistente, qual seja, a teoria da verificação da limitação dos recursos, que elevou a análise do custo do direito a patamar de essencialidade, mas como uma limitação externa à sua efetivação, no que Ricardo Lobo Torres chamou de “Estado Social Fiscal” (TORRES, 1995). Desse modo, as condições de efetividade da prestação relativa ao direito seriam extrínsecas ao conceito de direito fundamental. Galdino comenta:

Assim sendo, a realidade finalmente projeta raios de luz sobre o antes hermeticamente fechado pensamento jurídico e seu produto, “o mundo jurídico”. O operador jurídico, ainda sem conseguir incluir na medida necessária a realidade em seu espectro de consideração passa a ter em conta ao menos as impossibilidades materiais das prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações estejam expressamente previstos no texto constitucional e, nesta realidade, sejam objeto de reconhecimento em sede jurisdicional (GALDINO, 2005, p. 191).

Contudo, custos não devem ser encarados como meros óbices à realização dos direitos fundamentais, isso porque a frustração da sua efetivação decorre de uma opção política e não de uma suposta exaustão orçamentária. Se os custos forem compreendidos como obstáculo, incentivar-se-ia a incorreta interpretação de que há direito subjetivo “desprotegido”, passível de proteção judicial, como fazem os magistrados quando intervêm em políticas públicas, por meio da teoria horizontal imediata. Devem, portanto, os custos serem entendidos como meios de sua concretização.

Chegando à teoria dos custos dos direitos, estabelece-se uma relação entre custo de implementação de um direito e a sua significação social, permitindo uma análise comparativa entre diversos direitos no momento de sua efetivação. Importante frisar 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”¹⁷ em meio a recursos escassos (GALDINO, 2005, p. 200).

Apresenta-se o “conceito pragmático de direito subjetivo” (GALDINO, 2005), no qual se inclui a perspectiva dos seus custos. Impõe-se prévia análise de custo-benefício para haver melhor compreensão das consequências das escolhas públicas. Por isso, a metodologia analítica econômica – com seus conceitos de recursos escassos, *trade off*¹⁸, custo de oportunidade¹⁹ e eficiência no sentido de Pareto²⁰ – possibilita que o Direito atue como instrumento de transformação social (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999) e que a atividade jurisdicional não cometa excessos ou desconsidere opções sociais feitas pelos órgãos legitimados, demonstrando uma opção ideológica encoberta pela ignorância (SUSTEIN, HOLMES, 1999).

Ressalte-se previamente, por oportuno, (...) que isto não significa transformar a atividade jurídica em um máquina insensível operada por economistas. Sem embargo, (...) a análise de custos e benefícios é de fundamental importância para a atividade jurídica dos direitos. (GALDINO, 2005, P. 210)

Segundo Galdino (GALDINO, 2005), 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, motivo pelo qual é necessário ponderar adequadamente os custos dos direitos para realizar a escolha mais eficiente, justa e adequada.

Assim, 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 já vigentes, prejudicando a coletividade como um todo. A judicialização deve transcender o estágio de concessão de direitos por mera previsão na Constituição, sem, por outro lado, retirar sua força normativa

¹⁷ Expressão criada por Calabresi e Bobbit (CALABRESI, BOBIT, 1978) para se referir às escolhas que devem ser feitas em situações de escassez de recursos.

¹⁸ *Trade-off* ou *tradeoff* é uma expressão em inglês que significa o ato de escolher uma coisa em detrimento de outra e muitas vezes é traduzida como “perde-e-ganha”.

¹⁹ O custo de oportunidade é um termo usado em economia para indicar o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada, ou seja, o custo, até mesmo social, causado pela renúncia do ente econômico, bem como os benefícios que poderiam ser obtidos a partir desta oportunidade renunciada ou, ainda, a mais alta renda gerada em alguma aplicação alternativa.

²⁰ Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico.

(HESSE, 1991), visto que a reserva do possível, se bem fundamentada, é um limite interno ao direito, que deve ser respeitado.

Trata-se de um redimensionamento da extensão da proteção dos direitos, com base nas condições fáticas de sua implementação, uma vez que os direitos não são considerados absolutos e podem sofrer restrições frente à incidência de outros princípios e direitos fundamentais. Até porque a promessa dos direitos absolutos, além de criar expectativas irrealizáveis, promove o exercício irresponsável e muitas vezes abusivo dos direitos (GLENDON, 1991). Aproxima-se, assim, da teoria interna de Peter Häberle (HÄBERLE, 2003). Nesta feita,

A existência de um determinado direito fundamental depende das possibilidades financeiras para realizá-lo em determinado momento e da justificação em termos de custo-benefício. (GALDINO, 2005, p. 342)

O fato é que embora os custos não sejam o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, eles não podem ser desconsiderados na discussão acerca dos direitos fundamentais, porque tornam mais legítimo o processo democrático ao assegurar a geração de escolhas públicas mais bem fundamentadas, refletidas e responsáveis. No momento em que o intérprete realiza os processos de ponderação, deve ele analisar também os custos e benefícios envolvidos, otimizando a atividade jurisdicional e tornando o Direito “um caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes” (GALDINO, 2005, p. 346).

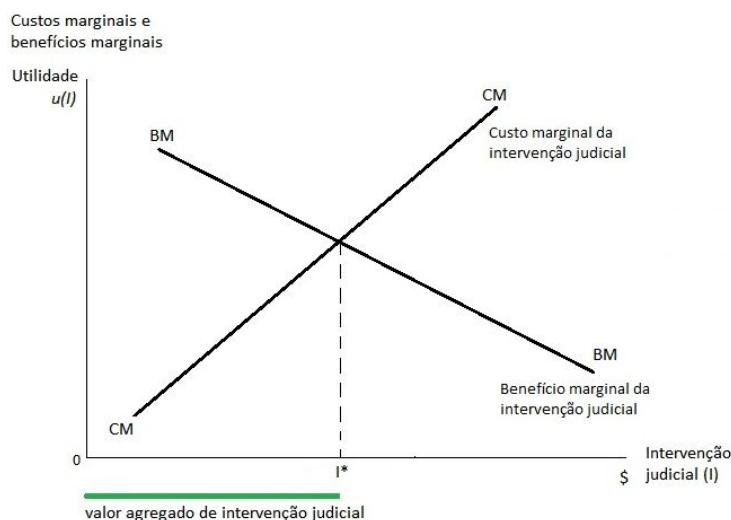
Nesses sentido, Milton Friedman (FRIEDMAN, 1975), com sua célebre frase “não existe almoço grátis”, apenas enuncia que direitos sempre implicam em deveres e, conseqüentemente, em custos, razão por que se deve promover a conscientização dos indivíduos para a responsabilidade no exercício dos direitos. A coisa pública, por ser de todos, não deve ser considerada, por tal motivo, de ninguém, dispensando-se a análise dos custos, uma vez que esses não seriam propriamente seus.

2.3. Análise de custo-benefício nas decisões judiciais envolvendo políticas públicas

Em estudo anterior (FERREIRA, 2015), 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 judicial seria o ponto em que o benefício marginal dessa decisão compensasse o seu custo marginal (MENEGUIN, 2014).

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



Fonte: MENEGUIN, 2014

Portanto, o estabelecimento de limites à atuação judicial envolvendo políticas públicas deve se pautar pela análise de custo-benefício social, como decorrência da aplicação da teoria dos custos dos direitos. Tais parâmetros, aliás, devem ser mais facilmente identificados por meio dos instrumentos processuais postos ao dispor da sociedade, voltados a ampliar os canais de comunicação, possibilitando que a sociedade tenha voz na interpretação da Constituição, por meio da democratização dos procedimentos (HÄBERLE, 1997). Assim, se a análise judicial não tiver uma visão ampla dos impactos de suas decisões, ineficiências provavelmente surgirão. Ou melhor, quanto mais amplos os instrumentos processuais disponíveis para a aferição dos custos e benefícios envolvidos no provimento judicial, mais precisa e acertada será a decisão judicial. Sobre a questão da cognição das questões envolvendo direitos fundamentais e escolhas públicas:

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. (GALDINO, 2004, p. 343)

Nada mais determinante do que o interesse coletivo, aqui medido em termos de bem-estar, para orientar a fixação de parâmetros claros para tal atuação. Na Inglaterra, inclusive procede-se a uma análise de custo-benefício e técnica antes de se conceder judicialmente medicamentos.

Nesse sentido, vale destacar:

Uma política pública (uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, um plano de estabilização monetária) não pode ser compreendida senão em referência plurilateral, e às disputas em torno de um bem comum, que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação social. Neste sentido chegam ao Judiciário como fórum de discussão pública, questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver. (LOPES, 2006, p. 128).

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.

Concebe-se a técnica da proporcionalidade como aquela ensejadora de uma maior flexibilidade e abertura para a calibragem em função do desempenho do legislador, de modo a racionalizar o exame sobre a validade de restrições aos direitos fundamentais, ao se verificar se os fins buscados se compatibilizam com os meios utilizados e os propósitos constitucionais (ALEXY, 2005; STONE-SWEET, 2008; MATHEWS, 2008).

Por outro lado, situações de excepcional preponderância de benefícios sociais são aptas a gerar intervenção, como, por exemplo, quando o direito fundamental cuja proteção se pleiteia judicialmente não esteja contemplado em nenhuma das políticas públicas existentes no planejamento orçamentário; quando o direito fundamental cuja proteção se pleiteia judicialmente não esteja contemplado em nenhuma das políticas públicas existentes no planejamento orçamentário; em casos de reavaliação diante de situações emergenciais (CORTEZ, 2010); de descumprimento das leis e decisões coletivas que estabelecem políticas públicas ou para preservar a isonomia (material) entre os destinatários.

Há que se atentar também se a demanda requer a efetivação de um direito posto ou o acesso ao direito que foi estabelecido pela via judicial. Nesse segundo caso, critica-se que os indivíduos demandam porque vislumbram uma possibilidade de ganhar e não porque

realmente acreditam na subjetividade do seu direito. As pessoas buscam um caminho mais efetivo para a concretização do seu direito (ABRAMOVICH, 2006; XIMENES, 2014). Enquanto elas vislumbrarem no Poder Judiciário essa arena mais vantajosa (com menor custo com relação às vias legítimas), a judicialização só crescerá, prejudicando os direitos coletivos, por ultrapassar o ponto limite (I*). Como exemplo dessa demanda inadequada nas políticas públicas de saúde, temos o uso do judiciário para ter acesso a opções terapêuticas já incorporadas ao SUS, resultando em déficits significativos aos orçamentos dos órgãos responsáveis.

Em estudo desenvolvido anteriormente (FERREIRA, 2015), a análise empírica de dados sobre a judicialização das políticas públicas entre os anos de 2009 a 2013 demonstrou que não havia se alcançado o limite I*, visto que ainda havia correlação positiva entre o índice de judicialização dos estados (IJEPP) e seus respectivos IDHs, mas que, com a progressiva diminuição dessa correlação, estava-se aproximando rapidamente do ponto de inflexão I*. Portanto, o resultado da pesquisa trouxeram um tom alarmante à sociedade e, mais especificamente, ao Poder Judiciário.

No mais, a falta de familiaridade dos magistrados com aspectos orçamentários e técnicos é um dos grandes entraves à cognição do 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 estados, 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.

2.4. Diálogos Institucionais e saídas para questões de judicialização de 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-as (MENDES, 2011).

Superando o embate entre teorias da última palavra, surgem as teorias do diálogo institucional, 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 Poderes Público e entre eles e a sociedade civil, em que nenhum deles seja supremo, mas antes, que cada um contribua com suas peculiaridades institucionais (BRANDÃO, 2012).

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 Brandão (BRANDÃO, 2012, p. 232):

(...) 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 2.797²¹, 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.

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, das assessorias jurídicas dos órgãos (ou entidades) e das partes proporciona melhores decisões justamente pela soma das capacidades institucionais relatada acima e pela convergência de saberes e práticas de diversos atores políticos, jurídicos e sociais, empenhando-se todos, entre outros aspectos, na análise dos custos dos direitos envolvidos. A propensão dos atores a atuarem nesse âmbito influencia a demanda, assim como os interesses por trás dela.

Assim, o Judiciário pode aperfeiçoar políticas públicas e chamar 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

²¹ 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.

força às mobilizações em torno dos processos orçamentários democráticos (orçamento participativo, conselhos comunitários, etc.) ao invés de decidir unilateralmente quanto ao destino de uma política pública, além de responsabilizar atores que estejam se desviando das normas legais.

Desse modo, a 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 deve compatibilizar-se com a micro justiça.

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 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 juízo (ASENSI, PINHEIRO, 2015).

Contudo, como as regras orçamentárias constitucionais delimitam claramente os papéis de cada poder na produção de políticas públicas, tendo o Judiciário tem 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 no seu âmago inconstitucionais – no mínimo, ilegítimas – 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 é desequilibrar o equilíbrio entre os Poderes, agindo como que em uma guerra de gritos.

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 submetem aos procedimentos licitatórios convencionais.

Sob a perspectiva da atual crise política, os diálogos institucionais também são importantes para conciliar disputas entre os outros Poderes, devendo, pois, o Poder Judiciário

evitar intervenções substancialistas no processo político, sob pena de a crise política causar paralisia das políticas públicas e represálias políticas (diminuindo seu insulamento institucional). O seu papel nesse momento é reconduzir o Estado democrático de Direito à normalidade, para então retomar a produção de políticas públicas sobre condições normais.

3. Análise empírica da Judicialização da Saúde

Para concluir o estudo, realiza-se uma análise dos dados sobre impacto orçamentário da judicialização no orçamento da saúde de alguns estados brasileiros, para não descolar a análise teórica da realidade prática.

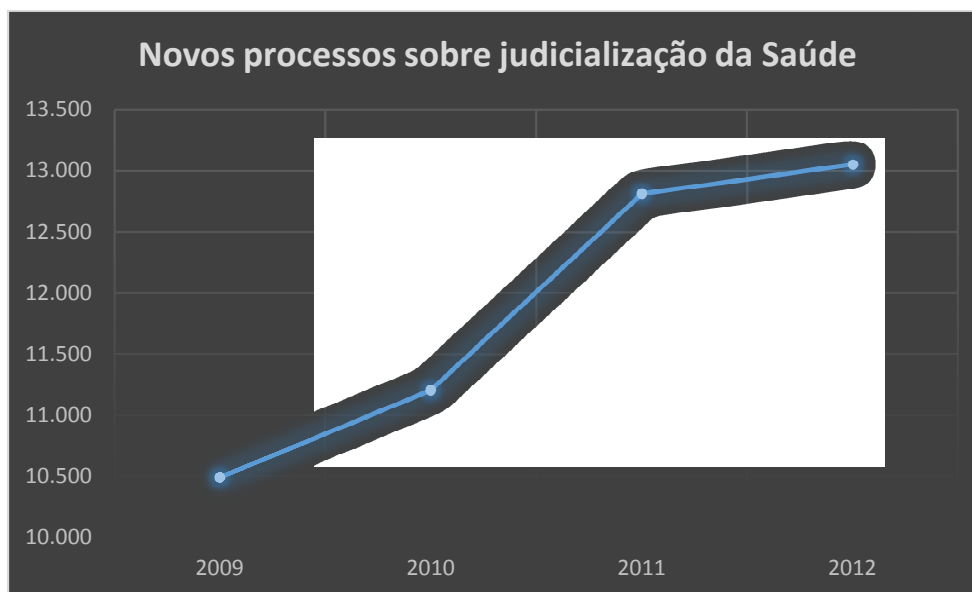
3.1. Evolução dos Gastos com Judicialização das Políticas Públicas no Governo Federal

Para demonstrar a relação entre a judicialização das políticas públicas e a crise fiscal do Estado, apresentam-se alguns dados selecionados do Relatório produzido pela Advocacia Geral da União a respeito da “Intervenção Judicial na Saúde Pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais”²².

Apesar de buscar o preciso impacto orçamentário da judicialização, houve intransponíveis empecílios práticos encontrados na coleta de dados. A maioria dos estados brasileiros não têm uma classificação específica para registrar os gastos com pagamento com decisões judiciais, o que faz com que não seja possível de mensurar o impacto agregado dessas decisões. Tal incoerência procedimental dificulta a análise de custo-benefício social e o planejamento dos órgãos sobre os quais recaem as determinações judiciais. Note-se que uma simples regulamentação já permitiria a criação de tal classificação, motivo pelo qual não há motivos para que não se proceda a esse controle. Diante de tal limitação, atém-se o foco de análise aos dados do relatório referido acima.

Preliminarmente, demonstra-se a forte expansão das demandas judiciais envolvendo direitos à saúde, como uma tendência dos últimos anos (2009 a 2012).

²² Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>.

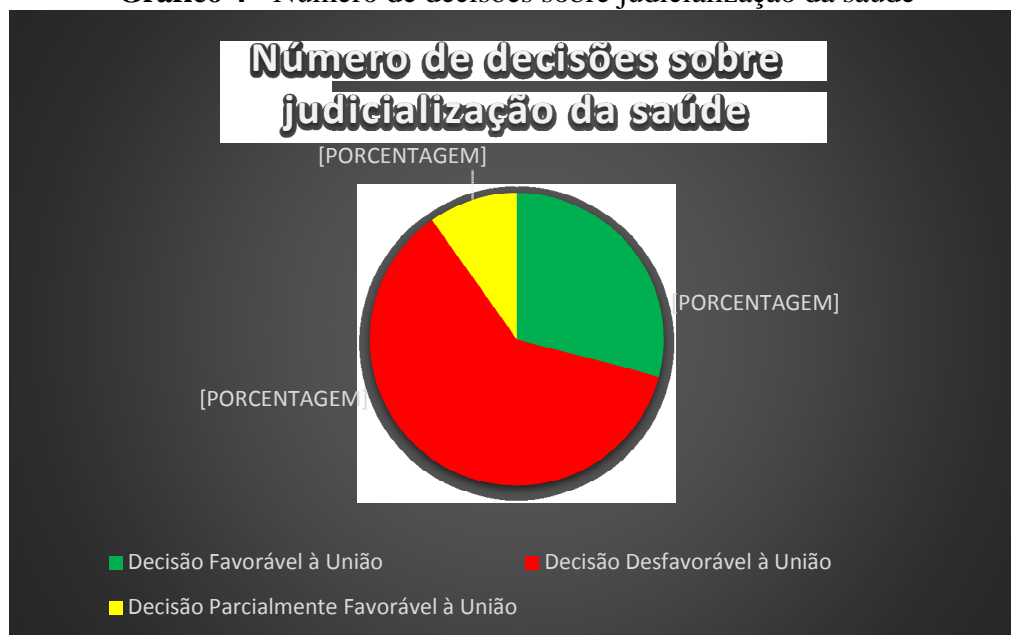
Gráfico 3 - Novos processos sobre judicialização da Saúde

Fonte: Advocacia Geral da União

Como já comentado anteriormente, há indivíduos que demandam porque vislumbram uma possibilidade de ganhar e não porque realmente acreditam na subjetividade do seu direito, uma vez que buscam um caminho mais efetivo para aumentar seu bem-estar (ABRAMOVICH, 2006; XIMENES, 2014). Nesse sentido, os dados mostram que há uma expressiva preponderância de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública julgadas pelas Justiças Estaduais entre outubro de 2011 e setembro de 2012, ou seja, concedendo direitos à saúde aos demandantes, o que incentiva o aumento da litigância, *coeteris paribus*²³, nos anos seguintes, já que a probabilidade de êxito do demandante é maior.

²³ Significa “tudo mais constante”.

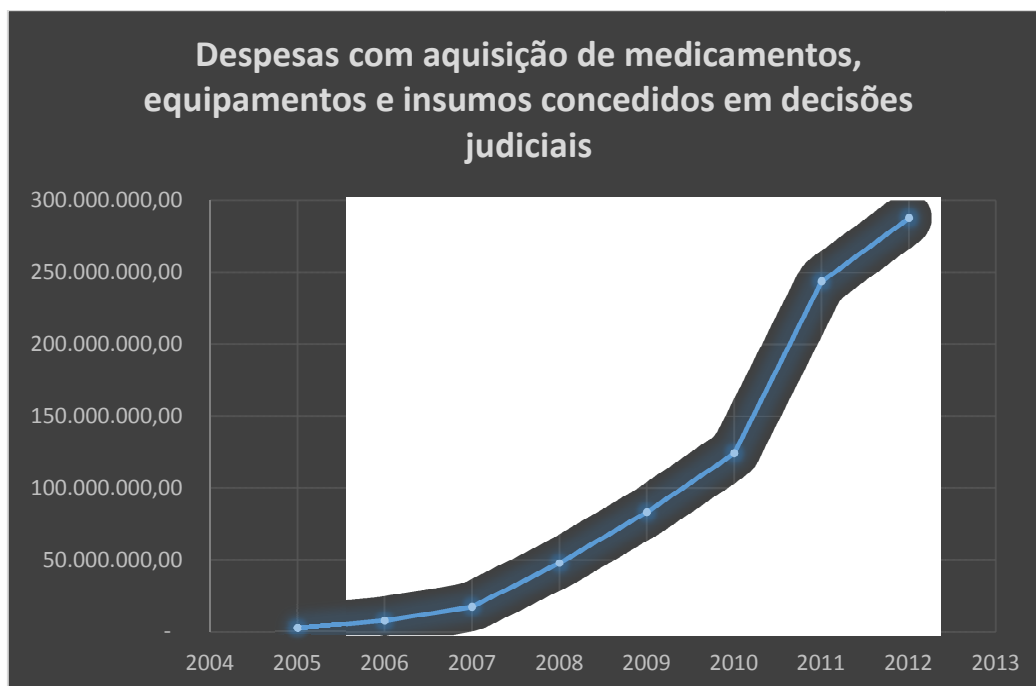
Gráfico 4 - Número de decisões sobre judicialização da saúde



Fonte: Advocacia Geral da União

Passando à questão orçamentária, do gráfico fica claro o crescimento exponencial dos gastos com pagamento de despesas judiciais, relativas somente às que ordenam a aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos.

Gráfico 5 - Despesas com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais



Fonte: Advocacia Geral da União

Além do aumento expressivo do impacto orçamentário das decisões judiciais observado, os dados mostram que grande parte dessas demandas envolve concessão de medicamentos de alto custo, que, em geral, beneficiam classes mais abastadas da sociedade, as quais têm condições de arcar com os custos diretos e indiretos da litigância, em detrimento da priorização dos serviços de saúde básicos²⁴, destinados, em especial, à população de baixa renda. No período de 2005 a 2012, o representativo valor de R\$ 278.904.639,71 foi destinado para o atendimento de apenas 523 pacientes, cujos direitos prestacionais foram assegurados constitucionalmente.

Ousa-se afirmar, que não houve qualquer espécie de análise de custo-benefício nesses julgados ou a limitada cognição do processo individual prejudicou a consideração dos custos e benefícios como um todo, uma vez que se trata de situações em que os custos sociais superam em grande medida os seus benefícios. Repita-se, é preciso incorporar o novo conceito pragmático de direito fundamental para se analisar a possibilidade de sua efetivação (GALDINO, 2005).

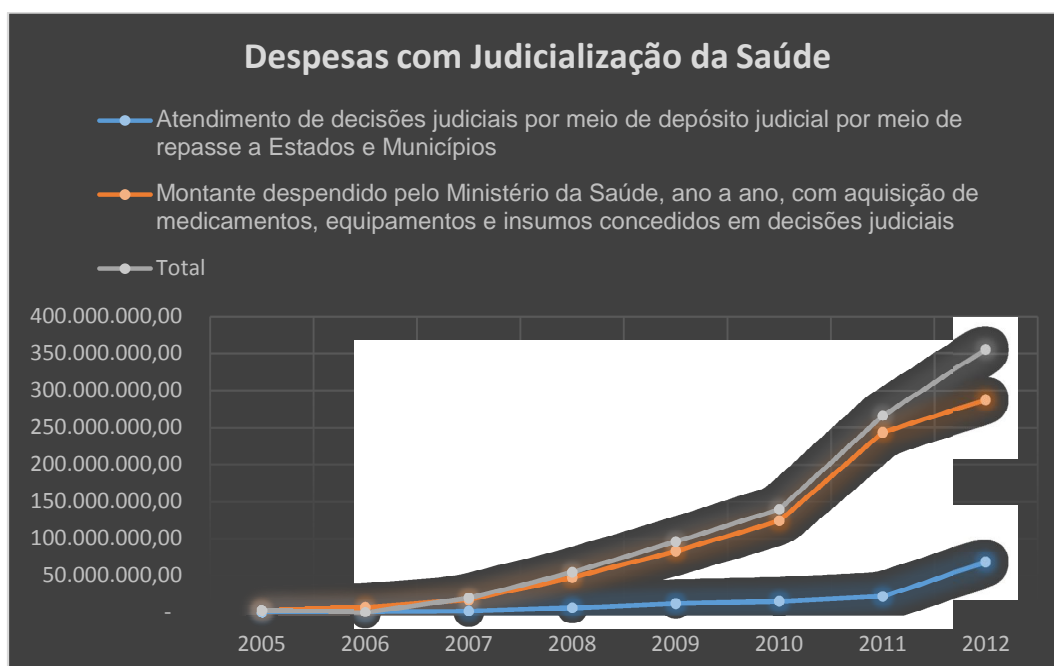
Há, portanto, uma realocação de recursos no sentido do aumento da desigualdade social, o que somente alimenta o processo explicitado por Mendes (2014) e retira a credibilidade da atuação dos magistrados por parte da população como um todo. Em um país em que maior parte da população não tem acesso aos serviços de saúde e saneamento básicos,

²⁴ Estudos comprovam que a litigância é maior nos estados, cidades e distritos mais ricos do Brasil (FERRAZ, 2011).

não é proporcional priorizar a concessão de um medicamento no valor de R\$ 309.515,87²⁵ a um único indivíduo. Esse cenário só se agrava ao se constatar que os recursos para cumprimentos de decisões judiciais são retirados de qualquer conta dentro dos programas de trabalho do Ministério da Saúde ou das Secretarias de Estado da Saúde, desregulando o planejamento das políticas públicas destinadas a efetivação de direitos básicos à saúde disponíveis a toda população.

Enfim, cumpre destacar que os gastos com a judicialização da saúde no Governo Federal, também derivam de decisões judiciais das Justiças Estaduais que ordenam o depósito judicial para repasse a estados e municípios, implicando em maior crescimento ainda do impacto orçamentário, observe-se:

Gráfico 6 - Despesas com Judicialização da Saúde



Fonte: Advocacia Geral da União

O impacto dessas sentenças judiciais sobre as políticas públicas vigentes é nefasto, porquanto prejudica a condução das políticas públicas vigentes, por necessitar de recorrentes realocações de recursos de modo imprevisível para os órgãos de planejamento. Sem

²⁵ Medicamento mais caro concedido por decisão judicial no período em análise.

previsibilidade da disponibilidade de recursos, não há como se planejar políticas públicas eficientes e eficazes.

Portanto, da análise dos dados, resta clara a contribuição da judicialização das políticas públicas de saúde – aqui tomada como *proxie* para as demais demandas sobre políticas públicas – para os aumentos dos gastos públicos na área da saúde, sem o respectivo incremento de bem-estar social compatível com o gravame da medida. Atualmente, os gastos com saúde possuem contribuição expressiva sobre as despesas primárias correntes, o que dificulta o atingimento das metas de superávit fiscal exigidas para se garantir a estabilidade econômica.

3.2. Análise empírica dos dados da judicialização em Minas Gerais

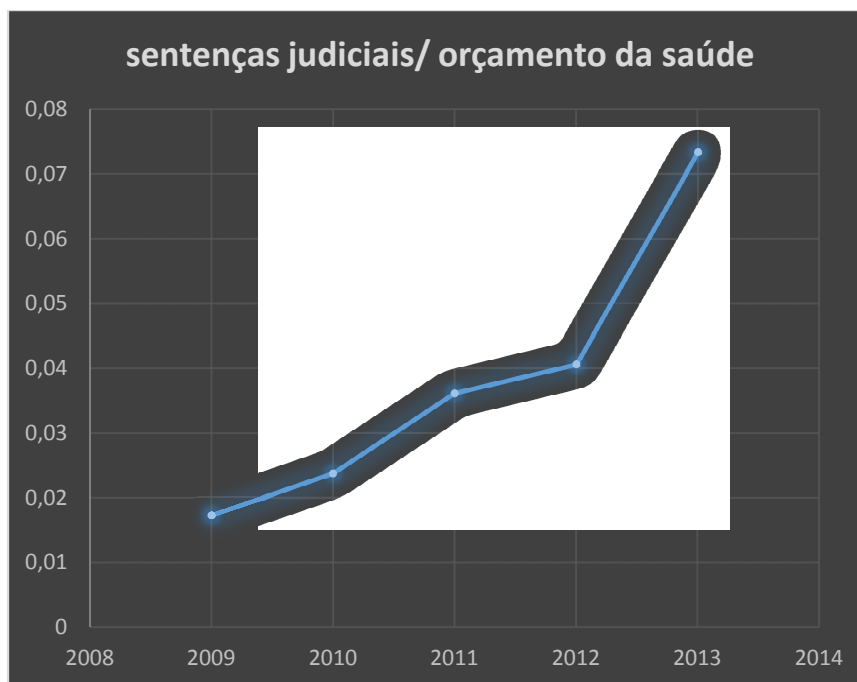
Além da análise macro realizada na subseção anterior, é pertinente apresentar a investigação empírica dos dados da judicialização das políticas públicas de saúde dos anos de 2009 a 2015 de Minas Gerais, disponíveis no sítio oficial da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais²⁶, uma vez que corroboram 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 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 Saúde²⁷. 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:

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

²⁶ Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/sobre/planejamento#>>.

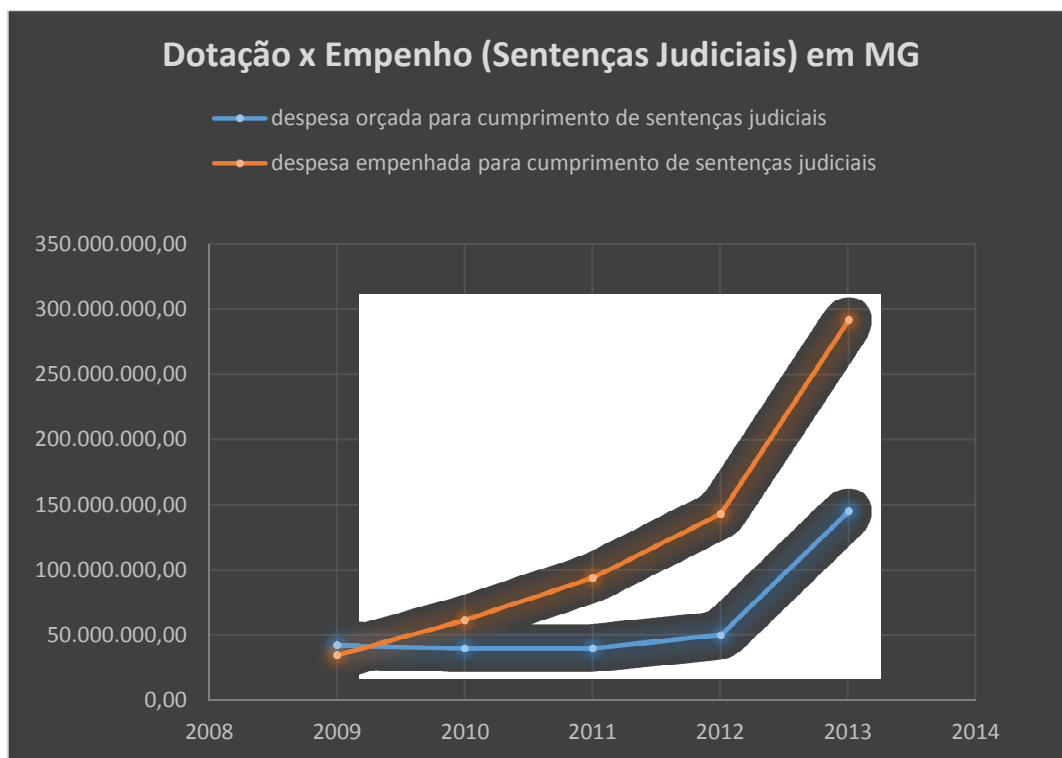
²⁷ Dados disponíveis em: <http://www.saude.mg.gov.br/sobre/planejamento>.



Fonte: Sítio SES-MG e Portal da Transparência de MG

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 maior montante recursos a cada ano para esse fim.

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



Fonte: Sítio SES-MG e Portal da Transparência de Minas Gerais

Contudo, a partir de 2012 foram instaladas estruturas institucionais que possibilitam que sejam feitos requerimentos extrajudiciais de medicamentos pela assessoria técnica da Secretaria de Estado da Saúde; que se realizem seminários e fóruns de discussão entre Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas, além de parcerias junto a Defensoria Pública, para atendimento aos pacientes evitando a judicialização, e junto ao Judiciário, visando orientação técnica aos juízes antes do julgamento das liminares²⁸.

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”) será alocada nos referidos blocos de financiamentos. Todavia, a maior parte das demandas judiciais (cerca de 80 a 90% das demandas) 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 R\$ 5.177,00, enquanto 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.

²⁸ Conforme se observa do Plano Anual de Saúde de 2012:

<<http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/instrumentos-de-gestao/programacao-anual/Programacao-Anual-de-Saude-2012-%2011-04.pdf>>

Com esse objetivo que em 2013 alterações significativas foram sugeridas pela auditoria operacional do Tribunal de Contas de Minas Gerais nº 886104²⁹, 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 recomendações transcritas a seguir:

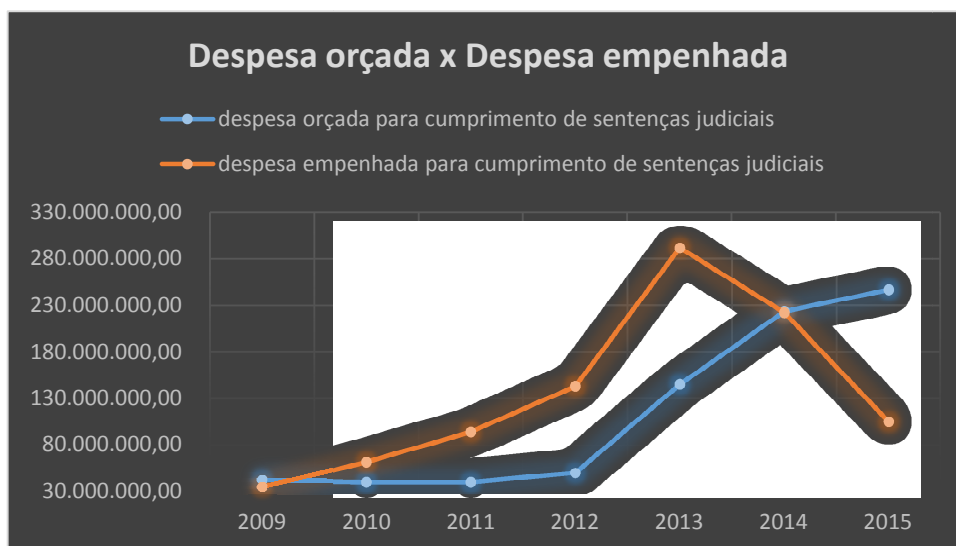
- Atualizar o elenco de medicamentos de alto custo que consta da Relação Estadual, de modo a adequá-lo ao crescimento da demanda;
- Acelerar a implantação das Farmácias Comunitárias, o que propiciará maior eficiência da execução do Programa Farmácia de Minas, inclusive com a implantação de novos indicadores 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

²⁹ Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/532098>>.

Além disso, 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, usuários dos serviços e demais envolvidos. Essa experiência institucional foi tão bem sucedida que fez parte do relatório “Pacto pela Boa Governança: o retrato do Brasil”³⁰ 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:

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



Fonte: Sítio SES-MG e Portal da Transparência de Minas Gerais

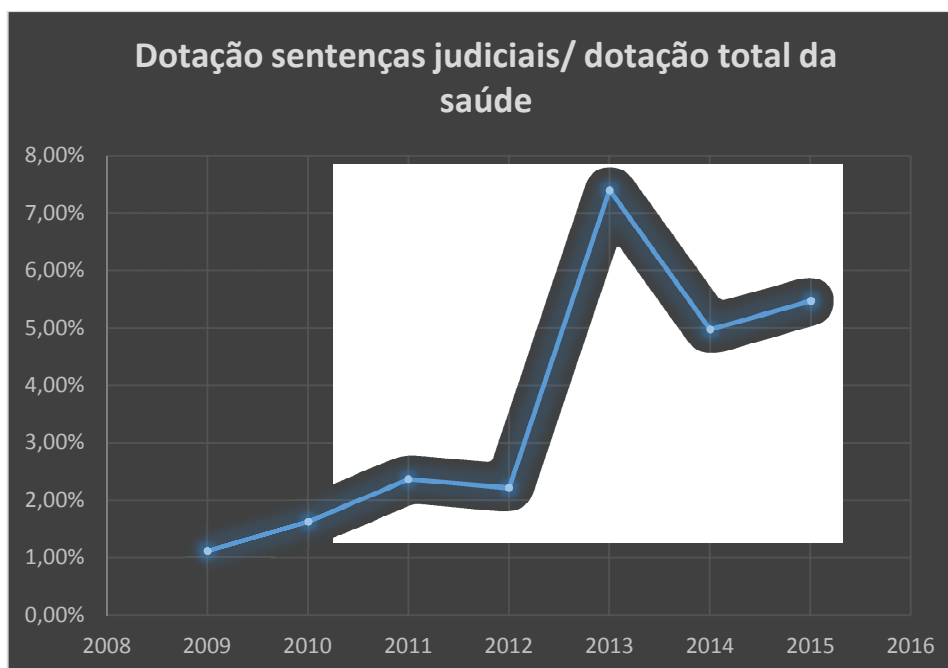
A partir da queda do montante total empenhado para pagamento de despesas judiciais, foi possível que os gestores pudessem realocar melhor os gastos para os demais programas de

³⁰ Disponível em:

<<http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A448EBCE770148F6E6BD07085F&list.filters.categoria2.value=8A8182A448EBCE77014913E03A0248A9>>.

trabalho, cujo custo de atendimento por paciente é muito menor do que correspondente pela via da judicialização. A dotação inicial destinada a pagamento de sentenças judiciais foi, portanto, reduzida:

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



Fonte: Sítio SES-MG e Portal da Transparência de MG

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 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 medicamentos³¹.

Nesse passo, a análise empírica do caso de Minas Gerais confirma as hipóteses estabelecidas pelo estudo, permitindo-se em estudos futuros a expansão dessa análise em termos econométricos.

³¹ Informações presentes no Parecer nº 886104 do TCEMG.

Conclusão

Diante de toda essa análise, conclui-se, portanto, que aspectos orçamentários devem ser levados a sério no momento da decisão judicial, sob pena de agravar a crise fiscal do Estado democrático de Direito e, conseqüentemente, o bem-estar geral. Essa mudança parte não só dos magistrados, mas de todos os atores envolvidos nesse processo. Em especial, os advogados públicos devem empenhar-se em demonstrar de forma inequívoca o argumento da reserva do possível, sendo inclusive auxiliado por profissionais especializados no trato de questões orçamentárias e técnicas³².

Hoje é essencial sinalizar à sociedade e aos mercados que o País será capaz de melhorar no longo prazo sua segurança fiscal e esse deve ser também um dos objetivos do Judiciário, como instituição que tem o dever constitucional de atuar em harmonia com os demais Poderes (art. 2º, CF). Sem instrumentos institucionais adequados, a manutenção do cenário de desconfiança só adiará investimentos, reforçará a inflação e aumentará a fragilidade da economia brasileira, agravará a crise política e inviabilizará a efetivação de direitos sociais, tanto pela via judicial quanto das políticas públicas.

Ante a todo esse contexto político-econômico apresentado, a sociedade dá sinais de que não aceitará mais ajustes que sejam feitos pelo lado da receita sem vislumbrar a utilidade do sacrifício. Do mesmo modo, ela não continuará aceitando intervenções judiciais que intervenham na distribuição dos recursos públicos escassos sem a devida preponderância de benefícios sociais com relação aos custos totais, conforme sugere estudo anterior (FERREIRA, 2015), visto que em situações de crise econômica, a maior escassez torna a escolha da alocação de recursos muito mais delicada e questionável, caso não seja fruto de um consenso social ou de uma fundamentação jurídica adequada. Nas palavras de Delfim Netto: “temos que adequar uma Constituição que garante muitos direitos sociais ao PIB do país”.

³² Como exemplo, temos os núcleos de assistência técnica instalados em alguns estados, os quais são destinados a dar subsídios técnicos ao magistrados em questões, em geral, de saúde.

Referências Bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, n. 88 abr 2006.
- ACKERMAN, Bruce. The storrs lectures: discovering the constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.
- ABRUCIO, Fernando Luiz; FRANZESE, Cibele. *Federalismo e políticas públicas: uma relação de reciprocidade no tempo*. 33o Encontro Anual da ANPOCS, 2009.
- ASENSI, Felipe D.; PINHEIRO, Roseni. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- BARBOSA, Rui. “República: teoria e prática”. In: ROCHA, Hildon (org.). *Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição republicana*. Petrópolis: Editora Vozes/ Câmara dos Deputados, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 28.7.2013.
- BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991, p. 139.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUCCI, Maria P. D. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, 1997, Pp. 89-98. Disponível no endereço: <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>, acesso em 31/03/2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CHAVES, Terezinha Ribeiro. *A efetividade do processo no estado de direito democrático*, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- CURY, Carlos R. J. A Educação Básica no Brasil. *Educ. Soc.* [online]. 2002, vol.23, n.80, pp. 168-200. ISSN 1678-4626. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302002008000010>> .

- DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa R. de C.; PENALVA, Janaína. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*. N. 19, v.2., 2014.
- FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*. Vol. 89:1643, 2011, p. 1643-1668.
- 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.
- FRIEDMAN, Milton, *There's No Such Thing as a Free Lunch*, Open Court Publishing Company, 1975.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do Direito: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GLENDON, Mary Ann. *Rights talk – the impoverishment of political discourse*. Nova Iorque: The Free Press, 1991.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 94-125.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HABERMAS, J. (1984). The theory of communicative action. Vol 1. *Reason and the rationalization of society*. Boston, Beacon Press.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- LIMONGI, F.; FIGUEIREDO, A. *Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão*. Lua Nova. São Paulo, nº 44, p. 82-106, 1998.
- LUHMANN, Nikolas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

- MENDES, Marcos José. *Por que o Brasil cresce pouco? Desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- MENDES, Marcos J.; DIAS, Fernando A. C. A PEC do orçamento impositivo. *Textos para discussão 149 do Senado Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2014. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-149-a-pec-do-orcamento-impositivo> . Acesso em 9/12/2015.
- MENEGUIN, Fernando; BUGARIN, Maurício. *Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos*, 2014.
- MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: MILL, John Stuart. *On liberty and other essays*. Nova Iorque: Oxford World Classics, 1998.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. “Escasez y solidariedad: una reflexión desde los clásicos”. In: *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía política y jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999.
- PESSÔA, Samuel. Presidencialismo de coalizão ou de cooptação? *Conjuntura Econômica – Ponto de Vista*. Vol. 69, n.1, jan 2015. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=4028818B37A00A200137A4099DA13ADA&contentId=8A7C82C54ADE6252014ADFA107E05EFF> .
- PRATES, Laura S. Controle judicial do orçamento: a intervenção dos tribunais nas opções orçamentais. *Revista Brasileira de Direito Municipal*. ano 16, n. 55, p. 87-177, jan./mar. 2015.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora 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.
- SERRA, José. Um manifesto fiscalista. *O Estado de S. Paulo*, 08 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.joseserra.com.br/artigo-um-manifesto-fiscalista/> .
- SIMONSEN, Mário Henrique. Prefácio. In: AAVV. *Friedman à luz da realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1973.
- SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

- STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? In: *Conjur*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788. Acesso em: jun 2014.
- TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo, *Revista Direito FGV*, 8(1), p. 37-58, jan-jun 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Orçamento na Constituição*. Ed 2 Rio de Janeiro: Renovar: 1995.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. Ed. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.
- VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995.
- 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 (ebook disponível no site do IDP).
- 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.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.
- WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional da políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 33-72.
- WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n.4, p. 745-752, 2009.
- 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*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 33-72.
- ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 309-332.