

Ano III - 2021

Revista

# APEB

Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

Prêmio

**Alice Gonzalez Borges**

TRABALHOS VENCEDORES



Associação dos Procuradores  
do Estado da Bahia

A Revista APEB é uma publicação oficial da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia de periodicidade bianual. Objetiva ser um espaço de disseminação da produção intelectual e acadêmica, com a publicação de artigos, relatos de experiência, textos técnicos e resenhas de temáticas jurídicas de interesse da Associação, dos Procuradores e da comunidade forense.

## **EQUIPE**

### **Editor Responsável**

Raimundo Luiz de Andrade

### **Conselho Editorial e Científico**

Juan Pablo Murga Fernández  
Esperanza Macarena Sierra Benítez  
Roberto Lima Figueiredo  
Manuel David Masseno  
Marco Valério Viana Freire  
Miguel Calmon Teixeira de C. Dantas  
Marcos Antônio dos Santos Rodrigues  
Analice Passos Costa Gramacho  
Regina Celeste de Almeida Souza

### **Equipe Editorial**

Secretaria APEB  
Lume Assessoria de Comunicação  
Lino Greenhalgh

---

Revista APEB [ Recurso eletrônico ] / Associação dos Procuradores do Estado da Bahia. V.1 n.1(2019) – Salvador : APEB, 2019-

Bianual

E-ISSN 2675-5793

1.Direito – Periódico 2. Procuradoria I. Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

CDD – 340

---



Associação dos Procuradores  
do Estado da Bahia

#### **DIRETORIA**

**Presidente:** Cristiane Santana Guimarães

**Vice-Presidente:** Tatiana Martins de Oliveira

**Secretário Geral:** Ubenilson Colombiano Matos dos Santos

**Diretor Financeiro:** Arlley Cavalcante de Oliveira

**Diretor de Inativos/Pensionistas:** Alba Freire de Carvalho Ribeiro da Silva

**Diretor Social e de Divulgação:** Tatiana Martins de Oliveira

**Diretor Jurídico e de Prerrogativas:** Roberto Lima Figueiredo

#### **MESA DA ASSEMBLEIA GERAL**

**Membro Efetivo:** Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas

**Membro Efetivo:** André Luiz Peixoto Fernandes

**Membro Efetivo:** Mariana Machado da Nóbrega

**Membro Suplente:** Iara Alves de Paiva Lima

**Membro Suplente:** Rosana Jezler Galvão

#### **CONSELHO FISCAL**

**Membro Efetivo:** Durval Júlio Ramos Neto

**Membro Efetivo:** Walsimar dos Santos Brandão

**Membro Efetivo:** Evandro Dias Costa

**Membro Suplente:** Têssio Rauff de Carvalho Moura

**Membro Suplente:** Ana Paula Tomaz Martins

#### **CONSELHO DE ÉTICA**

**Membro Efetivo:** Antônio Ernesto Leite Rodrigues

**Membro Efetivo:** Mário César da Silva Lima

**Membro Efetivo:** Dâmia Mirian Lâmega Bulos Sena

**Membro Suplente:** Marcela Capachi Nogueira Soares

**Membro Suplente:** Mário Rodrigues Coelho Neto

## SUMÁRIO

<b>6 A MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE AMPLIAÇÃO E FORTALECIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNO ABERTO E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA</b>	
1. Introdução .....	8
2. As transformações da Administração Pública a partir do paradigma da participação cidadã e da eficiência administrativa .....	9
3. Da participação ao governo aberto: um caminho para o fortalecimento da democracia .....	11
4. A dimensão colaborativa da mediação em âmbito administrativo e a sua influência nas políticas de governo aberto .....	13
5. A TIC aplicada à mediação administrativa e os seus benefícios ao sistema de governo aberto .....	16
6. Conclusões .....	21
Referências .....	22
<b>25 TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXYS: POR UMA ABORDAGEM DESPAROXIZADORA</b>	
1. Introdução .....	26
2. A análise econômica do Direito em perspectiva .....	27
3. Direitos fundamentais .....	28
4. Uma abordagem pela teoria do custo dos direitos .....	35
5. Direitos fundamentais: concretização e superação da pobreza e miséria .....	42
6. Conclusão .....	46
Referências .....	47



Associação dos Procuradores  
do Estado da Bahia

#### **49 DESJUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS**

1. Introdução .....	50
2. Divisão Dicotômica do Direito: Direito Público x Direito Privado .....	51
3. Políticas públicas e judicialização .....	52
4. O conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível nas ações de saúde .....	55
5. Conclusão.....	61
Referências .....	62

# **A MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE AMPLIAÇÃO E FORTALECIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNO ABERTO E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Renata Fabiana Santos Silva

## **A MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE AMPLIAÇÃO E FORTALECIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNO ABERTO E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Renata Fabiana Santos Silva\*

### **RESUMO:**

Diante da complexidade das relações sociais travadas na contemporaneidade, surge a necessidade de adoção de instrumentos de gestão matizados pela metodologia de Governo aberto. O escopo deste trabalho é analisar a mediação administrativa, como instrumento de alcance da eficiência administrativa e de ampliação e fortalecimento das políticas de governo aberto, através das novas tecnologias e da participação da Advocacia Pública.

**Palavras-chave:** Mediação Administrativa. Governo aberto. Novas tecnologias. Advocacia Pública. Eficiência.

---

\* Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Salvador (2002), Procuradora do Estado da Bahia (2004), Professora de Direito Administrativo da Universidade Salvador (2008) e Doutoranda em Direito na Universidade de Sevilha (2018). Fez especialização em Direito Público na Universidade Salvador (2007), Mestrado em Direito Público na Universidade de Sevilha (2018) com a obtenção do Prêmio Extraordinário de Fim de Curso e Pós-graduação em Direito Público Global na Universidade da Coruña (2020). Participou do Conselho de Administração do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural do Estado da Bahia (2007-2015) e do Conselho Previdenciário do Estado da Bahia (2014-2017). Obteve a aprovação com louvor da tese "Mediação Administrativa e Advocacia Pública" apresentada no XLIV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (2018) e o primeiro lugar no Concurso de Artigos Jurídicos do Primeiro Congresso Argentino de Direito Administrativo da Região Central e Áreas Metropolitanas com o trabalho "Mediación Administrativa Electrónica: nuevos retos y posibilidades para la Administración Pública contemporánea" (2019). É autora de artigos jurídicos publicados em periódicos do Brasil e do exterior. Autora do verbete "Antinepotismo" da obra *Diccionario dos Antis: a cultura brasileira em negativo*, publicada pela Editora Pontes. Autora do artigo "Derecho de Acceso a la información pública en tiempos de Covid-19", que integra a obra coletiva *Derecho y pandemia desde una perspectiva global*, publicada pela Editora Aranzadi.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade e organização em redes, exige da Administração Pública uma postura mais flexível e colaborativa. Neste contexto, a gestão baseada exclusivamente nos paradigmas de unilateralidade e burocracia não é capaz de atender eficazmente as demandas sociais, políticas e econômicas da atualidade.

Para fazer frente aos desafios contemporâneos, a Administração Pública precisa reconhecer a centralidade do cidadão e reconfigurar sua metodologia de gestão e atuação, ampliando a participação cidadã e assimilando os recursos tecnológicos.

A participação cidadã constitui um dos pilares das políticas de Governo aberto, mas em uma perspectiva que exige um aprofundamento da relação jurídico-administrativa travada entre o Estado e os administrados. Esta nova dinâmica gera um vínculo de colaboração da cidadania viabilizando uma maior participação nos processos decisórios.

Esta colaboração cidadã, em processos de tomada de decisão, pode ser obtida através da utilização pela Administração Pública de instrumentos de autocomposição de conflitos, e neste espectro, se destaca a mediação para a solução de disputas de Direito Público.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a mediação administrativa como instrumento de ampliação e fortalecimento das políticas de Governo aberto, no contexto da solução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Ademais, busca-se também analisar os impactos da adoção da tecnologia aplicada à mediação administrativa para alcance da eficiência e da construção de um espaço colaborativo alicerçado na metodologia de Governo aberto e na participação da Advocacia Pública.

Na primeira seção do presente estudo, as transformações sofridas pela Administração Pública, são abordadas, com base no paradigma da participação cidadã. Na segunda seção, a pesquisa aprofunda a análise da participação cidadã, na perspectiva de Governo aberto, reconhecendo a sua dimensão colaborativa e propulsora da democracia e eficiência administrativa. A terceira seção cuida da mediação administrativa como instrumento de política de Governo aberto, viabilizadora da colaboração cidadã. Na quarta seção, a mediação administrativa é examinada no contexto das novas tecnologias e da participação da Advocacia Pública na redefinição da política governamental de solução de conflitos administrativos. Na última seção, as conclusões da pesquisa



são colocadas, apontando a mediação como uma ferramenta capaz de propiciar a modernização da política de gestão de conflitos administrativos com base nos fundamentos de Governo aberto e na fundamentabilidade da participação da Advocacia Pública neste processo.

## **2. AS TRANSFORMAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DO PARADIGMA DA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA**

A consagração do Estado Social e Democrático de Direito impôs a centralização das ações estatais para a pessoa humana, gerando a reconfiguração da relação jurídica entre Estado e administrados. Tal circunstância também repercutiu na gestão administrativa, na medida que a adoção de instrumentos de participação do cidadão na Administração Pública tornou-se uma necessidade<sup>1</sup>.

Há que evidenciar que a participação exigida pela sociedade da era da informação, comunicação e articulação em rede não se restringe ao âmbito político. Em realidade, ao lado da participação política está a participa-

ção da sociedade no contexto administrativo, em especial, nos processos de toma de decisões, que, inclusive, legitimam e fortalecem a democracia representativa<sup>2</sup>.

Estas transformações no modelo de organização administrativa também são fundamentadas na necessidade de atendimento das demandas da sociedade pós-moderna, que exigem, como já dito, mais flexibilidade, dinamicidade e eficiência da Administração Pública. Isso porque, o pluralismo e a globalização, inerentes à sociedade da informação e organizada em rede, impõem, ao Estado, o enfrentamento de problemas através de novos instrumentos de atuação administrativa.

Por isso que CASTELLS (1999, p.08) destaca que a submissão do Estado aos efeitos globais – transformações tecnológicas, econômicas e culturais – gera a necessidade de modificação e de estabelecimento de pactos com outros atores para que se possa tratar tais problemas. Portanto, a flexibilidade das estruturas e da gestão administrativa é uma necessidade estatal, que objetiva garantir o desenvolvimento social e econômico, bem como a própria sobrevivência do Estado.

<sup>1</sup> Importante a reflexão de COSCULLUELA MONTANER (2017, p.29) no sentido de que o Estado Social Direito constitui uma progressão evolutiva do próprio Estado de Direito, que gera a superação da distinção absoluta entre Estado e Sociedade, para que se alcance uma interpenetração destes dois conceitos. Partindo desta premissa, consagra-se a participação dos cidadãos na vida política, econômica, social e cultural.

<sup>2</sup> Sobre o assunto, PÉREZ LUÑO (2004) destaca que as novas tecnologias geram outras formas de participação política, que podem simplesmente reforçar a democracia representativa parlamentar, como também gerar uma participação real e efetiva dos cidadãos nos processos decisórios.

Neste contexto, estruturas administrativas baseadas na centralização das atividades e na unilateralidade decisória perdem espaço para centros decisórios policêntricos e participativos. Por consequência, faz-se necessária a mutação das bases do Direito Administrativo para viabilizar o funcionamento desta concepção de Estado mais relacional e consensual<sup>3</sup>.

Assumir a necessidade de mudança é prioritário neste contexto de constituição acelerada de redes e de inserção de novos atores nas relações sociais e políticas. A Administração Pública precisa adaptar e organizar suas estruturas e instrumentos de gestão para o enfrentamento dos desafios trazidos por esta nova realidade, que exige diálogo, colaboração e cooperação.

Os mecanismos tradicionais de atuação administrativa, baseados exclu-

sivamente na unilateralidade e imperatividade, não são capazes de enfrentar satisfatoriamente estes desafios contemporâneos. Por isso GORDILLO (2013, p.11-25) salienta que a imperatividade da autoridade administrativa não é mais suficiente, de maneira que é necessário estabelecer uma sociedade cada vez mais participativa e que não aceita resoluções sem a sua participação.

ALENCAR também destaca a necessidade de rearranjo da gestão pública para atendimento das necessidades sociais atuais, uma vez que:

Atualmente, os governos estão sobrecarregados, incapazes de responder às expectativas da coletividade. É notória a ineficiência do Estado se há maximização ou centralização de poder, sob uma Administração Pública assentada na rígida e lenta burocracia. Há, ainda, a escassez de recursos econômicos no setor estatal. Por isso, é premente a necessidade de redefinição da gestão pública (ALENCAR, 2018, p.45).

Percebe-se, portanto, que todo instrumental administrativo, até então empregado, se mostra pouco eficiente ao atendimento das necessidades sociais contemporâneas, o que faz surgir novas formas jurídico-constitucionais de configuração da Administração Pública e de todo o seu instrumental componente.

As práticas de consenso, por exemplo, são parte deste novo arsenal ad-

**3** CASSESSE (2012, p. 610) ao tratar desta tendência de substituição da imperatividade pela flexibilidade destaca que *“executive prerogatives and privileges, once widely accepted, are now increasingly perceived as being contrary to the rule of law and to the principle of judicial review. There is, therefore, a constant tension between the executive powers and social expectations for rights-based institutions”*. MOREIRA NETO (2011, pp.34-35) também destaca que os avanços sociais exigem o incremento de outras formas de atuação administrativa baseadas no consenso, não obstante a imperatividade seja uma característica própria da atuação Estatal e conclui apontando que *“é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público”*.

ministrativo que vem sendo construído para enfrentamento dos obstáculos que exigem a colaboração e a cooperação de atores externos nos processos de formação da decisão estatal. Neste cenário, ganham destaque os meios adequados de solução de conflitos, em especial os de natureza autocompositiva (negociação, conciliação e mediação), como instrumentos de aproximação entre Administração Pública e administrados.

Este panorama caracterizado pela organização política e social em rede, pluralismo, globalização e expansão das novas tecnologias de informação e comunicação exige da Administração Pública a promoção de práticas inovadoras no âmbito institucional capazes de contribuir para a ampliação dos espaços de relacionamento entre Estado e cidadania, viabilizando a eficiência administrativa.

### **3. DA PARTICIPAÇÃO AO GOVERNO ABERTO: UM CAMINHO PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA**

A participação cidadã constitui, como visto, um elemento importante para a nova configuração da relação jurídico-administrativa, na medida que impõe o desenvolvimento de uma Administração Pública dialógica e consensual.

Os modelos de gestão assentados na ideia de governo aberto, além de exigir transparência e prestação de

contas, também impõem a adoção de práticas participativas mais aprofundadas que permitem a colaboração do cidadão junto a Administração Pública nos processos decisórios<sup>4</sup>.

MANCHADO define o governo aberto como:

[...] o conjunto de práticas através das quais os governos democráticos tradicionais se relacionam com os cidadãos, aplicando os princípios de comunicação permanente, em sentido duplo, ou seja, fala, escuta e contesta, para conhecer suas opiniões e reagir ante elas, melhorando a prestação de serviços e a promulgação das normas (MANCHADO, 2010, p.112 – nossa tradução).

A partir desta definição é possível afirmar que a compreensão da participação cidadã na perspectiva de Governo aberto é mais aprofundada, porque não basta viabilizar espaços administrativos de manifestação da

<sup>4</sup> RAMÍREZ-ALUJAS (2011, p. 08) aponta três princípios informadores do governo aberto: transparência e abertura, participação e colaboração. Sobre estes elementos, o citado autor aduz o seguinte: *“En síntesis, nos referimos al compromiso de garantizar que todos los aspectos de la forma en que el gobierno y servicios públicos son administrados y operados, estén abiertos al eficaz escrutinio público y a la supervisión de la sociedad (transparencia). Ello debe ir acompañado de la progresiva expansión de espacios de diálogo, participación y deliberación en conjunto con la ciudadanía, y de apertura a la necesaria colaboración que se requiere para encontrar mejores soluciones a problemas públicos cada vez más complejos, aprovechando el potencial y energías disponibles en vastos sectores de la sociedad y, por qué no, también en el mercado, organizaciones de voluntariado y sin fines de lucro”*.

cidadania, há também que possibilitar a colaboração ativa do cidadão no processo de formação das decisões governamentais. Significa dizer que a cidadania deve participar da construção das respostas governamentais às demandas sociais<sup>5</sup>.

Nesta senda, o paradigma do Governo aberto propõe uma evolução da noção de participação cidadã, a partir da construção de uma relação colaborativa entre Administração Pública e cidadania. Segundo LLINARES (2010, pp.55-56), a colaboração constitui um dos elementos transformadores da forma de gestão do interesse público, na medida que permite a efetiva integração do cidadão no processo de tomada de decisões estatais, através do aporte de valores direcionado ao alcance do bem comum.

As práticas colaborativas não só legitimam a função administrativa, mas também contribuem para a construção compartilhada da decisão admi-

nistrativa, o que se alinha também ao princípio da boa administração<sup>6</sup>.

A importância do Governo aberto está no aperfeiçoamento da Administração Pública em parceria com a sociedade, permitindo que aquela compreenda as necessidades dos cidadãos, e com eles, possa encontrar uma solução afivelada ao interesse geral.

Por outro lado, não se pode perder de vista que as democracias da atualidade experimentam um momento de crise, o que foi denominado por FERRAJOLI (2011) de crise da Democracia Constitucional. De acordo com o autor italiano, o fenômeno pode ser observado tanto da perspectiva dos representantes quanto dos representados, e neste último caso aponta, como um dos fatores desencadeadores da crise, a quebra da participação dos cidadãos na vida pública.

<sup>5</sup> Importante o registro de BAUER (1993, p.137) referente a esta dimensão colaborativa da relação jurídico-administrativa atual: *“En efecto, numerosas investigaciones han demostrado recientemente que la Administración opta crecientemente, para el cumplimiento de sus tareas, por estrategias de negociación, la colaboración en términos de asociación, el arreglo y el acuerdo con el ciudadano, y precisamente también en aquellos ámbitos jurídicos en los que, según las ideas al uso, están contruidos ‘por naturaleza’ sobre la base del dictado de decisiones unilaterales. Hoy se encuentran estructuras cooperativas en muchos sectores del Derecho público; así, por ejemplo, en los Derechos social, de la economía y de la sanidad, e incluso en el Derecho tributario y en el de la seguridad pública”*.

<sup>6</sup> A boa administração está vinculada com as bases essenciais do Estado Social e Democrático de Direito, comportando três dimensões fundamentais: transparência, participação cidadã e responsabilidade. Segundo RODRÍGUEZ-ARANA (2015, p.77), a boa administração constitui *“el derecho básico que permite, por su dimensión vehicular, que se realicen debidamente todas las acciones positivas del Estado en orden a la realización de los derechos fundamentales de la persona”*. FREITAS (2015, p.198), por sua vez, considera a boa administração como o direito correspondente ao dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades. Segundo o administrativista brasileiro, a boa administração possui o seguinte conteúdo de direitos: transparência, sustentabilidade, devido processo legal, probidade, imparcialidade, legalidade, prevenção e diálogo (2015, p.198).

Como um dos métodos de enfrentamento da crise da Democracia Constitucional, FERRAJOLI (2011) propõe o reforço das práticas de democracia participativa, de maneira a permitir a intervenção dos cidadãos no debate político. Portanto, a participação cidadã, em uma perspectiva de colaboração, seria a expressão máxima da Democracia Constitucional, razão pela qual deve ser fomentada e garantida.

Seguindo esta mesma linha, LLINARES (2010, pp.73-74) chama a atenção para os perigos enfrentados pelas democracias contemporâneas, sobretudo em razão da tendência de adoção de modelos mais autoritários, o que exige uma reconfiguração da democracia, a partir de novos modelos de governo, mais participativos e colaborativos. Este também é o sentido da reflexão de LÍRIO DO VALE (2011, p.139), quando afirma que “o que parece desinteressar a cidadania não é o envolvimento nos temas de grande alcance, mas a participação acanhada, que represente muito mais um elemento de legitimação das decisões do que de efetiva contribuição à sua construção”.

Observa-se, pois, que o Governo aberto impulsiona a evolução da participação cidadã, pelo viés das práticas colaborativas, o que também redimensiona e fortalece a democracia. A colaboração é um caminho democrá-

tico que deve ser perfilhado e fomentado pela Administração Pública na medida que adere às técnicas e políticas de Governo aberto.

#### **4. A DIMENSÃO COLABORATIVA DA MEDIAÇÃO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO E A SUA INFLUÊNCIA NAS POLÍTICAS DE GOVERNO ABERTO**

A colaboração, como visto alhures, constitui um dos pilares das políticas de Governo aberto, e deve ser compreendida na perspectiva de horizontalidade da relação entabulada entre Administração Pública e administrados. Partindo desta premissa, é possível inserir o método de mediação como uma ferramenta importante e eficaz do Governo aberto.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) define a mediação como:

Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (BRASIL, CNJ, 2016, p.20).

Por esta definição, é possível extrair que a mediação consiste em um método autocompositivo de solução de conflitos, cuja finalidade não é, exclusivamente, pôr fim à controvérsia,

mas também reestabelecer o canal de comunicação entre as partes em conflito.

Na medida em que a mediação fomenta o diálogo entre as partes em conflito, permitindo uma escuta ativa, constitui, sem sombra de dúvidas, uma ferramenta colaborativa. No âmbito dos conflitos administrativos, sua importância adquire uma maior dimensão por viabilizar a integração ativa da cidadania no processo decisório. Assim também compreende MEDAUAR, ao afirmar que:

A administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação (MEDAUAR, 2003, p.211).

Com a mediação, em âmbito administrativo, torna-se possível construir um elo de comunicação entre cidadania e Poder Público, e abrir um canal de participação e colaboração na formulação de políticas públicas e na tomada de decisões estatais<sup>7</sup>.

**7** AVILÉS NAVARRO (2015, p.242) registra esta característica da mediação nos seguintes termos: *“La mediación basada en el diálogo pacífico y en la comunicación entre las partes, como vimos, posibilita esa participación y a través de ella puede ayudar a que los ciudadanos cono-*

Para que a mediação administrativa cumpra esta função, é necessário que a Administração Pública não coloque a cidadania em um pólo contraposto neste processo. Ademais, a relação a ser estabelecida não pode ser alicerçada na subordinação da cidadania, mas na construção de uma convergência de interesses.

A mediação administrativa, portanto, está inserida no contexto das ações concertadas, na medida que viabiliza respostas mais flexíveis ao conflito administrativo, como também permite a participação da sociedade na formação do juízo decisório<sup>8</sup>.

Além do mais, a mediação possibilita não apenas a solução de situações do passado, mas também viabiliza a criação de soluções para evitar a ocorrência de eventuais conflitos no futuro. Este é um aspecto relevante para a Administração Pública, pois muitas vezes o desenvolvimento de uma política pública é paralisado em razão de demandas judiciais reiteradas que não resolvem o conflito, nem evitam a sua repercussão no futuro.

Outro ponto importante da mediação administrativa é que ela possui um efeito pedagógico, como pon-

*zcan mejor sus derechos, lo que constituye la esencia de la democracia”.*

**8** Quanto às ações concertadas, BARRA e AGUIRRE DE CASTRO (2016, p.489) esclarecem a necessidade de horizontalidade da relação entre a Administração e o corpo social, o que também se insere no contexto dos processos de negociação da Administração Pública.

dera MEJÍAS GÓMEZ (2009, p.72), pois também imputa ao cidadão a responsabilidade pela solução do conflito, por meio de um procedimento pacífico e baseado no diálogo e na negociação.

No âmbito do Governo aberto, se busca o aumento da interação entre Administração Pública e administrados, a partir da adoção de instrumentos de colaboração e participação. Neste cenário, a mediação administrativa é apresentada como um instrumento hábil a esta atividade, e por isso sua utilização deve ser estimulada.

Contudo, para que a mediação administrativa funcione efetivamente, como uma ferramenta fomentadora do Governo aberto, é necessária a incorporação dos seguintes valores ao seu procedimento: transparência, abertura, participação e colaboração.

Através deste caminho a Administração Pública também se aproxima de valores como a eficiência e a boa administração, o que ocasiona em um melhor desempenho da função administrativa e consequente concretização dos misteres constitucionalmente estabelecidos.

Não se pode perder de vista que a atuação administrativa deve estar centrada nas pessoas, de maneira a proporcionar existência digna ao cidadão. Assim, os mecanismos de exe-

cução da função administrativa precisam ser eficientes e hábeis ao atendimento das necessidades sociais.

Tampouco se pode olvidar que a Administração Pública figura na lista dos maiores litigantes<sup>9</sup>, postura que é contraposta às práticas de Governo aberto e de boa administração. Portanto, a busca por soluções consensuadas representa um passo em direção a esta nova perspectiva de gestão pública e governança.

Esta nova perspectiva de gestão pública alcança a Advocacia Pública, que precisa ser munida de instrumentos de aproximação com a cidadania para retomar a sua essência de função essencial à Justiça. Através da adoção de uma metodologia de consenso na resolução dos conflitos de índole administrativa, é possível modernizar a Advocacia Pública e viabilizar a ampliação do acesso à ordem jurídica justa. Esta é a linha de entendimento empregada por BINENBOJM (2012, pp. 04-05) quando afirma que “a Advocacia Pública pode e deve atuar preventivamente, no sentido de prevenir litígios, no sentido de aconselhar medidas e no sentido de recomendar

<sup>9</sup> De acordo com o Relatório sobre os 100 maiores litigantes de 2011, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Público está entre os cinco maiores litigantes da justiça brasileira. O Poder Público Federal representa 38% (trinta e oito por cento) dos processos da justiça brasileira, ocupando o primeiro lugar do ranking. Dados disponíveis em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 20. 01.2019.

que uma solução consensual seja preferível a solução litigiosa”.

A mediação administrativa seria, portanto, um instrumento de governo aberto, capaz de imprimir mais eficiência e eficácia à atuação dos diversos órgãos da Administração Pública, inclusive à Advocacia Pública. Este incremento de eficiência administrativa tem como suporte a valorização da cidadania ativa e a utilização de ferramentas de tecnologia da informação e comunicação (TIC).

### **5. A TIC APLICADA À MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA E OS SEUS BENEFÍCIOS AO SISTEMA DE GOVERNO ABERTO**

Os meios de comunicação estão em franco desenvolvimento tecnológico e expansão de uso, de maneira que possibilitam o intercâmbio de informações, ideias e iniciativas. Assim, as ferramentas de TIC são o paradigma tecnológico da sociedade do início do século XXI. Este inclusive é o sentido da Carta Ibero-americana de Inovação na Gestão Pública aprovada na XIX Conferência Ibero-americana de Ministras e Ministros da Administração Pública y Reforma do Estado do Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD). O citado documento internacional destaca a necessidade de investimento governamental em inovação e tecnologia para que a Administração Pú-

blica possa se antecipar e se adaptar às transformações sociais e satisfazer as necessidades atuais dos cidadãos.

Como visto alhures, a sociedade contemporânea exige mais produtividade, competitividade, inovação, flexibilidade, adaptabilidade e participação. Estas exigências sociais contemporâneas podem ser alcançadas por meio do uso destas novas tecnologias, como bem registra a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA)<sup>10</sup>, em seu eixo relacionado à aplicação da Inteligência Artificial no Poder Público, que assim dispõe:

A criação e exploração dessas novas possibilidades de transformação dos serviços públicos, com maior produção de benefícios para os cidadãos, exigem competências humanas e organizacionais específicas, facilitadoras de um ambiente propício e capaz de analisar as situações e os processos e imaginar e desenhar novas soluções fundadas nas possibilidades de uso da informação e capacidades computacionais de processar, aprender e projetar um novo modelo de ação mais inteligente e eficaz. No campo do Poder Público, a Inteligência Artificial representa importante oportunidade para melhorias na

<sup>10</sup> A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) foi instituída pela Portaria GM nº 4.617, de 6 de abril de 2021, do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. A EBIA está assentada em três eixos transversais (Legislação, regulação e uso ético; Governança de IA; e Aspectos internacionais) e seis eixos verticais (Educação; Força de trabalho e capacitação; PD&I e empreendedorismo; Aplicação nos setores produtivos; Aplicação no Poder Público; e Segurança pública).



qualidade de atendimento e nos índices de satisfação dos cidadãos. A inovação na gestão pública, ao modernizar os processos administrativos, possibilita que o Estado supere obstáculos burocráticos e restrições orçamentárias para oferecer serviços novos, melhores e mais eficientes à população (BRASIL, Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação, 2021, p. 43).

Neste contexto, o Estado não pode deixar de considerar a utilização das ferramentas de TIC para a solução de conflitos, pois através delas, a Administração Pública poderá criar eficientes mecanismos para o desenvolvimento de espaços colaborativos entre Administração e administrados, promovendo o diálogo e uma cultura de paz. Inclusive, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, especialmente através dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) nºs 09 e 16, fomenta o acesso da cidadania às novas tecnologias e a promoção de uma cultura de diálogo e paz<sup>11</sup>.

Quanto às políticas de governo aberto, a utilização das ferramentas de TIC para a solução de conflitos administrativos se ajusta a estas diretri-

zes, uma vez que a tecnologia é colocada como um instrumento de aproximação entre o Estado e o cidadão, criando condições para o exercício da cidadania<sup>12</sup>.

Estas novas práticas de governança e gestão administrativa induzem a adoção de ferramentas de TIC para o fortalecimento da participação cidadã, do controle social e da transparência. Significa dizer que os valores e fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito podem ser efetivados através do uso da tecnologia, na medida que estes instrumentos digitais permitem reestruturar os modelos de gestão e organização administrativa. Por isso que RAMIÓ (2019, p. 73) sustenta que a implantação de tecnologias inteligentes no setor público é uma oportunidade para alcançar o bom governo e a boa administração, uma vez que incorporam mais inteligência e transparência institucional, além de otimizar os processos de decisão e controle. Ou seja, as novas tecnologias agregam valor social a gestão estatal.

Importante esclarecer que embora as políticas de Governo eletrônico<sup>13</sup>

**11** Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas: ODS 09: "Indústria, Inovação e Infraestrutura: construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação"; ODS 16: "Paz, Justiça e Instituições eficazes. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis".

**12** Esta também é a conclusão de RAMIÓ (2019, p. 47) quando afirma que *"los sistemas inteligentes de información tanto de acopio como de transmisión entre la Administración y la ciudadanía y viceversa pueden contribuir a que la participación directa pueda ser más sólida, fluida, rápida e inclusiva de lo que ha sido hasta el momento"*.

**13** Governo eletrônico consiste em um conjunto de políticas públicas de inclusão das tecnologias digitais nas administrações públicas. Em

estejam ligadas a utilização da tecnologia como ferramenta de aproximação entre cidadania e Administração Pública, tais políticas não devem ser confundidas com as práticas de Governo aberto. Isto porque, na perspectiva do Governo aberto, a utilização da tecnologia não visa apenas instrumentalizar as práticas governamentais, mas promover a participação social e a transparência através da tecnologia. Esta também é a linha de entendimento de RAMÍREZ-ALUJAS (2011, pp.05-06) que sustenta que as políticas de Governo eletrônico não têm o objetivo de mudar os valores da Administração Pública, no sentido de realizar mudanças radicais nos modelos de gestão e cultura organizacional. Para o citado autor, o governo aberto, ao revés, possui o compromisso de repensar a Administração Pública e transformar a sociedade.

Cabe, registrar que, recentemente, foi editado, no Brasil, o Decreto Federal nº 10.609, de 26 de janeiro de 2021, que institui a Política Nacional de Modernização do Estado (PNME) e o Fórum Nacional de Modernização do Estado que adere a principiologia do

âmbito ibero-americano, é necessário citar a Carta Ibero-americana de Governo Eletrônico aprovada pela IX Conferência Ibero-americana de Ministros de Administração Pública e Reforma do Estado, em 2007, e pactuada por 21 países, dentre eles o Brasil. Este documento internacional reconhece o direito dos cidadãos de relacionamento eletrônico com os seus Governos e Administrações públicas, como também define as bases fundamentais para a implantação do governo eletrônico.

Governo aberto. Uma das diretrizes da PNME é justamente promover a transformação digital da gestão e dos serviços. Ademais, a PNME está alicerçada nos princípios de centralidade nas necessidades dos cidadãos, simplificação normativa e administrativa, confiabilidade da relação Estado-cidadão, inovação estatal, transparência na atuação do Estado, eficiência da gestão pública, competitividade dos setores públicos e privados; e perenidade das iniciativas de modernização. Resta evidente que a PNME, ao menos do ponto de vista formal, assimila os fundamentos do Governo aberto (transparência, inovação, simplificação), ressaltando a necessidade de utilização da tecnologia e a centralização das ações estatais no cidadão para a modernização da gestão pública.

Também foi publicada a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Dentre os princípios e diretrizes de Governo Digital e eficiência pública indicados no art. 3º da citada lei, interessam ao presente estudo: a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do Poder Público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis; a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos de deman-

dar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial; o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da Administração Pública; o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da Administração Pública; e a promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público.

Estes instrumentos normativos mais recentes evidenciam a necessidade de investimento do Poder Público em tecnologia para a reconfiguração da relação jurídica travada com a sociedade, bem como para obtenção de eficiência na execução de seus objetivos, o que também repercute nas políticas de resolução de conflitos administrativos.

A pandemia do COVID-19 constitui também uma circunstância relevante no processo de digitalização do setor público, uma vez que impulsionou a utilização massiva da tecnologia pelos órgãos e entidades da Administração Pública para a manutenção da prestação dos serviços. As medidas restritivas, como o isolamento social e suspensão das atividades presenciais, exigiram a adoção de caminhos alternativos tanto para a manutenção das atividades dos órgãos e entidades da Administração Pública, como também para o atendimento de necessidades inéditas.

No particular, cabe mencionar o Informe de Relatoria (Área 07) do XXV Congresso Internacional do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD) sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública. Este relatório indica que a pandemia do COVID-19 demonstrou a relevância da centralização das ações do Poder Público na regulação das dificuldades sociais e na promoção de soluções e estratégias sistêmicas, que envolve também a utilização dos recursos digitais<sup>14</sup>.

A pandemia não pode servir de escusa para não garantir direitos fundamentais, razão pela qual, no âmbito da Administração da Justiça Brasileira, objetivando garantir o direito de acesso à justiça, foi publicada a Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que permitiu, com fundamento na emergência sanitária, a realização de sessões virtuais de mediação e conciliação no âmbito dos Juizados Especiais<sup>15</sup>.

Portanto, não restam dúvidas de que a mediação administrativa ele-

<sup>14</sup> Texto disponível em: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-relatoria-Area-7.pdf>. Acesso em 10.01.2021.

<sup>15</sup> Não obstante, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), no §7º do art. 334, já admitia a utilização de recursos eletrônicos para a realização de sessões de mediação e conciliação, nos seguintes termos: "a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei". Em complemento, a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe no art. 46 que "a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo".

trônica se ajusta aos objetivos de Governo aberto, na medida que possui o condão de não apenas facilitar a vida do cidadão na interação com a Administração Pública, mas de gerar novos hábitos no processo de solução dos conflitos administrativos. Neste processo, a Advocacia pública desempenha fundamental, na medida que promove a gestão da resolução dos conflitos administrativos através do assessoramento e representação judicial e extrajudicial do Estado.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem atuando nesta linha, na medida que estimula a adoção da mediação eletrônica, como se verifica na Emenda nº 02/2016, que alterou a emblemática Resolução CNJ nº 125/2010, para permitir a inserção da mediação digital:

Art. 6º, X: “criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação”.

.....

Art. 18-A. O Sistema de Mediação Digital ou a distância e o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores deverão estar disponíveis ao público no início de vigência da Lei de Mediação.

No final de 2020, a fim de colaborar com os ODS da Agenda 2030 da ONU e com as diretrizes fixadas na Estratégia Nacional do Poder Judiciário (Resolução CNJ nº 335, de 29 de setembro de 2020), o CNJ publicou a Resolução nº 358, de 02 de dezembro de 2020, que determina a disponibilização pelos tribunais do país de sistema informatizado para a resolução de conflitos através da mediação e conciliação. Esta última resolução do CNJ busca ampliar o sistema multiportas preconizado na Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, e por consequência imprimindo mais eficiência aos serviços do Poder Judiciário.

Como visto, a legislação pátria estimula a adoção da tecnologia para a solução consensual de conflitos, ainda que em uma perspectiva de simples mudança de suporte, mas que pode evoluir para uma concepção de Governo aberto com vistas a promover a solução consensual dos conflitos administrativos e assegurar a colaboração do administrado nos processos decisórios. Contudo, não se pode deixar de considerar a exclusão digital como fator de risco às políticas de Governo aberto e democracia digital. De acordo com os dados de 2019 do “*Measuring Digital Development: Facts and figures 2020 - ITU*”, nos países desenvolvidos 87% da população possui acesso à internet, ao passo que

nos países menos desenvolvidos apenas 19% da população possui acesso a este recurso<sup>16</sup>.

Neste contexto, para que a mediação administrativa eletrônica cumpra o seu papel como política de Governo aberto, é necessária a adoção de políticas de combate à exclusão digital. Este também é o sentido do Relatório do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, de 29 de maio de 2020, quando sustenta que o apoio aos países em desenvolvimento depois da pandemia deve ser no sentido de proporcionar a estes países e aos grupos vulneráveis ferramentas digitais para que as atividades de recuperação gerem uma infraestrutura digital inclusiva<sup>17</sup>. Sem a inserção de grande parcela da população brasileira ao mundo digital, a mediação administrativa eletrônica não logrará o objetivo de estabelecimento de uma cultura de paz e de consenso. Ao revés, propiciará a ampliação dos níveis de litigiosidade e de exclusão social.

Deve, a Administração Pública, apoiada na Advocacia Pública, fomentar à implementação da mediação administrativa eletrônica, combatendo a exclusão digital e promovendo ações efetivas de Governo aberto e propiciando a inovação na gestão

pública e o incremento da eficiência administrativa no âmbito da solução das controvérsias administrativas.

## 6. CONCLUSÕES

- A gestão administrativa deve ser conduzida por meio dos fundamentos de governo aberto: transparência, prestação de contas e participação. Quanto à participação, mostra-se necessária a adoção de instrumentos que permitam o aprofundamento da relação jurídico-administrativa travada entre Administração e administrados, de maneira a evoluir da mera participação para a colaboração.
- A solução dos conflitos administrativos também precisa ser alcançada pelos princípios e fundamentos de Governo aberto, permitindo, assim, a colaboração dos diversos atores sociais nos processos decisórios da Administração Pública. As disputas administrativas precisam ser conduzidas com base nesta pauta, para que seja possível obter mais eficiência na atuação administrativa e maiores níveis de satisfação dos administrados.
- A mediação administrativa constitui um instrumento importante de fortalecimento e

**16** Dados disponíveis em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2020.pdf>. Acesso em 10.01.2021.

**17** Documento disponível em: <https://undocs.org/es/A/74/821>. Acesso em 21.01.2021.

ampliação das políticas de Governo aberto, pois permite o aprofundamento da relação entre administrado e Administração Pública, através da colaboração e do consenso.

- No contexto da normativa pátria, em especial a Lei Federal nº 13.145/2015, a Advocacia Pública possui um papel central no fomento a esta nova perspectiva de tratamento das disputas que envolvem o Poder Público. Assim, Advocacia Pública precisa assumir o papel de órgão estratégico e gestor desta nova política de solução de conflitos administrativos.
- A utilização da tecnologia para a solução de conflitos administrativos também deve ser considerada, sobretudo através da mediação, o que permitirá potencializar o alcance destes resultados, estabelecendo um outro nível de colaboração cidadã. Sem embargo, para o cumprimento destes objetivos, a Administração Pública precisará adotar políticas públicas eficientes de combate à exclusão digital.
- A Administração Pública precisa e deve fomentar, em matéria de solução de conflitos, práticas de Governo aberto, com o apoio

da Advocacia Pública, para que seja possível implementar uma gestão administrativa mais colaborativa, eficiente e alinhada ao princípio democrático.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e Governança Pública. Responsabilidade, metas e diálogo aplicado à Administração Pública do Brasil.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

AVILES NAVARRO, María. **La Mediación Intrajudicial en el orden del contencioso administrativo: evolución hacia una nueva realidad.** Madrid: Universidad Carlos III, 2015.

BARRA, Carlos Rodolfo; AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo Pironti. Administración pública consensual: un análisis entre el modelo burocrático y responsable (“gerencial”). **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 114, jan./jun., pp. 473-496, 2016.

BAUER, Hartmut. “¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual”, em **Documentación Administrativa**, abr./jun. de 1993, nº 234, pp. 133/160.

BINENBOJM, Gustavo. “A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito”, em **Revista Eletrônica de Direito do Estado.** Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, julho/agosto/setembro de 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?>

cod=625. Acesso em: 28.03.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial**. Organizador: GOMMA DE AZEVEDO, André. 6ª Edição. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação. Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Brasília, MCTI, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia\\_estrategia.pdf](https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia.pdf). Acesso em: 13.04.2021.

CASTELLS, Manuel. Globalización, Identidad y Estado en América Latina. **Temas de Desarrollo Humano Sostenible**. Santiago de Chile: Programa de Las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, 1999. Disponível em: <http://desarrollohumano.cl/idh/download/idyest.pdf>. Acesso em: 11.01.2019.

CASSESE, Sabino. “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, em **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 10(3), pp.603-613, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mos038>. Acesso em: 20.01.2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional**. 2ª Edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FREITAS, Juarez. “As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração”, em **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35.1, jan./jun. 2015, pp.195-217.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas**. Tomo 1. Parte General. Buenos Aires: Fundación

de Derecho Administrativo, 2013.

LÍRIO DO VALE, Vanice Regina. **Direito Fundamental à Boa Administração e Governança**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LLINARES, Javier. “Las 10 claves para entender la colaboración en el Modelo Open Government”, em CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián. **Open Government. Gobierno Abierto**. Jaén: Algón Editores MMX, 2010, pp. 51-74.

MANCHADO, Antoni. “Gobierno Abierto, una aproximación desde el Estado”, em CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián. **Open Government. Gobierno Abierto**. Jaén: Algón Editores MMX, 2010. pp.103-125.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco. **La mediación como forma de tutela judicial efectiva**. Madrid: Editorial El Derecho, 2009.

MONTANER COSCULLUELA, Luis. **Manual de Derecho Administrativo**. 28ª Edição. Navarra: Editorial Civitas, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva”, em **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte: 2011, ano, v. 11, pp. 34-35.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **¿Ciberciudadanía@ o Ciudadanía.com?**. Barcelona: Gedisa, 2004.

RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro V. "Open Government y Gobernanza Colaborativa: El (inevitable) camino hacia un nuevo paradigma de Gobierno y Gestión Pública", em **Estado del arte, desafíos y propuestas, ponencia para el X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración (AECPA): La polí-**

**tica en la red.** Murcia, 2011. Disponível em: <<https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/10-0/555/>>. Acesso em: 20.01.2019.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales.** Sevilla: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2015.



# **TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY: POR UMA ABORDAGEM DESPAROXIZADORA**

Téssio Rauff de Carvalho Moura

## **TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY: POR UMA ABORDAGEM DESPAROXIZADORA**

Téssio Rauff de Carvalho Moura\*

### **1 – INTRODUÇÃO**

O Constitucionalismo Dirigente plasmado na Carta Magna de 88 convida seus hermenêutas a enfrentarem o problema de sua concretização em múltiplas frentes, notadamente quanto à concretização dos direitos fundamentais. E assim fazendo, uma miríade de situações objetivas se convertem, em tese, em tuteláveis sob o pálio de prestações individuais ou coletivas atribuíveis ao Poder Público, seja diretamente aos Poderes Executivo e Legislativo, através das chamadas ações positivas ou negativas, seja ao Poder Judiciário na condição de fiador do eventual descumprimento das promessas constitucionais.

A simbologia inerente à intensa constitucionalização brasileira por certo conduz à replicação de idiosincrasias já integrantes de seu respectivo tecido social. Escolhas trágicas, neste contexto, defluem da nítida percepção de que a escassez de meios

financeiro-orçamentários à consecução de tais promessas impede o perfeito atendimento a todas as referidas demandas com que se defronta o Poder Público.

Com efeito, um débito ainda não pago pelas sucessivas teorias de fundo constitucionais para com a realidade é justamente a transformação desta, fazendo em seu espaço emergir a energia criativa que poderá efetivamente conduzir à emancipação da miséria que circunda e abocanha nossa realidade. O nominalismo constitucional, neste sentido, resta enxergado como um círculo vicioso a ser combatido, eis que a erosão da força normativa constitucional conduz à redução de legitimidade e esta, de seu turno, invoca aquela.

O quase misticismo com que emergem neste contexto os direitos fundamentais, conjurados de forma assistêmica em relação ao Projeto

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí, pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito e Processo do Trabalho, mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. É Procurador do Estado da Bahia com atuação na Primeira e Segunda Instância do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região em Salvador/. E-mail: [tessorauff@gmail.com](mailto:tessorauff@gmail.com)

Constitucional - nos planos individual e coletivo, respectivamente -, faz indagar quais são suas fronteiras ainda por explorar rumo à eficácia constitucional e a fim de mudar os desafios inerentes à condição de miserabilidade de larga faixa populacional. Nesta senda, o pensamento procedimentalista de Robert Alexy emerge como central na discussão a respeito de direitos fundamentais, dada sua influência sobre doutrina e jurisprudência.

Referidos pontos serão abordados para, em seguida, buscar-se uma contribuição no sentido da concretização dos direitos fundamentais a partir de ferramentas da Análise Econômica do Direito, sobretudo com a *teoria do custo dos direitos* na esteira da desparoxização que ela propõe. Intenta-se com isto também transpor para a facticidade a carga compromissória depositada na Carta Federal e que, de conseguinte, é de implicar o desenvolvimento de um padrão mínimo de dignidade a todos aqueles a ela submetidos.

## **2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM PERSPECTIVA**

### **2.1. O Conceito de Análise Econômica do Direito**

Uma conceituação da Análise Econômica do Direito pode partir da conjugação entre direito e economia, tomada esta como o estudo do ser humano em suas decisões diante da escassez

de recursos e aquele como, de forma objetiva, a arte de regular o comportamento humano (RIBEIRO; KLEIN; GICO, 2016, p. 17). Neste sentido, aponta Ivo Gico os traços básicos da AED, filiando-a ao consequencialismo do seguinte modo:

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente em relação às suas consequências. (RIBEIRO ; KLEIN ; GICO, 2016, p. 17).

Busca ela, a AED, responder, dentro do Direito, indagações sobre quais as consequências da manipulação de determinado instituto jurídico (AED positiva), bem ainda sobre quais institutos e com qual formatação devemos adotar em nosso ordenamento (AED negativa). Destarte, com algum esforço de (injusta) síntese, a Análise Econômica do Direito é, pois, um método para aportar a facticidade no Direito e vice-versa, num ir-e-vir cíclico e com o socorro adicional das teorias econômicas (RIBEIRO; KLEIN; GICO, 2016, p. 19).

Feitas estas considerações de caráter histórico, tomadas aqui como um mínimo a ser compreendido para fins de utilização da Análise Econômica

do Direito, mormente na vertente que trata do custo dos direitos, ao diante explicitada, passa-se à compreensão da perspectiva procedimentalista de direitos fundamentais lançada por Roberto Alexy, cuja influência na doutrina e jurisprudência brasileira é marcante.

### 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1. Direitos Fundamentais: Conceito e Abordagem Procedimentalista em Robert Alexy

Feitas estas considerações, cumpre frisar que, para Alexy, uma teoria dogmática dos direitos fundamentais possui ao menos três dimensões: a dimensão analítica, que se refere a uma inquirição sistemático-conceitual da ordem jurídica; a dimensão empírica, que pode ser entendido em relação ao direito positivo válido e à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, valendo-se em todo caso da interpretação jurisprudencial dada ao Direito; e a dimensão normativa avança em relação à empírica por buscar a elucidação crítica do direito positivo mediante, inclusive, crítica à jurisprudência, buscando encontrar a decisão correta no âmbito do direito positivo válido (ALEXY, 2006, p. 33-35).

Explicita Alexy que um modelo que efetivamente integrativo de todas as dimensões teóricas dos direitos fundamentais passa pela concepção de uma teoria estrutural (2006, p. 42), que é primariamente analítica, mas

não totalmente, pois investiga as estruturas de direitos fundamentais com vistas a tarefas práticas (ALEXY, 2006, p. 42-43). Dirá Alexy que para tal teoria, “*sua ideia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ela tem um caráter normativo-analítico*” (ALEXY, 2006, p. 43).

A partir desta abordagem, Robert Alexy afirmará que as normas de direitos fundamentais “*são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados*” (2006, p. 65).

É patente em Robert Alexy uma chave de interpretação procedimentalista dos direitos fundamentais. Embora sem negar as contribuições de abordagens substancialistas, Alexy pontuará ser de maior conveniência buscar a conceituação de normas de direitos fundamentais com base em um critério formal, diretamente relativo a sua positivação, para o que apontará quatro vantagens:

- (1) elas se apoiam da forma mais estrita possível na Constituição alemã;
- (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral;
- (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais;
- e (4) elas abrangem, em grade medi-

da, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental. (2006, p. 69)

Com base na fixação das vantagens da abordagem formal-procedimentalista, Alexy propõe a definição de norma de direito fundamental usada na obra em três níveis assim descritos: a) o primeiro nível é delimitado na forma de enunciados normativos oriundos de determinada autoridade, qual seja o legislador constituinte; b) o segundo nível, o das normas de direitos fundamentais atribuídas, apresenta o prolongamento da ideia de autoridade dos enunciados normativos, conectando-se com a ideia de correção de atribuições das normas primariamente dotadas de autoridade; e c) no terceiro passo, a conceituação da fundamentação é generalizada, de modo a se aplicar tanto para as normas estabelecidas diretamente como para as normas atribuídas (ALEXY, 2006, p. 76-77).

### **3.2. A Natureza Princiológica das Normas de Direitos Fundamentais em Robert Alexy**

A compreensão estrutural dos direitos fundamentais em Robert Alexy tem como pressuposto teórico a demarcação conceitual entre regras e princípios, entendidos ambos como espécies de normas, porquanto baseados em fórmulas deônticas (2006,

p. 87). Mas Alexy recorrerá ao conceito de Wittgenstein de *semelhança de família* para distinguir entre as referidas classes de normas, entendida sobredita similaridade como o traço aglutinador, que, sem estar presente sempre na mesma intensidade, é capaz de fazer diferenciar os membros de um conjunto (2006, p. 89).

Nesta compreensão, os princípios comandam que algo seja realizado na máxima medida possível e de conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo por isto nominados como *mandados de otimização*, posto comportarem níveis diversos de realização; referida gradação, de seu turno, é modulada a partir da colisão, que pode se dar, para Alexy, entre princípios e entre regras e princípios. De outro lado, tem-se as regras, que devem ser satisfeitas ou não sem comportarem gradação, posto contem de antemão as determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível de modo definitivo (ALEXY, 2006, p. 90-91).

A distinção entre o caráter definitivo das regras e o caráter *prima facie* dos princípios para Alexy está ainda no estabelecimento de cláusulas de exceção para a decisão de determinado caso, situação em que a regra perderá seu caráter definitivo. Neste sentido, refere também Alexy que “a *introdução de uma cláusula de ex-*

*ção pode ocorrer em virtude de um princípio”* (p. 104). Nesta esteira, um princípio cede lugar quando outro tem maior peso no caso concreto, mas:

(...) já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados ‘princípios formais’ (ALEXY, p. 105).

Feita esta distinção, Alexy se põe contra um modelo puro de regras e puro de princípios, defendendo um modelo misto de regras e princípios, que equivale a uma convivência não reciprocamente excludente entre as duas espécies de normas, de modo a privilegiar sua interconexão (ALEXY, 2006, p. 135). As normas de direitos fundamentais, na perspectiva de Robert Alexy, podem deter caráter duplo, isto é, de regras e princípios, *“se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos”* (ALEXY, 2006, p. 141). Conceituando as normas constitucionais de caráter duplo, assim leciona Alexy:

Sob dois aspectos essa norma tem inteiramente o caráter de

uma regra. Ela é aplicável sem que seja necessário sopesá-la contra outra norma e a ela é possível se subsumir. Aquilo que é abarcado pelo suporte fático, mas não satisfaz a cláusula restritiva é proibido. Mas, por outro lado, ela não tem o caráter de uma regra, na medida em que faz, na cláusula de restrição, explícita referência a princípios e a seu sopesamento. Normas com essa forma podem ser denominadas como normas constitucionais de caráter duplo. (ALEXY, 2006, p. 143)

No Posfácio de sua Obra Magna, aliás, Alexy reitera o mote de seu Estudo, assim o expondo:

A tese central deste livro é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. Desde o seu surgimento, em 1985, a tese da otimização foi alvo de inúmeras críticas. Algumas delas dizem respeito a problemas gerais da teoria das normas. A maioria, no entanto, gira em torno da questão sobre se a tese da otimização conduz a um modelo adequado dos direitos fundamentais. (p. 578)

Entendidos, pois, como tendo uma indelével faceta principiológica, os direitos fundamentais comportam restrições, que diferem da noção de violação, entendida esta como ofensa ao teor dos direitos fundamentais. Regras e princípios, neste sentido, podem ser restrições a direitos funda-

mentais sempre que um deles servir como razão *“para que no lugar de uma liberdade prima facie ou de um direito prima facie ou de um direito fundamental prima facie, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”* (ALEXY, 2006, p. 285).

E é no campo do sopesamento, isto é, da própria incidência da proporcionalidade, operacionalizadora da colisão em que figurarem um ou mais princípios, que há a abertura hermenêutica para a inserção do ferramental da Análise Econômica do Direito na teoria dos direitos fundamentais.

### **3.3. A Proporcionalidade em Robert Alexy e a Abertura para a Análise Econômica do Direito**

Explicitadas tais características basilares da teoria dos direitos fundamentais em Robert Alexy, cumpre situá-la também na esteira da superação do positivismo jurídico e na consequente via de rejeição do formalismo.

O advento da cultura jurídica pós-positivista, mediante a reaproximação entre Direito e Moral, com largo enfoque em Alexy para a entronização dos valores no mundo jurídico na forma de princípios, conduz ainda à reaproximação da ciência jurídica com campos afins do saber, como economia e psicologia (BARROSO, 2018, p. 36). Mas não só. Ao decompor a otimização de princípios nas três

fases do postulado racional da proporcionalidade, Alexy abre caminho para uma simbiose destes elementos jurídicos com a faticidade, sobretudo nos subníveis da adequação e da necessidade, que antecedem a etapa da proporcionalidade em sentido estrito.

Tratando da proporcionalidade em sentido amplo, Alexy pontua que as máximas da adequação e da necessidade expressam uma máxima realização das possibilidades fáticas (2006, p. 588). E dirá ainda o seguinte, já revelando a possibilidade de pontos de contato de seu pensamento com a Análise Econômica do Direito:

(...) a máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. (2006, p. 591)

Assim, a adequação representa uma análise prévia e eliminatória, por meio da qual se afere a aptidão de determinado meio para a solução do problema posto, excluindo aqueles que não atingirem tal finalidade; trata-se de um critério negativo (ALEXY, 2006, p. 590). Já a necessidade, de outro modo, é um segundo passo que

implica a comparação entre meios, de modo a se buscar, dentre os meios aptos, aqueles que menor restrição impliquem a direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 590).

A proporcionalidade em sentido estrito, como terceira máxima parcial da proporcionalidade (*lato sensu*), é expressa no nível jurídico, e não mais no nível fático, sendo plasmada na ideia de que “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” (ALEXY, 2006 p. 593). A lei do sopesamento, dirá Alexy, pode ser expressa em três passos:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio. (2006, p. 594)

Assim posto, porquanto dividido o sopesamento em três níveis, sendo os dois primeiros referentes a questões fáticas – necessidade e adequação –, há aí a porosidade por meio da qual a Análise Econômica do Direito pode ser introjetada na lógica da ponderação e com base na possibilidade de restrições a direitos fundamentais, na forma da compreensão de Alexy.

### **3.4. Direitos Fundamentais: Repercussões da Escassez Material no Plano Jurídico**

Ao lado das sobreditas discussões, concernentes à modulação do caráter não-absoluto dos direitos no plano jurídico, importa trazer para tal equacionamento a variável da escassez de recursos no plano material, no âmbito da adequação e necessidade enquanto etapas da fórmula de sopesamento.

Busca-se com isto demonstrar que a relativização de investimentos e a conseqüente gradação na realização de direitos fundamentais não é novidade e, menos ainda, um processo inconsciente.

Com efeito, um exemplo deveras emblemático se dá em tema de direito à saúde, a envolver diversas prestações dependentes de decisões políticas para fins de alocação de recursos, oportunidade em que a ideia de eleição de prioridades para o manejo destes resta evidente. Classificando referidas divisões no âmbito da segmentação dos recursos da saúde, aponta Amaral que “*as decisões alocativas são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira é chamada de decisão de primeira ordem e a outra decisão de segunda ordem*” (2001, p. 148).

Holmes e Sunstein, em construção similar, levarão tal análise além, buscando ainda identificar quem de-



cide a forma de distribuição destes recursos escassos, bem ainda para quem se dará a proteção neles plasmada (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 98). Tal perspectiva enfatiza os poderes políticos encarregados da decisão, bem ainda permite um crivo sobre quais sujeitos serão os destinatários da atuação estatal.

Os parâmetros para a alocação de recursos materiais ficam em última análise sob o abrigo de construções baseadas na teoria da justiça distributiva, que tem uma preocupação objetiva relacionada à quantificação e outra subjetiva, direcionada aos sujeitos envolvidos. Ocorre que as teorias de justiça distributiva comumente observadas não abordam satisfatoriamente os impactos sobre a racionalidade decisória da escassez de recursos no plano material. Em esforço promovido por Gustavo Amaral, podem ser enquadradas neste isolamento epistemológico as teorias liberais de Justiça, como as de John Rawls e Robert Nozick (AMARAL, 2001, p. 151-152).

À vista da insuficiência de tal abordagem, o que se vê na prática é uma profusão de políticas públicas e decisões pretorianas assistemáticas. Mormente no campo das decisões judiciais, a alocação de recursos tem se dado com o uso de critérios de microjustiça. Há, pois, na distribuição de recursos a seguinte problemática:

A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar. Há uma natural tentação a “decidir não decidir”, a não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, tal como se a escolha não existisse.

Ocorre que a escolha sempre existirá e, com ela, sempre haverá as vítimas, sejam elas conhecidas ou não. (AMARAL, 2001, p. 181)

Neste sentido, emerge tanto mais urgente o dizer de Posner, cuja razão é extensível para todos os agentes políticos, no sentido de alertar para a impossibilidade de monopolizar no âmbito de determinado poder as decisões de alocação orçamentária:

Os juízes não constituem uma vanguarda moral e as palavras pomposas que usam tendem a ser rótulos para convicções baseadas em palpites e emoções. A inflação retórica, assim como a loquacidade vivaz e o jargão impenetrável, é um dos riscos ocupacionais da adjudicação, bem como da lei em geral. (POSNER, 2010, p. 52)

No mesmo sentido, enfrentando o problema da escassez quando da concretização de direitos, sejam eles de cunho constitucional ou não, tem-se o pensamento de Holmes e Sunstein, que busca diagnosticar nas decisões políticas e judiciais a formatação do nível de bem-estar atinente a cada

direito. Neste sentido, dirão os autores que *“todos os direitos são protegidos até certo ponto, e esse ponto depende, em parte, de decisões orçamentárias acerca da destinação de recursos públicos escassos”* (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 98).

A matização do grau de execução de direitos em terras brasileiras resulta claro quando tomamos o caso do direito à saúde. Ocorre que há perspectivas particularistas no trato da saúde mesmo no nível das políticas públicas, conforme o exemplo da eclosão do HIV/AIDS, que vitimou pessoas de elevada projeção pública, tanto no nível artístico como também no acadêmico. Tal moléstia historicamente tem gerado profunda comoção social, mormente pela forma desumana com que tantas vezes seus portadores foram (ou são) deixados em desamparo, estimulando a busca de tutela judicial para fins de obtenção de medicamentos, mas também a própria pressão social por políticas públicas neste sentido.

É como resultante destas pressões que o enfrentamento do HIV/AIDS feito pelo Brasil é apontado como sendo um dos melhores do mundo (VARELLA, 2008), ao tempo em que moléstias mais simples e mesmo o combate à pobreza e miséria não alcançam igualmente tal grau de êxito, nada obstante significarem em suas situações-limite formas de supressões da vida.

Segundo dados pelo IBGE através da Síntese de Indicadores Sociais (SIS), cerca de 25,3% da população, isto é, algo como 52,5 milhões de pessoas se encontram no nível da pobreza, universo do qual 6,5%, ou seja, 13,5 milhões de habitantes se encontram em condição de extrema pobreza, eis que com renda per capita inferior a R\$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais) mensais, segundo critérios do Banco Mundial. Tais números vêm se agravando de desde o ano de 2015, em claro prejuízo da normatividade constitucional.

Quer-se com isto significar que o exemplo até aqui relativamente bem sucedido de enfrentamento ao HIV/AIDS pelo Brasil pode lançar luzes sobre a concretização dos direitos fundamentais em outros níveis, notadamente quanto à trágica pobreza que acomete elevada parcela da população brasileira.

Dito isto, é de se perceber que no nível político e judiciário determinadas questões subjacentes a direitos fundamentais já se apresentam como fruto de relativização baseadas em escolhas nem sempre conscientes num sentido sistêmico. E é a teoria do custo dos direitos um valioso instrumental apto a diagnosticar tais decisões alocativas, oferecendo trilhas interpretativas para a superação de tal *status quo*.

## 4. UMA ABORDAGEM PELA TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS

### 4.1. Linhas Gerais da Teoria do Custo dos Direitos

Os professores Stephen Holmes e Cass Sunstein tiveram o mérito de trazer para a Análise Econômica do Direito a investigação a cerca do *custo dos direitos*, em obra por eles lançada em 1999. A partir de confessada crítica à ideia de estado mínimo, é estabelecida como contraponto a noção de que, para muito além de eventual liberalismo ensimesmado, *“sem um governo eficaz, os cidadãos norte-americanos não seriam capazes de gozar, como gozam, de seus bens particulares”* (2019, p. 04), noção esta que se disseminará para outras frentes de ação estatal.

Conquanto os direitos possam ser abordados segundo uma perspectiva moral, que os associa a princípios ou ideias morais com pretensão de inviolabilidade, a teoria do custo dos direitos tem uma perspectiva descritiva, cuja investigação é direcionada aos interesses da sociedade na prática e de forma positivista. E dizem ainda que as teorias moral e positivista não se contradizem, mas tão somente *“fazem perguntas diferentes e dão-lhes respostas diferentes”* (2019, p. 07), por força do que é mais coerente falar em complementariedade entre ambas as abordagens. Bem vistas as coisas,

tal peculiaridade é mesmo oponível àqueles que enxergam na Análise Econômica do Direito uma irreduzível antagonista das compreensões morais do Direito.

Neste contexto, a teoria do custo dos direitos é um tema essencialmente descritivo, mesmo que detenha, em si uma abertura dialógica para aspectos morais, mas sem olvidar que *“uma teoria dos direitos que jamais desça das alturas da moral para um mundo onde os recursos são escassos será dolorosamente incompleta, mesmo do ponto de vista moral”* (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 08). Buscam Holmes e Sunstein defender que *“na realidade, um direito jurídico só existe se e quando tem um custo orçamentário”* (2019, p. 09).

O recorte epistemológico da teoria do custo dos direitos repousa assim na dissecação da intimidade orçamentário-financeira das posições jurídicas em jogo, de modo a desaparecer noções pretensamente estanques, como direitos positivos e negativos, buscando assim dotar os poderes estatais de um ferramental capaz de conduzir à melhor decisão.

### 4.2. Direitos como Bens Públicos

A teoria do custo dos direitos busca situar todos os direitos como bens públicos com base em sua gênese oriunda de dispêndios financeiro-or-

çamentários. Ao Holmes e Sunstein tratarem da definição de fontes de custeio da ação estatal, diferenciam as ideias de *tax*, equivalente à noção aplicada no Brasil de impostos em geral, vez que cobrados independentemente de uma prestação específica por parte do Estado em relação ao específico contribuinte (art. 16, do CTN) da de *fee*, que equivale à nossa ideia de taxa, eis que derivada de uma prestação específica ao contribuinte, além de servir de base econômica ao exercício do poder de polícia (art. 77, do CTN). E disto se deduz que os direitos norte-americanos são essencialmente mantidos por *taxes* (impostos em geral), o que os torna bens públicos, e não meramente privados (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 10).

A baixa prevalência de tributação de caráter prestacional ou de forma específica e divisível, isto é, na forma de taxas, permite entrever que também no caso brasileiro é possível concluir que os direitos como um todo são essencialmente públicos. Uma rápida consulta feita ao orçamento da União para o ano de 2019 permite confirmar tal raciocínio, dada a prevalência de receitas não contraprestacionais (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DA UNIÃO, 2020).

Ocorre que, em paralelo ao referido custo orçamentário que imprime caráter público a todos os direitos, estes ainda possuem um custo so-

cial, que pode ser sintetizado como a consequência, para a sociedade, da violação de direitos, entendidos aqui não sob o prisma monetário, mas sim do dano em si próprio experimentado pelo corpo social em hipótese de violação (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 10-11).

Mesmo que se reconheça como deveras complexo o cálculo do custo de proteção de determinado direito, sua necessidade ainda é premente, dado que a escolha pela proteção de um direito implica desguarnecer outros tantos. E este ferramental que parte da premissa do caráter público dos direitos permite desparoxizar a distinção entre direitos negativos positivos, inclusive para fins de escolhas com pretensão de correção moral, nos termos do que defendem Holmes e Sunstein:

Perguntar quanto custam os direitos não é o mesmo que perguntar o quanto eles valem. Mesmo que fossemos capazes de calcular até o último centavo quanto custaria garantir o direito de acesso à Justiça, digamos, num determinado ano fiscal, nem por isso saberíamos o quanto, enquanto país, devemos gastar com isso. Esta avaliação depende de uma avaliação política e moral e não pode ser decidida pela simples contabilidade. (2019, p. 16-17)

A discussão pela prevalência de uma escolha orçamentária pode significar haver-se que revisitar a própria

organização do gasto público, com consequências pontualmente desagradáveis a determinados grupos de interesses.

#### **4.3. Direitos Negativos e Direitos Positivos: O Custo como Característica Comum**

Holmes e Sunstein partem de uma premissa que busca desmistificar a pretensa distinção entre direitos negativos e positivos, frequentemente levantada para fins de desestímulo à concretização de conteúdos prestacionais *“todos os direitos são positivos”* (2019, p. 23). Tal premissa é fixada em oposição à percepção estritamente jurídica de que os direitos negativos não possuiriam custos por serem apenas direitos de defesa, ao tempo em que os direitos positivos, estes sim, traduziriam dispêndio para sua concretização.

A respeito dos direitos fundamentais de primeira geração, obstrutivo-privativos e tradutores da ideia de liberdade no sentido formal, são eles expostos por Ingo Wolfgang Sarlet como identificados com:

“(…) o pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mas especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do poder. (2019, p. 319-320)

Já os chamados direitos positivos, isto é, aqueles colocados como a segunda geração de direitos, de caráter caritativo-contributivo e calcados na ideia de igualdade, caracterizam-se, também para Ingo Wolfgang Sarlet:

(…) por assegurarem ai indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (...) (2019, p. 321)

Tal é a percepção que predomina na doutrina constitucional brasileira e que trabalha a dicotomia entre os chamados direitos negativos, associados à primeira geração ou dimensão de direitos, e os direitos positivos, associados à segunda geração ou dimensão de direitos.

Nada obstante, referida dicotomia, posta sob o prisma da Análise Econômica do Direito, não apresenta autoevidência e apoio constitucional, mesmo que se reconheça sua forte influência sobre o debate jurídico. Tal dificuldade se inicia pela impossibilidade de estabelecer um catálogo separando direitos negativos de direitos positivos, eis que as manifestações destes são deveras complexas. Alguns exemplos práticos trazidos por Holmes e Sunstein ilustram a enorme dificuldade em apartar em dois róis estanques e exaustivos o exame de

pretensões e contraprestações do cotidiano:

Como classificar o direito a ser visitado na prisão, o direito de fazer o que bem entender com os próprios bens, o direito de um aluno expulso da escola a uma audiência, os direitos de casar-se e divorciar-se, o direito de precedência na compra de um bem, o direito de ser reembolsado após efetuar pagamento em duplicidade, o direito à presença e à assistência de um advogado antes de se interrogado por autoridades policiais, o direito de emigrar, o direito de receber aconselhamento sobre controle de natalidade e o direito de usar contraceptivos? (2019, p. 26)

Não se pode deixar de perceber, todavia, que a dicotomia em foco tem um atrativo teórico como sua adoção pela Suprema Corte americana, que lhe conferiu o peso de sua autoridade, sendo cotidiana a *“(...) distinção entre direitos negativos e positivos, ou entre liberdades e subsídios (classificação muitas vezes se supõe ser idêntica à anterior)”* (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 27).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, aliás, tal distinção encontra amparo histórico, a revelar o voto do e. Ministro Celso de Mello

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segun-

da geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, (...)”

(MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) (grifos acrescidos)

Em superação, Holmes e Sunstein enunciam que os indivíduos só gozam de direitos em sentido jurídico, e não moral, por força do que *“(...) todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos”* (2019, p. 30) e indo além, atrelam o custo de um direito ao custo de sua realização. E isto porquanto inexistente direito que dispense uma pretensão de uma *“resposta afirmativa”* (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 31) por parte do Estado, assim lecionando:

Toda lei proibitiva, sejam quem forem seus destinatários, implica tanto a concessão afirmativa de um direito pelo Estado quanto a pretensão legítima à solicitação da assistência do mesmo Estado, caso a lei venha ser desobedecida. (2019, p. 30)

E é a rede operativa subjacente a tal resposta do poder público em caso de desrespeito a um direito chamado de negativo que consubstancia seu custo, tal como as despesas inerentes a visitas de fiscalização de presídios públicos ou como caso dos próprios tribunais

estatais que, longe de serem algo a não influírem no rumo dos direitos, são eles ordenados de forma a viabilizar a melhor resposta estatal a cada caso. Para isto, o Poder Judiciário tem necessidades orçamentárias sem as quais é impossível a guarda dos direitos básicos, pois “(...) o detentor de um direito é sempre o autor potencial de uma ação judicial ou de um recurso” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 32).

#### **4.4. Violação a Direitos Fundamentais: Necessidade de Resposta Estatal**

Na trilha da inexistência de uma dicotomia entre direitos negativos e positivos, passa-se agora à análise da ação estatal como resposta à violação de ambas as espécies. E isto porquanto a dicotomia entre ação e abstenção não diz especificamente com o agir do Estado, eis que em ambas as hipóteses alguma forma de atuação sua será necessária para a garantia do direito posto em testilha. Holmes e Sunstein citam casos, tal qual o da supervisão judicial, como exemplos eloquentes de que:

“Até os direitos que seria razoável afirmar exercerem-se ‘contra’ o Estado exigem a criação (afirmativa) e o fortalecimento de relações de supervisão, comando e obediência, para que as autoridades que poderiam infringi-los (entre as quais policiais e car-

cereiros) não se comportem de modo cruel ou discriminatório” (2019, p. 41)

Não por acaso Holmes e Sunstein, após passarem em revista a diversas rubricas do orçamento norte-americano, afirmam que, “*no geral, os direitos de propriedade talvez depositem sobre o tesouro público um ônus pelo menos tão grande quanto os nossos imensos programas de redistribuição de recursos*” (2019, p. 47). O próprio orçamento de defesa nacional é ainda lembrado por Holmes e Sunstein como elemento inerente à proteção do livre mercado em face de desafios internacionais, como invasões estrangeiras ou atos de pirataria. É neste sentido que as críticas conservadoras aos direitos prestacionais emergem como uma perspectiva míope que negligencia os altos custos dos direitos negativos (2019, p. 448-49).

O direito à propriedade, classicamente encartado como liberdade de primeira geração, no sentido de uma não intervenção estatal, depende da própria ordem jurídica para que suas bases e fruição sejam protegidas. Tal tutela, aliás, vem desde a normatização dos contornos em que a propriedade haverá de ser exercida, passando por um poder executivo apto dar respostas céleres e efetivas, por exemplo, através de aparato policial a prevenir e reprimir crimes contra seu exercício, bem ainda um poder judiciário apto

ao enfrentamento das questões que lhe sejam remetidas em caráter subsidiário. Todas estas ações, defendem Holmes e Sunstein, dependem de um Estado capaz de criar e garantir tais normas concretamente. Referem que:

Os direitos de propriedade só tem sentido quando as autoridades públicas usam a coerção para excluir os não proprietários, que, na ausência da lei, bem poderiam invadir propriedades cujos proprietários gostariam de conservá-las como santuários invioláveis. Além disso, na mesma medida em que os mercados pressupõem um sistema confiável de registros oficiais, protegendo os títulos de propriedade contra desafios que jamais teriam fim na ausência de tal sistema, assim também os direitos de propriedade pressupõem a existência de muitos funcionários públicos competentes, honestos e adequadamente pagos fora da força policial. (2019, p.45)

Com efeito, a alteridade inerente ao Direito evoca a ideia de que posições jurídicas nascem de uma lógica de perde-ganha, isto é, para alguém ter direito a algo, necessário se faz que outrem tenha um correspondente dever. Este recurso à autoridade estatal é sempre decisivo, inclusive, para evitar futuras ofensas a direitos fundamentais. Não se pode, pois, advogar um absentismo estatal e uma suposta primazia dos direitos negativos, superficialmente encarados apartados

de seus custos, como contraposição à concretização de direitos de caráter contraprestacional. Daí que Holmes e Sunstein conluem:

Os adversários incondicionais do poder estatal não podem defender com coerência os direitos individuais, pois os direitos constituem uma uniformidade cogente imposta pelo Estado e custeada pelo público. A igualdade de tratamento perante a lei não pode ser assegurada num vasto território sem órgãos burocráticos centralizados relativamente eficazes e honestos, capazes de criar e fazer valer direitos. (2019, p. 44)

Posto que, do ponto de vista da abordagem da teoria do custo dos direitos, a aceção negativa ou positiva gera custos que devem, de conseqüente, ser ponderados para fins de atuação estatal, importa sejam feitas escolhas político-jurídicas à luz de tais dispêndios e com a observância dos efeitos da escassez no plano material, bem ainda do específico ônus argumentativo que disto deriva.

#### **4.5. Direitos Fundamentais: Concessões Inevitáveis e Custo de Oportunidade**

Ainda que sejam considerados argumentos como o mínimo existencial ou com o máximo existencial, na forma do que defendido por Miguel Calmon Dantas (2011), as concessões são inevitáveis no além fronteira de referidos conceitos. Neste sentido, pode-se



partir da compreensão de que há um padrão a ser equitativamente humanitário a ser praticado equitativamente em favor de todos, no sentido de proteger “*interesses humanos básicos*” (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 97).

Mesmo em se compreendendo que determinados direitos foram erigidos à quadra constitucional, observar a intimidade das escolhas financeiro-orçamentárias subjacentes à concretização de todo bem jurídico permite compreender que, no geral, “*o nível de proteção que os direitos de bem-estar recebem é determinado por via política e não judicial, quer tais direitos sejam constitucionalizados, quer não.*” (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 98). Ainda a respeito da constitucionalização de direitos de cunho social em países subdesenvolvidos, como o Brasil, assim expõem os autores;

Seria de se imaginar que nos países em desenvolvimento a constitucionalização dos direitos de segunda geração a uma garantia mínima de bem-estar não é desejável, porque custariam muito mais que os direitos de primeira geração cujos objetos são liberdades mais conhecidas (ou seja, sob essa ótica, há entre eles uma distinção de grau, não de tipo); porque dariam ao Judiciário um poder indevido; porque não produziriam um retorno suficiente; ou porque dariam uma impressão errada acerca de qual é a finalidade básica do Estado. Todas essas são questões práticas. (p. 98)

Neste sentido, tanto quanto os problemas a que se dirige a constituição são mutáveis, as respostas constitucionais também haverá de acompanhar tal dinâmica. Daí se fazer necessário que os governos promovam uma distribuição equitativa de recursos. Tal modulação que busca conjugar a tributação adequada com razoável contraprestação em termos de serviços públicos já é feita em tantos casos de modo consciente e em outros de modo inconsciente. O exemplo do relativamente bem sucedido combate ao HIV/AIDS no Brasil, em contraponto a outras formas de ameaça à vida, com claro destaque para a pobreza e miséria, demonstra que modulações em termos de alocação são possíveis.

A inevitabilidade das concessões entre a proteção às várias espécies de direitos pode ser percebida também pela evidência de que “*nenhum proprietário estaria disposto a entregar cem por cento da sua renda e riqueza para ter uma proteção policial cem por cento perfeita em suas propriedades (que a partir daí deixaria de existir)*” (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 104). Há uma “*camuflagem jurídica*” (2019, p. 105), dirão Holmes e Sunstein, subjacente ao déficit de proteção à propriedade - e mesmo a outros direitos ainda mais básicos - em setores excluídos da sociedade.

Entra aqui em cena o conceito de *custo de oportunidade*. Referido con-

ceito assevera, em síntese, que, em havendo mais de uma alternativa de ação viável, a eleição de uma delas tem como custo a exclusão dos proventos potencialmente derivados das demais alternativas (RIBEIRO ; KLEIN ; GICO, 2016, p. 21).

A ideia de custo de oportunidade chama, pois, a atenção para que, diante da escassez que se afigura como premissa factível quando da concretização de direitos fundamentais, é imprescindível alocar os recursos disponíveis no sentido que melhor maximize os ganhos ou reduza as perdas, aqui tomadas como o déficit ou não de normatividade de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a alimentação e moradia (art. 6º, caput, da CF/88). Sobre isto não parece haver dúvidas e ao diante será retomada tal premissa.

À luz da inevitabilidade das concessões em tema de direitos fundamentais, percebe-se um influxo da Análise Econômica do Direito nesta seara. Se o objetivo inerente à concepção de direitos fundamentais é possuir *força normativa* e sendo também certo que sua realização tem elevados custos, estes precisam ser justificados sob um prisma de utilidade. Isto é, deve tal execução orçamentária, com os meios custeados que lhe são subjacentes, ser mais útil ao bem-estar social que se aplicada de forma outra. Eis aí clara intersecção do que

se vem de expor com a ideia de custo de oportunidade.

## **5. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCRETIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DA POBREZA E MISÉRIA**

Fica assentado o diagnóstico pela existência de modulações nas decisões alocativas de recursos que significam, em sua fronteira, a maior ou menor realização de determinados direitos fundamentais, exemplificadamente o direito à saúde (art. 6º, *caput*, CF/88), antecedente lógico do próprio direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88). À vista disto, pode-se estatuir que não se afiguram razões plausíveis para que temas como pobreza e miséria, igualmente lesivos à vida, subsistam indenés de enfrentamento.

É Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, que apresenta diversas premissas utilizáveis em favor da superação da pobreza como mola propulsora da sociedade, eis que homens e mulheres mal nutridos e sem condições de laborar não serão um elemento dinâmico do mercado de trabalho:

Ora, o que melhora as condições de vida da maior parte nunca pode ser considerado inconveniente para o todo. Decerto, nenhuma sociedade pode ser próspera e feliz, se a maior parte dos seus membros está reduzida à pobreza e à miséria. Além disso, a mera equidade exige que os que alimentam, vestem e proporcionam habitação a todo o conjun-

to de pessoas desfrutem de uma parte do produto de seu próprio trabalho suficiente para lhes permitir andar razoavelmente bem alimentados, vestidos e abrigados (SMITH, 2016, p. 99)

Não bastassem tais argumentos, atrelado aos deveres jurídicos de cada indivíduo, há um direito que foi, é ou será adequadamente exercitável, segundo a crença de seu titular no reto funcionamento do ordenamento legal segundo uma regra de cooperação assim plasmada: *“enquanto o Estado oferece proteção ao cidadão, os cidadãos lhe respondem com cooperação”* (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 148). Tal razão serve de fundamento para que os direitos básicos funcionem como premissas para a construção de uma sociedade liberal, posto que, dos pontos de vista histórico e descritivo, derivam de concessões (acordos) entre indivíduos, de modo a tal cooperação recíproca permitir a convivência habitual protegida (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 150-151).

A universalização de políticas públicas que combatam a miséria e a pobreza, faceta coletiva da realização de direitos fundamentais, traz a reboque para seus beneficiários a difusão mais ampla possível da propriedade privada, além de figurar como signo de cooperação.

A concretização dos direitos de bem-estar resulta assim de uma ne-

gociação social, tensionada de um lado por conservadores, voltados ao enfraquecimento da proteção social, e de outro os progressistas interessados no fomento desta, em visão de Holmes e Sunstein aplicável à realidade brasileira (2019, p. 161). Além dos valores, há, pois, em jogo, paixões partidárias e compromissos morais frequentemente conflitantes. Quanto à inclusão dos desfavorecidos, assim ainda referem Holmes e Sunstein:

(...) o fornecimento de oportunidades e assistência aos pobres sempre tem relação com certas concepções de justiça partilhadas pelo público. Uma sociedade justa tenta garantir oportunidades razoáveis para todos e também assegurar que ninguém caia abaixo de um piso mínimo decente. Isso faz parte da ideia liberal essencial de que a sociedade é um empreendimento cooperativo. (2019, p. 162)

É esta sociedade minimamente justa, pois, que cria as precondições de acúmulo de riqueza até mesmo em nível desigual. Stuart Mill, por exemplo, enunciará neste sentido que não proporcionar aos pobres algumas condições materiais mínimas equivale a negar-lhes condições ao exercício efetivo da própria liberdade:

Aqueles que já têm o pão assegurado e não desejam favores dos homens no poder, nem de agrêmiações ou do público, podem manifestar francamente qual-

quer opinião sem nada a temer, exceto que os outros pensam ou falem mal deles, o que não exige grande heroísmo de caráter para se suportar. (2019, p. 53)

Holmes e Sunstein acrescentam que *“uma documentação abundante comprova que a assistência social pública se originou por motivo de prudência e não por razões morais ou humanitárias”* (2019, p. 165). Citam o caso do saneamento básico, necessário à eclosão de doenças sociais, das quais embora estivessem distantes os ricos, tem-se que apenas seriam efetivamente protegidos acaso houvesse a proteção da sociedade como um todo. A inclusão social, inclusive por meio do exercício da propriedade e encorajada pela possibilidade real de acúmulo de riqueza, é fator de coesão social necessária e cuja evidência se faz incontestável, por exemplo, em tempos de guerra (2019, p. 166-167).

Digna de reflexão ainda a crítica que Sunstein e Holmes fazem ao seu ordenamento jurídico, afirmando que *“o contrato social norte-americano é um embuste na medida em que não estabelece um piso decente para a pobreza”* (2019, p. 169), pois os pobres buscam apenas condições de transformação de sua sociedade, e não propriamente uma igualdade absoluta.

A consequência de tal estado de coisas no Brasil é uma enorme, porém sempre obscurecida, massa po-

pulacional alijada de condições materiais mínimas de existência, mormente à vista dos dados alhures aludidos oriundos do IBGE. Em consequência, pode ser direcionada à realidade brasileira a crítica que Holmes e Sunstein fazem, argumentando que *“muitos norte-americanos pobres vivem sem direitos exigíveis judicialmente porque, tendo sido praticamente abandonados pelo Estado, é como se tornassem pessoas sem nacionalidade”* (2019, p. 174).

Assim, os direitos de bem-estar social, tomados numa perspectiva da Análise Econômica do Direito, reclamam, além da análise do plano da escassez material, a verificação do atingimento de determinada meta, assim entendida como a decisão política que lhe é subjacente.

Buscar meios que permitam a recompensa à autodisciplina e à capacidade produtiva como vias de concretização dos direitos fundamentais podem significar uma reverência à virtude que dificilmente se pode enxergar na simples transferência de renda. Idêntica razão se dá no provimento de creches aos filhos de mães trabalhadoras, redes de empréstimos rumo à superação da pobreza, programas de aperfeiçoamento profissional e outros investimentos que passem adequadamente pelo crivo da seletividade.

Elementos como o nível de retorno social de determinada aplicação

orçamentária passam assim a serem filtros da promoção de bem-estar humano. Põe-se, de outra banda, mais às claras a questão da inclusão social através, também, da execução das ações públicas. *“A eficiência na economia e a verdade na administração da Justiça não são bens privados, mas públicos”* (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 188), dados os aportes de finanças públicas que lhes dão vidas e referem o seguinte:

Levar em consideração o custo dos direitos, portanto, é pensar mais ou menos como uma autoridade do governo que se pergunta como distribuir recursos limitados de modo inteligente, sempre em vista de uma larga gama de bens públicos. Os direitos jurídicos tem um “custo de oportunidade”: quando são impostos, outros bens valiosos (inclusive outros direitos) têm de ser deixados de lado, pois os recursos consumidos na imposição dos direitos são escassos (...) (2019, p. 190)

Assim, abrem-se horizontes mais largos para a percepção da situação fiscal, dada a indispensabilidade dos investimentos públicos em diversos níveis sociais, estimulando formulações jurídicas (efetividade de direitos individuais e políticas públicas) de forma mais prudente porque rentes com a realidade econômica. Tal temática se revela tanto mais relevante quando questões com iniludível pano de fun-

do econômico têm sido cada vez mais elevadas às Cortes, estas não adaptadas a considerar argumentos de raiz econômica.

Além do viés econômico, a teoria dos custos dos direitos introduz com maior claridade argumentos de ordem moral e ética nos debates público e judicial, agora manejáveis com maior acurácia, dado o domínio das relações de causalidade inerentes. Tal percepção *“chama a atenção para a relação entre os direitos, de um lado, e a democracia, a igualdade e justiça distributiva, de outro”* (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 192).

E se soma a isto o estímulo ao debate público democrático a respeito da realização democrática dos direitos, tanto na esfera política como na esfera judicial, submetidos à crítica pública, dado o já referido custo público dos direitos postos em testilha, sem que *“haja contradição entre a Justiça e a análise de custo-benefício”* (HOLMES ; SUNSTEIN, 2019, p. 194). E referem Holmes e Sunstein que a deliberação pública deve ter como mote as seguintes questões:

- (1) Quanto queremos gastar com cada direito?
- (2) Qual é o melhor pacote de direitos, dado que os recursos usados para proteger um direito não estão mais disponíveis para proteger os demais?
- (3) Quais são os melhores formatos para fornecer a máxima proteção dos direitos com o mínimo de

custo? (4) Será que os direitos, tal como são atualmente definidos e impostos, redistribuem a riqueza de maneira justificável do ponto de vista público? (2019, p. 194)

Nesta trilha também se pode reconhecer como incipiente o poder do Estado de ajudar os desprivilegiados, de maneira que não poderia a presente obra, também, apontar uma conclusão estática. Mas é possível perceber que alocações distributivas a bem ad verdade estão presentes por toda parte. Mesmo no “*Estado Mínimo*” tal premissa distributiva se faz presente, posto que em última instância representa a priorização de recursos em nome das chamadas liberdades particulares.

A atenção à ideia de custo dos direitos, chama, pois, a ressignificar a oposição entre estado e indivíduo, que se sobrecarregou de precompreensões nem sempre rentes com a realidade institucional que lhe é subjacente. Em tema de concretização de direitos fundamentais, é possível concordar com Holmes e Sunstein, segundo os quais “o *Estado ainda é o mais eficaz instrumento disponível pelo qual uma sociedade politicamente organizada é capaz de buscar seus objetivos comuns, entre os quais o de assegurar a proteção dos direitos jurídicos de todos*” (2019, p. 197).

## 6. CONCLUSÃO

Buscou-se aqui interpretar os direitos

fundamentais a partir da perspectiva teórica procedimentalista fulcrada em Robert Alexy, jusfilósofo que influenciou sobremaneira a forma de jurisprudência e doutrina nacionais abordarem referida temática. Tal interpretação tem ainda a vantagem de trazer consigo a pretensão de superação do positivismo no âmbito jurídico, daí que são frequentes as remissões fáticas havidas na obra de Robert Alexy a pressuposições fáticas e suas consequências no plano jurídico.

A própria fórmula da ponderação proposta por Alexy para fins de solução de conflitos entre princípios traz as fases da necessidade e adequação como perquirição das premissas fáticas envolvidas em determinada colisão entre princípios, seara deveras fértil para serem lançadas as sementes da Análise Econômica do Direito. Como terceira etapa da fórmula da ponderação, há uma apropriação de tais premissas fáticas pela ponderação em sentido estrito, que corporifica uma clivagem de custo-benefício no plano jurídico.

Aberta esta trilha interpretativa, é de se perceber que a teoria do custo dos direitos permite diagnosticar no nível fático diversas gradações de concretização de direitos fundamentais. Foram evidenciadas situações em que o direito à saúde resta adequadamente tratada, caso do enfrentamen-

to do HIV/AIDS, sendo objeto de inspiração para outras formas de enfrentamento, bem ainda outras hipóteses em que o mesmo direito à vida resta negligenciado de forma sistemática, caso do enfrentamento à miséria e à pobreza.

A partir do diagnóstico permitido pela teoria do custo dos direitos, emerge a compreensão de que todos os direitos têm custos e que todos eles são “positivos” no sentido de reclamarem a atuação operativa do poder público, em ato ou potência, para fins de sua adequada garantia. Compreendida esta intimidade institucional dos direitos fundamentais, tem-se que decisões outras podem ser tomadas por ocasião de alocações orçamentárias, de modo a salvaguardar um patamar mínimo de direitos de bem-estar social.

Tal instrumental, desparoxiza a noção de que apenas os direitos de caráter social possuem custo, posto revelar os diversos dispêndios subjacentes aos chamados direitos negativos.

Evidenciada esta perspectiva, tem-se a reabilitação da função do poder público a partir de sua missão que sempre é redistributiva, ainda quando não se admita, mas que à luz da teoria do custo dos direitos pode se entrever melhores premissas fáticas para a própria adoção de políticas públicas em sua pretensão de correção moral.

E é na fixação de políticas públicas e decisões a respeito da concretização de direitos fundamentais que se pode pousar o objetivo do presente estudo, a revelar as fissuras nos sistema e a buscar, com base na Análise Econômica do Direito, ferramentas que desparoxizem a compreensão desde-sempre formulada e por força da qual se perpetuam os fenômenos da pobreza e da miséria.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**; organizadores: Alexandre Travesoni Gomes Trivossino, Aziz TuffiS aliba e Mônica Sette Lopes; 2ª edição; Ed. Forense, 2018.

AMARAL, Gustavo. **Diretos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas** – Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics 3, no. (Oct., 1960): 1-44

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2011.

FREIRE, Alonso. **Odisseu ou Hércules?**

Sobre o Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. N. 3, 2011, p. 21-45. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996/2179>> Acesso em: 25 jun. 2019.

GRENAUD, Amaury Patrick; BRAGA, Márcio Bobik. Capítulo 11: **Teoria dos Jogos: Uma Introdução** in PINHO, Diva Beneditas e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Coord). Manual de Economia. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

IBGE. Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. [Acesso em 12/12/2020]

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**; tradução Denise Bottmann – Porto Alegre: L&M, 2019.

NAVARRO, Erik Wolkart. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a tecnologia podem vencer a tragédia da justiça**: Thomson Reuters, 2019.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DA UNIÃO. <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2019>. Acessado em

15/12/2020.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Martins Fontes, São Paulo. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Revista e Ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª. Ed. 2019.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**, volumes 1 e 2; tradução de Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. – 3ª ed. – São Paulo : Editora Martins Fontes, 2016.

TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e economia no Brasil** – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2018.

VARELLA, Dráuzio. In **O Brasil Tem um dos Melhores Programas de HIV/AIDS do Mundo**. <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/o-brasil-tem-um-dos-melhores-programas-de-hiv-aids-do-mundo-diz-drauzio-varella>. [Acessado em 12/12/2020]



# **DESJUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS**

Verônica de Almeida Carvalho  
Ariela de Almeida Serra

## **DESJUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE: A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS**

Verônica de Almeida Carvalho\*  
Ariela de Almeida Serra\*\*

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem por escopo traçar um recorte de considerações acerca do crescimento exponencial do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil nas últimas décadas, principalmente no que se refere ao direito à saúde, além dos aspectos constitucionais relacionados aos princípios da “reserva do possível” e do mínimo existencial, encarando-o como um dos maiores desafios do Judiciário brasileiro na atualidade.

Diante do não cumprimento ou do cumprimento indevido das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais por parte da Administração, as ordens judiciais de natureza cautelar ou definitiva determinam a autorização de prestações de toda espécie.

Geralmente, busca-se uma atuação administrativa ao invés do ressarcimento dos danos, ocasionando na

entrega de produtos, serviços e medicamentos. Frequentemente são geradas determinações judiciais impassíveis de serem cumpridas pela Administração Pública, a exemplo da dificuldade encontrada no fornecimento de leito, mesmo quando não há vaga disponível nos hospitais públicos, sob pena de aplicação de penalidades aos profissionais de saúde, multa pessoal ao gestor público e até mesmo a determinação do corte de energia dos prédios públicos.

O texto aborda, portanto, o centro ocupado pelo Judiciário no sistema político do poder, com o fortalecimento dos direitos fundamentais, sobretudo depois que a Suprema Corte afirmou que o Poder Judiciário está não só autorizado a controlar, como também a formular políticas públicas.

\* Procuradora do Estado da Bahia. Especialista em processo civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Ex advogada da Caixa Econômica Federal – 2010/2017. Graduada em Direito pela UCSAL – 2007.

\*\* Pós graduada em Direito Administrativo e em Direito do Estado. Ex juíza do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela UFBA – 2009

É bem verdade que o tema apresentado tem gerado bastante controversa, principalmente porque a discussão acontece em relação aos direitos mais primordiais e caros à sociedade: vida, saúde e dignidade da pessoa humana. Como resultado, o Poder Judiciário, objetivando atribuir-lhes uma efetividade máxima, tem concedido o quanto pleiteado de modo açodado, utilizando muitas vezes de meios como sequestro e bloqueio de valores, ações contrárias ao regime público de precatório, planejamento e orçamento.

Nesse sentido, a solução da questão perpassa, necessariamente, pela aplicação dos princípios oriundos do Direito Público e não do Privado, uma vez que se trata de conflitos ligados essencialmente ao Direito Público, do ponto de vista da ponderação entre o interesse público e o privado.

Visando a efetividade dos direitos fundamentais sociais, torna-se indispensável a existência de políticas públicas definidas. Isso não depende apenas do Poder Executivo, como também da elaboração de diretivas por parte do Poder Legislativo, esbarrando, muitas vezes, na escassez dos recursos orçamentários e na omissão dos Poderes mencionados.

## **2. DIVISÃO DICOTÔMICA DO DIREITO: DIREITO PÚBLICO X DIREITO PRIVADO**

A análise das políticas públicas e a

promoção dos direitos fundamentais sociais devem ser enfrentadas à luz da constitucionalização do Direito, fenômeno que modificou a interpretação das normas dos ramos público e privado. Neste aspecto, torna-se necessário conceituar a grande divisão doutrinária que demarca as diferenças entre Direito Público e Direito Privado.

A divisão dicotômica do direito é antiga, remonta da era romana e serviu como base para a ciência do Direito. O jurisconsulto Ulpiano lecionava que o Direito Público engloba as relações jurídicas do Estado e de bens públicos, assim como as relações do indivíduo e o Estado (MORAES, 2015). Vale ressaltar a validade da distinção clássica entre direito público e direito privado, no âmbito dos direitos reais, mediante o princípio da função social da propriedade.

Assim, os bens públicos e os interesses do Estado seriam tutelados pelo Direito Público, ao passo que os bens dos indivíduos e seus interesses seriam tutelados pelo Direito Privado. O conceito romano levava em consideração o objeto a ser tutelado pelo Direito.

Com base no critério formal, o direito público é o conjunto de normas que disciplinam a função pública. O direito privado, por sua vez, disciplina a atividade privada.

O entendimento atual emanado pela doutrina pode ser sintetizado na lição trazida por Nery (2008):

Se estivermos diante do exercício da atividade do Estado como viabilizadora da estrutura pública capaz de pôr em prática e viabilizar o cumprimento das regras que redundam na proteção do homem o que acontece frequentemente, estaremos diante de um fenômeno jurídico com lugar no chamado direito público. Se, por outro lado, o ponto de análise é a gerência de aspectos que viabilizem o exercício de fato e de direito, da humanidade da pessoa, é possível que haja necessidade de se enfrentar o problema a partir de princípios de direito privado (NERY, 2008, p. 38).

Assim, entende-se que a divisão entre direito público e privado prevalece no direito atual. Todavia, isso acontece com contornos diferentes em razão das constituições, a exemplo da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar normas de direito público e privado, trazendo elementos de convergência entre os ramos do direito (BRASIL, 1988).

### **3. POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO**

Primeiramente, cumpre esclarecer o que representam as políticas públicas. Resumidamente, elas abrangem sugestões previstas na Lei Maior da via que o Estado deve seguir, para atingir suas diretrizes: a criação de

uma sociedade livre, justa e solidária com o desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades e da marginalização.

Os conceitos teóricos de políticas públicas enfatizam que as mesmas representam um meio de concretização dos direitos codificados em uma sociedade.

Após a segunda Guerra Mundial, o surgimento do Estado do bem estar social ou *Welfare State* fortaleceu a necessidade de o Estado promover a prestação de direitos fundamentais sociais, garantidores da dignidade humana. Portanto, houve um aumento da indispensabilidade de políticas públicas de bem estar social, a exemplo dos campos da educação, da saúde e da moradia.

Do ponto de vista econômico, representou a obsolescência dos dogmas liberais, em especial o da mão invisível do mercado como único mecanismo regulador, em favor da atuação anticíclica do Estado como um segundo mecanismo de alocação de recursos, logrando assegurar o pleno emprego e serviços sociais que aliviam parcialmente o capital dos custos de sua própria reprodução e da reprodução da força de trabalho. No plano político, significou a ampliação da lógica democrática, que passa a extrair do pluralismo ideológico sua máxima fecundidade, em resposta à ameaça de regimes totalitários de direita e de esquerda. Por fim, eticamente, o Estado de Bem-es-

tar traduziu o compromisso com os direitos sociais, a justiça distributiva e a cidadania (BENTO, 2003, p. 33-36).

Conforme foi destacado, o contexto histórico pós-guerra que envolveu a segunda Guerra Mundial culminou na primordialidade da atuação dos governos, por meio de políticas públicas e que, nesse aspecto, eram complexas para serem implementadas de forma satisfatória em pouco tempo.

Considera-se inegável que a Constituição Federal de 1988 tenha buscado a implementação de um Estado de bem estar social, com uma ordem jurídica garantidora dos direitos fundamentais da segunda geração.

Barroso (2010) afirma que:

A Constituição Federal de 1988 é o símbolo de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, vêm-se realizando eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país a estabilidade institucional que tanto faltou ao longo da república (BARROSO, 2010, p. 65).

A positivação dos direitos sociais ou da segunda dimensão advém da adoção do Estado do bem estar social. Os direitos sociais devem ser pro-

movidos pelo Estado e destinados aos indivíduos.

A despeito da Constituição Federal de 1988 firmar o compromisso de promover o bem estar social, considera-se inegável que as desigualdades sociais permanecem na sociedade, tendo em vista que muitos cidadãos não têm acesso aos ditos direitos sociais, como educação, saúde e moradia (BRASIL, 1988).

Como a Constituição Federal de 1988 é analítica e contempla inúmeros direitos, ela pode ser objeto de ações judiciais. Assim, se a Constituição prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, torna-se possível o ajuizamento de ações individuais e coletivas para a promoção deste direito (BRASIL, 1988).

A título de exemplo, o artigo 196 da Constituição Federal aponta que:

Art. 196. A **saúde é direito** de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, p. 105, grifo nosso).

Por essa razão, a constitucionalização ampla de direitos é apontada como um dos fatores da judicialização das políticas públicas.

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de

constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário (BARROSO, 2020, p. 8).

A judicialização da política tem lugar com o fortalecimento do Poder Judiciário, interferindo em questões de competência do Poder Executivo e do Legislativo. Ela ocorre quando um terceiro provoca o Poder Judiciário e tem o fito de rever a decisão de outro Poder, tendo como referência a Magna Carta.

O poder de atuação do Judiciário foi engrandecido através da possibilidade de revisão dos atos relacionados aos demais poderes, com a promulgação da Constituição de 1988. Esse desenvolvimento decorreu da prima-

ria dos direitos sociais e dos princípios constitucionais, haja vista que, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988, p. 3). Com isso, inúmeros deveres exigíveis pelos cidadãos foram confiados à Administração Pública, mediante mecanismos também previstos constitucionalmente. Paralelo a isso, acompanhando a evolução social, houve o aumento da consciência política e da cidadania.

Judicialização nada mais é do que a insurreição do cidadão para com a não oferta ou a entrega imperfeita de prestações julgadas por ele como devida. Para que isso ocorra, o juiz deve apreciar essa indigitada negligência ou deficiência indicada e a partir disso, alterar políticas públicas, principalmente na esfera de primeiro grau, onde a proximidade com a parte resulta numa ótica de microjustiça. O Poder Judiciário apresenta-se, então, como o possuidor da palavra derradeira e incontestável, direcionada ao alcance da cidadania.

É fato notório que, por um lado, o Legislativo e o Executivo não têm conseguido atender as orientações constitucionais, considerando: 1 - a forma incorreta que ambos empregam os recursos públicos, por lacuna legislativa ou por inexperiência no desem-

penho e na execução de políticas públicas; 2 - ao Poder Judiciário, por sua vez, incumbe criar as políticas públicas, em respeito ao texto constitucional, desde que impellido por meio de ação judicial.

As transformações sociais determinam a organização da sociedade, o modo de atuação do Estado e, por conseguinte, as relações entre os Poderes e o Direito. Todavia, como acontece em quase tudo no mundo jurídico, a fixação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário não tem sido pacífica. Existem aqueles que entendem que essa intervenção representa uma deturpação na democracia, havendo resistência ao aprimoramento das decisões referentes à melhoria do sistema, por parte do Judiciário.

#### **4. O CONFLITO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES DE SAÚDE**

A viabilidade da implementação de políticas públicas está relacionada com o orçamento público, sendo este um elemento objetivo e que, nem sempre, acompanha a velocidade com que o Judiciário tem determinado ao Poder Público, diante da promoção dos direitos sociais.

Em razão da tal constatação ou em outras palavras, da necessidade de verbas públicas para a implementação de políticas públicas, passou-se a tratar da chamada Teoria da Reserva

do Possível. Sarlet (2012) argumenta sobre essa reserva:

há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2012, p. 30).

Observa-se que, de acordo com a Teoria da Reserva do Possível, os recursos financeiros representam um fator limitador para a implementação dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal, nas ações que pleiteiam prestações na área da saúde, tem afastado a aplicação da Teoria da Reserva do Possível:

**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ELABORAÇÃO DE PLANO MUNICIPAL DE CONTROLE DA TUBERCULOSE – OBRIGAÇÃO

JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE AO PODER PÚBLICO O DEVER DE OBSERVÂNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196 E SEQUINTE) – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. **Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula** da “reserva do possível” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo *objetivamente aferível* – **não pode** ser invocada, *pelo Estado*, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, *dessa conduta governamental negativa*, **poder resultar** nulificação **ou, até mesmo, aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva – garantia** do direito à saúde mediante políticas públicas para redução do risco de doença e de outros agravos (“*elaboração do plano municipal de controle da tuberculose*”) –, que compreende **todas** as prerrogativas, individuais **ou** coletivas, **referidas** na

Constituição da República, **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, **e de cujo exercício** possa resultar, *paradoxalmente*, **com base em simples alegação** de mera conveniência **e/ou** oportunidade, **a nulificação mesma** dessa prerrogativa essencial (BRASIL, 2019, p. 1).

O Supremo Tribunal Federal não tem admitido a aplicação da Teoria da Reserva do Possível de forma indiscriminada, apontando como impedimento a sua aplicação a existência de direitos mínimos indispensáveis à promoção da dignidade humana. O núcleo básico dos direitos sociais que tem como pilar a dignidade humana é o chamado mínimo existencial.

Neste diapasão, o mínimo existencial seria um núcleo intangível dos direitos sociais, necessários para uma existência digna e não se expondo a uma avaliação discricionária da Administração Pública. A doutrina conceitua o mínimo existencial como:

[...] ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanes-



centes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELOS, 2002, p. 65).

Não se deve permitir, portanto, a mitigação do mínimo existencial sob o argumento da reserva do possível. Conforme já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a reserva do possível deve ser comprovada de forma objetiva e não para amparar as negligências, tendo em vista as obrigações constitucionais que o Estado possui.

A normatividade da Constituição e das políticas públicas ineficazes tem permitido a atuação crescente do Poder Judiciário, em áreas sensíveis e complexas da sociedade, como o direito à saúde.

Resumidamente, entende-se que a judicialização da saúde envolve a busca de bens e direitos, quais sejam: medicamentos, insumos, assistência à saúde etc., sob o fundamento do princípio do direito à saúde

Nos últimos anos, as demandas da saúde se multiplicaram e em muitos dos casos, o Judiciário vem, flagrantemente, interferindo nos orçamentos das Secretarias de Saúde dos Estados, para o atendimento de diminuta parte da população, sob o argumento da dificuldade dos demais Poderes constituídos de cumprirem seus papéis.

Trata-se, portanto, de um ativismo judicial extremo. Como resultado, naturalmente, em toda a circunstância extremada, nota-se uma exiguidade de proporcionalidade, congruência e logicidade.

Como efeito do volume gigantesco das ações que surgem todos os dias, constata-se uma verdadeira inviabilidade na administração da saúde pública, bem como um Poder Judiciário assolado de processos que, sem uma base técnica, se encontra mergulhado no dilema da vida e da morte. Destina-se um elevado valor para um grupo pequeno de pessoas, tornando extremamente complicado o atendimento satisfatório daqueles pacientes qualificados a receberem os medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. Muitas vezes, medicamentos/procedimentos experimentais são deferidos pelos juízes. Frequentemente, ocorre a inobservância de medicamento/procedimento substitutivo, bem como o fornecimento de prestações que não se relacionam especificamente à tutela da vida, mas ao bem-estar. Inviabiliza-se também a possibilidade de acrescentar novos tratamentos aos pacientes já previstos, considerando que não se pode jamais olvidar que os subsídios destinados à saúde não são infinitos.

Por outro lado, torna-se necessário destacar que a organização do Sistema Único de Saúde (SUS) é comple-

xa e muitas vezes, o que se verifica é a desorganização de estoques e fluxos administrativos.

Decisões judiciais numerosas são proferidas contra entes da federação, baseadas no princípio da solidariedade que, por sua vez, tem sido prevista no SUS como aquela que deriva da hierarquização do nível de complexidade de serviços e repartição de competências entre os entes federados, a partir do conceito de universalidade do acesso.

No fim das contas, quando o jurisdicionado se apresenta ao Judiciário para solicitar uma prestação, presume-se que ele não dispõe do que pede. Logo, o papel do magistrado é averiguar se a parte não dispõe do bem da vida, por conta de: uma omissão estatal, uma prestação ofertada de forma defeituosa ou até mesmo, devido a uma escolha legítima que não priorize o atendimento daquele tipo determinado de carência, em prol daquela categoria de pessoas, o que por consequência não deve fomentar uma revisão judicial.

O Poder Judiciário sempre atuou de forma negativa, ou seja, só agia depois de violado um direito. Ocorre que, com a transferência de competências para os julgadores, os mesmos passaram a examinar questões tipicamente de índole política. O problema, então, surge no momento em que o Judiciá-

rio ultrapassa a função subsidiária, no sentido de fiscalizar as decisões para o exercício completo e absoluto de outras competências, fora da devida plausibilidade e congruência.

O ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro é um fenômeno observado pelos doutrinadores, assim leciona Barroso (2017):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concreti-

zação dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição às situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2017, p. 14).

Um exemplo de ativismo judicial atual é a determinação de custeio de medicamentos – por parte dos entes públicos, da União, dos Estados e dos Municípios – que não constam na lista do Ministério da Saúde. Isso ocorre, inclusive, nos casos de medicamentos experimentais, ou seja, sem a eficácia comprovada.

Enfatiza-se que a função do Estado não é a de criar tumulto, mas sim proporcionar segurança jurídica, uma vez que o direito serve à sociedade. Logo, a ação de distinguir justiça de caridade torna-se urgente, tendo em vista a necessidade de buscar o caminho do meio, a justa medida, um equilíbrio, cabendo ao Executivo a implementação das políticas públicas de acordo com as suas competências técnicas, ofertando

o preenchimento dos direitos sociais para a coletividade. O Judiciário, por sua vez, age na revisão dos resultados.

O Judiciário, em face da atuação substitutiva e com pouca tolerância para com as decisões políticas dos demais poderes, tem lançado o argumento do tratamento de atuações insuficientes ou defeituosas e com isso, elevem, cada vez mais, albergando para si essa competência.

O Supremo Tribunal Federal, a quem compete essencialmente a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB) entende que o ativismo pode se revelar como método legítimo, quando se trata da preservação da Carta de 1988<sup>3</sup>. Contudo, verifica-se que essas decisões judiciais acarretam na redistribuição de bens da vida, de forma desacompanhada da transparência e da imparcialidade, sem garantir um mínimo de uniformidade e coerência.

Por último e não menos importante, afirma-se que o acesso aos serviços de saúde deve estar alinhado com o planejamento integrado, além do julgamento da gravidade do risco individual e coletivo, considerando a Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990), das características dos sujeitos que recebem proteção especial e ainda, da obediência quanto a orientação dos fluxos das ações e dos serviços de saúde, tendo em vista os artigos 11 a 13 do Decreto nº 7.508/2011 (BRASIL, 2011).

O excesso de judicialização das políticas públicas, em especial no que diz respeito ao direito à saúde – objeto do presente trabalho –, somado ao ativismo judicial, podem acarretar em escolhas pouco eficazes para a coletividade. Direitos que demandam prestações estatais, frequentemente, entram em colidência, por ser inevitável o enfrentamento de opções trágicas, no sentido de que algum direito não será atendido, ao menos em alguma medida (GALDINO, 2005).

A teoria das escolhas trágicas expressa a ideia de que a escassez dos recursos é um fato e isso não pode ser negligenciado, justamente por conta da necessidade de melhoria da aplicação do recurso público.

Um exemplo de escolha trágica proporcionada por decisão judicial é a determinação do fornecimento de medicamentos de custo alto e sem eficácia comprovada. O emprego de milhões de reais, sem a comprovação da melhora no estado de saúde de uma única pessoa, importa na diminuição de recursos para a vacinação de milhares de crianças ou na manutenção de postos de saúde.

Outra forma de ativismo judicial exacerbado é a aplicação de multa pessoal ao gestor público, com o escopo de que seja cumprida uma liminar ou uma sentença judicial. Tal penalidade provoca insegurança nos gesto-

res públicos acerca da gestão pública, além de violar expressamente o princípio da impessoalidade.

Outro tipo comum de decisão judicial envolve a obrigatoriedade de internamento nos casos de urgência. Esse tipo de decisão contém a determinação do internamento em uma Unidade de Terapia Intensiva e/ou a realização de uma cirurgia específica.

Os números de leitos da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) são permanentes, exceto quando há uma política pública para a criação de novos leitos, a exemplo do ocorrido com os hospitais de campanha durante a pandemia resultante da Covid-19. Quando acontece uma determinação de internação na UTI, surge a indagação: quem deixará de ser internado e o que fará o sistema de regulação do Estado? Isso porque o SUS segue o sistema de regulação, de maneira que vários critérios são analisados para a formação de uma fila de espera, organizada com base na gravidade da enfermidade e no tipo de tratamento.

Contudo, não existe aqui a pretensão de defender a falta de leitos, tampouco a negligência com a falta de investimento público na área da saúde. A questão central a ser analisada é que o Judiciário, por meio de demandas individuais, está desestruturando a política implementada pelo Executivo ou Legislativo.

No exemplo citado acima – a respeito da internação para a realização de cirurgia –, com base no processo nº **8009257-02.2017.8.05.0001, da Segunda Vara do Juizado da Fazenda Pública de Salvador** foi determinado a internação do Autor para a realização de análise com especialista em neurocirurgia. Diante da ausência do cumprimento da referida decisão judicial, foi sentenciado que o Estado da Bahia promovesse o internamento do paciente, sob pena de ser realizado o corte de serviço de internet da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

Diante do alegado no ID 45837574 e considerando que o acionado já foi intimado algumas vezes para dar cumprimento à decisão judicial que impôs obrigação de fazer, sem que demonstrasse, de forma categórica e taxativa, o motivo do não cumprimento da ordem judicial, **determino** que seja o Réu intimado para comprovar **(DE FORMA TAXATIVA)** o cumprimento da decisão judicial, **no prazo máximo de 5 (cinco) dias**, sob pena de, não o fazendo, ser determinada a expedição de ofício ao setor de processamento de dados do Estado para que seja efetuada a suspensão do fornecimento do serviço de 'internet' nas unidades administrativas da SESAB<sup>1</sup>.

A determinação de corte do serviço de internet, nas dependências da Secretaria de Saúde do Estado, demonstra uma inequívoca escolha trágica do Judiciário. Isso porque muitas pessoas – todos os cidadãos do Estado da Bahia – ficariam sem os serviços que dependem do acesso à internet. Vale esclarecer que, no caso acima, não foi efetuado o corte desse serviço, em razão do magistrado ter reconhecido a dificuldade do Estado de promover a realização das consultas em hospitais durante a pandemia da Covid-19.

A atuação da administração pública deve ocorrer no sentido de promover o mínimo existencial para os cidadãos, o bem estar social e a dignidade humana. Todavia, a adoção indiscriminada da política de saúde pelo Judiciário, a partir de ações individuais, fere o princípio da eficiência – sob a ótica do custo/benefício –, da isonomia, da igualdade.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se que o ativismo judicial vem ofendendo diversos preceitos fundamentais, como: a independência entre os poderes; o princípio federativo; a segurança orçamentária; o regime de repartição de receitas tributárias etc. Acredita-se na urgência de perceber a necessidade de revisão dos fatos, a partir de uma nova perspectiva. O Poder Judiciário brasileiro tem, sem critério, deferido tudo a todos. Alerta-se

<sup>1</sup> Trecho do processo nº 8009257-02.2017.8.05.0001, da Segunda Vara do Juizado da Fazenda Pública de Salvador. Disponível no site do Poder Judiciário do Estado da Bahia: <http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais>.

que a proximidade de um colapso do sistema é real.

A despeito da vedação de investida no mérito dos atos administrativos (conveniência/oportunidade), o Poder Judiciário exerce controle sobre a execução das políticas públicas em saúde, ignorando: a escassez de recursos, a organização das ações e dos serviços, o conhecimento científico de profissionais da área, bem como as políticas governamentais, sob o fundamento de que a vida e a saúde foram alçadas no texto constitucional, na categoria de direitos fundamentais. Infelizmente, nota-se que isso continua sendo uma verdadeira transferência da esperança de materialização da transformação social, elencada como um direito fundamental ao Judiciário.

Salienta-se que os recursos destinados ao campo da saúde (humanos, naturais, financeiros etc.) não são absolutos, por serem necessariamente limitados. O quadro se apresenta de tal maneira que acaba favorecendo o direito individual de cada cidadão, em contrapartida ao direito da coletividade, em visível afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da eficiência. Dessa forma, esse direcionamento dá preferência ao conflito individual, desdobrando o método da seletividade não amparada pela teoria dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, defende-se nesse trabalho que os julgadores precisam apresentar a transparência dos critérios específicos utilizados nas suas decisões, para que fique expresso quais os casos devem ser excetuados, por não atenderem a lei e as normas específicas do direito sanitário. Nesse sentido também, torna-se fundamental que os processos apontem a oitiva dos profissionais atuantes no sistema público de saúde, como meios necessários para afastar a insegurança jurídica.

Assim, torna-se crucial a modificação da cultura presente na judicialização da saúde, para que não ocorra um colapso de grandes proporções.

## REFERÊNCIAS

- BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, 2017. Disponível em: [http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em 17 out. 2020.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado:** entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080/90, 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Lex: Brasília, 1990.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Lex: Brasília, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 1165054 Agr. Relator Celso de Mello. Brasília, DF. 27 jun. de 2019. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16 nov. 2020.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos**

**Custos dos Direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUIZADOS ESPECIAIS. **Poder Judiciário do Estado da Bahia.** Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/>. Acesso em 16 nov. 2020.

MORAES, Luiz Gustavo Vasques de. A validade da distinção clássica entre direito público e direito privado no âmbito dos direitos reais mediante o princípio da função social da propriedade. **Revista dos Tribunais**, v. 958, p. 1-15, ago. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.958.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.05.PDF). Acesso em 17 out. 2020.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.