



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fábio de Souza Silva

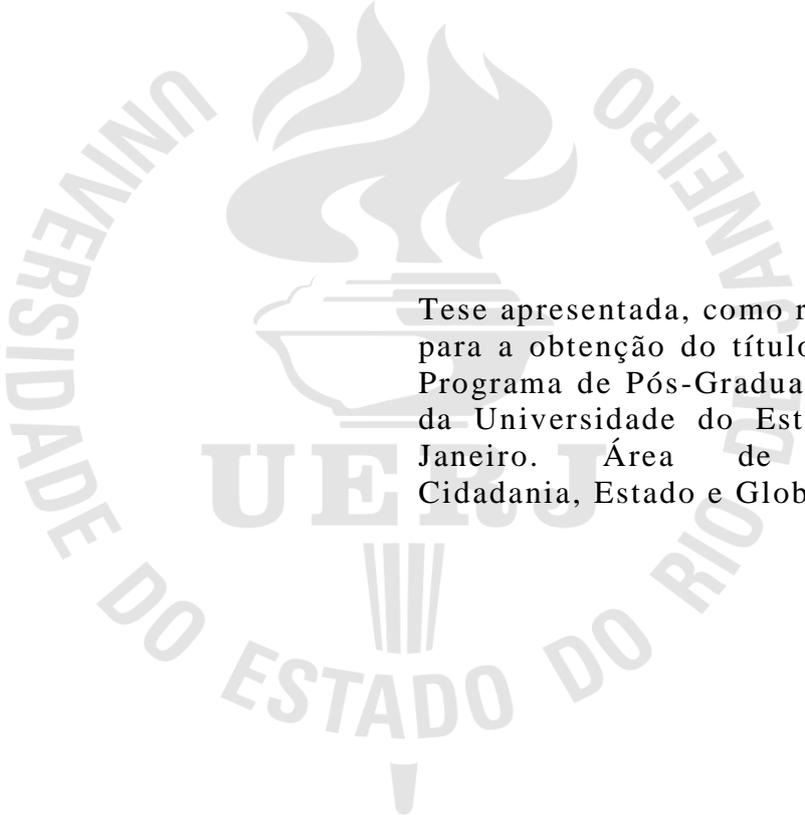
**Judicialização cooperativa:  
equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas**

Rio de Janeiro

2015

Fábio de Souza Silva

**Judicialização cooperativa:  
equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas**



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Rio de Janeiro  
2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586j

Silva, Fábio de Souza.

Judicialização cooperativa : equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas / Fábio de Souza Silva. - 2015.  
219 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito público - Teses. 2 Controle da constitucionalidade–Teses. 3. Políticas públicas – Teses. 4. Judicialização – Teses. Sarmento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Fábio de Souza Silva

**Judicialização cooperativa:  
equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 27 de março de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Sarmiento (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Marcelo Leonardo Tavares

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes

Universidade de São Paulo

---

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto

Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2015

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esta tese a todos que lutam pelo aperfeiçoamento das instituições brasileiras.

## AGRADECIMENTOS

Ingressei no Doutorado em Direito Público da UERJ em 2011, passando a cursá-lo simultaneamente ao Doutorado em Sociologia em Direito da UFF. Nesses últimos quatro anos, muitos eventos foram vivenciados... felizmente, a maior parte deles, positivos. Sem dúvida, o mais importante foi a chegada de Isabela à família, que, assim como ocorreu com minha primeira filha, Maria Clara, durante o Mestrado, nasceu em meio a livros. No campo profissional, dois fatos marcaram o período. Em primeiro lugar, tomei posse como Professor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, instituição que me recebeu com muito respeito e à qual aprendi a admirar sinceramente. Na magistratura, fui promovido ao cargo de Juiz Federal, assumindo a titularidade em uma Vara do interior do Estado, mas retornando à região metropolitana após alguns meses. Enfim, ao olhar para os últimos quatro anos, percebo que apenas consegui concluir esta pesquisa porque contei com o suporte de inúmeras pessoas, cujo apoio, conselhos e sacrifício foram fundamentais para a superação dos obstáculos e a conquista da meta de produzir uma tese com a pretensão de contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Impossível nominar todos, porém, alguns merecem menção expressa, em razão do papel verdadeiramente decisivo.

Agradeço ao meu orientador, Daniel Sarmento, pela paciência e pela sabedoria compartilhada.

De modo muito especial, registro minha gratidão a Silvia, Maria Clara e Isabela, pelo tempo que concederam aos meus estudos, retirado em grande parte do espaço que seria reservado ao nosso convívio. Começo a cumprir a prazerosa promessa de compensá-las.

Aos familiares, especialmente, Alberto, Gilda, Fátima, Cristina, Pedro Henrique, Lydia Maria e Beraldo, muito obrigado pelo apoio.

Agradeço aos alunos da Faculdade Nacional de Direito e do Instituto Latino-Americano de Direito Social, pelas inspiração e motivação recebida a cada aula.

Aos servidores da 2ª Vara Federal de São Gonçalo, em especial Patrícia e Jacqueline, e à equipe do IDS, obrigado pela compreensão e pela dedicação.

Pela paciência para o debate, agradeço a Joaquim Mentor e Ana Lídia Mello.

Também registro meu agradecimento a Ana Paula de Barcellos, pelas importantes observações realizadas durante o exame de qualificação, assim como aos membros da banca, Jane Reis, Marcelo Tavares, Conrado Hübner e Cláudio Pereira.

Por fim, agradeço a Deus pela oportunidade de, por meio do estudo, buscar contribuir com a sociedade.

## RESUMO

SILVA, Fábio de Souza. *Judicialização cooperativa: equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas*. 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

A judicialização da política é uma realidade no cenário mundial, mas ganha características peculiares no Brasil, especialmente quando se trata do controle de políticas públicas. O fenômeno se apresenta com grande força no país, produzindo efeitos positivos, como a valorização das normas jurídicas, especialmente, as constitucionais. Entretanto, oferece riscos que vão, desde o desequilíbrio do jogo democrático, até o comprometimento do já precário planejamento governamental. A judicialização cooperativa apresenta-se como uma estratégia de atuação judicial que, sem abrir mão das conquistas do novo papel do Judiciário como agente político, busca reduzir os riscos da interação entre o Direito e a Política, por meio da identificação de condições de cooperação que devem estar presentes no atuar judicial: *i.* a jurisdição deve manter seu foco na proteção dos direitos, interferindo nas políticas tão somente quando for absolutamente necessário para o cumprimento de sua missão institucional; *ii.* o controle procedimental deve ter prioridade sobre o controle material, a fim de prestigiar as decisões produzidas pela arena política, apenas balizadas pela análise judicial, salvo se não houver outras possibilidades de proteção ao direito; *iii.* a definição das balizas para a decisão política deve variar de acordo com a capacidade decisória dos atores da arena em comparação com a judicial, aumentando-se ou reduzindo-se a sindicabilidade de acordo com a diferença de capacidade para bem decidir; *iv.* a proteção judicial de um direito não pode observar apenas o caso concreto, devendo o julgador analisar se a tutela pretendida teria condições de ser incluída em uma política pública e generalizada para todos em idêntica situação, sendo o teste do potencial de universalização da decisão a ferramenta adequada para essa análise; *v.* as decisões judiciais que envolvam a interferência em políticas públicas, por se mesclarem a planos que necessitam de constantes modificações e aperfeiçoamentos, não podem ser gravadas pela definitividade, pois devem estar abertas a uma flexibilização suficiente para permitir a criação e a implementação de novos planos para o enfrentamento de problemas públicos. Atendidas essas condições, a judicialização cooperativa culmina com o reconhecimento de um duplo papel das políticas públicas, que passam a atuar simultaneamente como objeto e paradigma do controle judicial.

Palavras-chave: Controle judicial de políticas públicas. Judicialização cooperativa.

## ABSTRACT

SILVA, Fábio de Souza. *Cooperative judicialization: inter-institutional balance in the judicial review of public policies*. 2015. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The judicialization of politics is a world reality, but in Brazil it has peculiar characteristics, especially when it's about the control of public policies. The phenomenon appears with great force in the country, producing positive effects, such as enforcement of legal and constitutional standards. However, it offers risks ranging from the imbalance of the democratic game, to the commitment of the already precarious government planning. The cooperative judicialization is a proposal for judicial action strategy that, without giving up the achievements of the new role of the Judiciary as a political agent, seeks to reduce the risks of interaction between Law and Politics, through the identification of cooperation conditions the must be present in the judicial review: *i.* the jurisdiction must keep its focus on protection of the rights, interfering in policies so only when absolutely necessary for the fulfillment of its institutional mission; *ii.* the procedural control must have priority over the substantive control, in order to give preference to the decisions produced by the political arena, just buoyed by judicial review, unless there is no other ways to protect the right; *iii.* the definition of the boundaries for the political decision should vary according to the institutional capacity of the arena actors compared to the court's capacity, increasing or reducing the intensity of de judicial review according to the ability to produce a good decision; *iv.* the judicial protection of a right must consider the projection of the decision's effects to all people in the same situation, as it was included in a public policy; *v.* judicial decisions involving interference in public policies cannot be final, because they must be flexible enough to allow the creation and implementation of new plans to face public problems. Met these conditions, the cooperative judicialization culminates in the recognition of a dual role of public policies that begin to act as both object and paradigm of judicial review.

Keywords: Judicial review of public policies. Cooperative judicialization.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1	<b>DIREITO E POLÍTICA</b> .....	23
1.1	<b>Processo político e aplicação do direito</b> .....	24
1.2	<b>Constituição: legítima conexão entre Direito e Política</b> ....	29
1.2.1	<u>Acoplamento estrutural entre Política e Direito</u> .....	33
1.3	<b>Cooperação interdisciplinar: Direito e Política</b> .....	35
1.4	<b>Política constitucional, política competitiva e políticas públicas</b> .....	38
2	<b>POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	40
2.1	<b>Políticas públicas como planos</b> .....	43
2.2	<b>Atores das políticas públicas</b> .....	48
2.2.1	<u>Atores políticos e instituições políticas</u> .....	50
2.2.2	<u>Classificação dos atores políticos</u> .....	52
2.2.2.1	Políticos.....	53
2.2.2.2	Burocracia.....	54
2.2.2.3	Sociedade civil.....	55
3	<b>CICLO DA POLÍTICA PÚBLICA</b> .....	57
3.1	<b>Agenda política</b> .....	57
3.1.1	<u>Identificação dos problemas públicos</u> .....	58
3.1.2	<u>Seleção dos problemas</u> .....	60
3.2	<b>Construção da decisão</b> .....	64
3.2.1	<u>Formulação de propostas políticas</u> .....	64
3.2.2	<u>Tomada de decisão</u> .....	69
3.2.2.1	Efetividade.....	72
3.2.2.2	Eficiência.....	73
3.2.2.3	Equidade.....	74
3.2.2.4	Viabilidade política e administrativa.....	74
3.2.2.5	Metodologia multicritério.....	75
3.2.2.5.1	Multi-Attribute Utility Theory (MAUT).....	76
3.2.2.5.2	Analytic Hierarchy Process (AHP).....	77
3.2.2.5.3	Outras metodologias multicritério.....	78
3.3	<b>Implementação da política</b> .....	79

3.4	<b>Avaliação</b> .....	82
4	<b>JUDICIÁRIO COMO ATOR POLÍTICO</b> .....	85
4.1	<b>Modelo tríade de resolução de conflitos</b> .....	87
4.2	<b>Judicialização das políticas públicas e processo político eleitoral</b> .....	92
4.2.1	<u>Seguro político como forma de exclusão da arena política</u> ....	93
4.2.2	<u>Cautela eleitoral e delegação das deliberações políticas</u> .....	94
4.3	<b>Legitimidade democrática</b> .....	99
4.4	<b>Miopia judicial</b> .....	101
4.5	<b>Ator político externo à arena</b> .....	104
5	<b>FOCO NOS DIREITOS</b> .....	106
5.1	<b>Função jurisdicional no Estado Democrático de Direito</b> ....	107
5.2	<b>Proteção a direitos como limite da atuação judicial</b> .....	111
5.3	<b>Foco nos direitos: razão tópica como ferramenta do regular exercício da jurisdição</b> .....	116
6	<b>ANÁLISE PROCEDIMENTAL DA FORMAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA</b> .....	119
6.1	<b>Cidadania eleitoral</b> .....	120
6.2	<b>Condições procedimentais democráticas</b> .....	123
6.2.1	<u>Condições para a cooperação</u> .....	125
6.2.2	<u>Controle da agenda</u> .....	126
6.2.3	<u>Igualdade de oportunidade de influenciar a decisão</u> .....	130
6.2.3.1	Igualdade na formulação de propostas.....	130
6.2.3.2	Igualdade na tomada de decisão.....	131
6.2.3.3	Valorização do princípio da subsidiariedade.....	132
6.2.4	<u>Condições de avaliação da política</u> .....	133
6.3	<b>Prioridade do controle procedimental</b> .....	135
7	<b>AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE DECISÓRIA</b> .....	140
7.1	<b>Capacidade decisória como elemento definidor do modo de cooperação judicial</b> .....	142
7.2	<b>Margem de decisão</b> .....	146
7.2.1	<u>Margem de decisão do ator político</u> .....	147
7.2.2	<u>Margem de decisão burocrática</u> .....	149

7.2.2.1	Discricionariedade administrativa.....	151
7.2.2.1.1	Discricionariedade administrativa como aptidão para decidir em favor do interesse público.....	154
7.2.2.2	Margem de apreciação.....	159
7.2.2.2.1	Conceito técnico.....	159
7.2.2.2.2	Margem de apreciação como excepcional margem de decisão administrativa.....	162
7.3	<b>Aferição da capacidade decisória.....</b>	165
7.3.1	<u>Avaliação da capacidade política.....</u>	165
7.3.2	<u>Avaliação da capacidade técnica.....</u>	166
8	<b>POTENCIAL DE UNIVERSALIZAÇÃO.....</b>	171
8.1	<b>A pretensão de correção das decisões judiciais.....</b>	172
8.2	<b>Teste de potencial de universalização.....</b>	179
9	<b>PRECARIEDADE DA DECISÃO.....</b>	183
9.1	<b>Definitividade da jurisdição.....</b>	183
9.2	<b>Flexibilização da definitividade.....</b>	184
9.3	<b>Mutabilidade das políticas públicas.....</b>	187
9.4	<b>Coisa julgada segundo o plano vigente.....</b>	189
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	190
	<b>Política pública: objeto e parâmetro do controle judicial..</b>	194
	<b>Última etapa do movimento pendular: da competição à</b>	
	<b>cooperação.....</b>	199
	<b>REFÊRENCIAS.....</b>	201

## INTRODUÇÃO

O senador, com o prestígio que lhe dava a posição, resumiu toda a conversa:

- É o país de mais futuro do mundo!

- Perfeitamente! – falou um rapaz que chegara no momento, - O senhor acaba de definir o Brasil. (O senhor sorriu raivoso.) O Brasil é o país verde por excelência. Futuroso, esperançoso... Nunca passou disso... Vocês, brasileiros, velhos que já foram rapazes que são a esperança da Pátria, sonham o futuro. “Dentro de cem anos o Brasil será o primeiro país do mundo.” Garanto que aquele detestável cronista Pero Vaz de Caminha teve essa mesma frase ao achar Cabral, por um acaso, o país que viera expressamente descobrir.

*Jorge Amado*

A história brasileira é repleta de promessas descumpridas, previsões frustradas e uma retórica confiança no futuro, demonstrando uma grande dificuldade para a concretização de projetos, muitas vezes dominados pelo improviso e capitaneados por “homens cordiais”<sup>1</sup>.

Essa barreira à construção de bases sólidas para o atingimento de metas desejadas provoca deletérios efeitos sociais, como a redução da confiança no Estado e o estímulo ao desrespeito às regras do jogo. Impulsiona, ainda, movimentos isolados para a proteção de interesses específicos, desconectados e descoordenados, bem como medidas contraditórias ou redundantes.

Os efeitos são de fácil percepção. Normas sem eficácia, leis que “não colam”<sup>2</sup> e serviços ineficientes são tão frequentes no cotidiano das atividades

---

<sup>1</sup> Sobre o “homem cordial” e a aversão aos ritualismos e às regras, cf. HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 139-151.

<sup>2</sup> DA MATTA, Roberto. *Fé em Deus e pé na tábua: ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*. Edição eletrônica. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2010.

estatais que soam naturais, como se a desorganização, as contradições e os paradoxos estivessem incorporados de modo definitivo à realidade brasileira, sem chances de superação. Não são poucos os exemplos da cultura do “jeitinho” e das soluções de “último minuto”. Desde a organização de eventos de grande porte, como Copa do Mundo e Jogos Olímpicos, à contratação de serviços e compras de insumos para as atividades estatais básicas, convive-se com a dificuldade de organização, projeção, análise e avaliação, criando fortes barreiras à formatação de decisões com qualidade.

Mesmo no campo legislativo, muitos atos normativos são estabelecidos desconectados de qualquer plano, produzindo efeitos precários ou prejudiciais à aproximação com os objetivos constitucionais. Um exemplo torna a conduta do improvisado patente na seara legislativa. O art. 20 da Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, regulamenta o direito constitucional ao benefício de um salário mínimo pago ao idoso e à pessoa com deficiência que não tenha como prover o seu sustento ou tê-lo provido por sua família. O seu § 2º define a deficiência, sendo certo que a redação original a vinculava à ideia de invalidez. Com a incorporação ao direito interno da Convenção de Nova York sobre os direitos das pessoas com deficiência, na sistemática do § 3º, do art. 5º, da Constituição da República, foi necessária a adaptação do conceito, direcionando-o à desigualdade de oportunidades, como define a norma internacional integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro. A Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, de iniciativa da Presidência da República, realizou uma pseudo adaptação, apenas disfarçando a vinculação da deficiência à invalidez<sup>3</sup>. No mês seguinte, a Lei 12.470, de 31 de agosto de 2011, resultado da conversão de uma medida provisória que não tratava desse tema (MP 529/2011), fez novos ajustes na legislação, voltando a modificar o conceito de deficiência, por meio da exclusão por completo da referência à invalidez para a sua configuração. Independentemente da matéria e do mérito da norma, o fato é que situações como essa, em que os mesmos atores políticos trabalham em

---

<sup>3</sup> Dizia o seguinte: Para efeito de concessão deste benefício, considera-se: I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas; II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

projetos distintos e contraditórios sobre a mesma temática, aprovados ambos no mesmo bimestre, demonstram que o planejamento não é algo que integra a realidade da arena pública nacional.

Diversas são as causas desse fenômeno: cultura, corrupção, impunidade, individualismo exacerbado, despreparo são apenas alguns exemplos, não tendo esta tese a pretensão de enveredar por essa investigação, que exigiria uma perspectiva absolutamente distinta daquela que orienta esta pesquisa. Todavia, é possível notar que entre todas essas causas e os resultados frustrantes das ações governamentais situa-se uma característica ainda presente na gestão pública brasileira: a ausência ou a precariedade de planejamento.

As instituições brasileiras – e boa parte de seus dirigentes – não estão acostumadas ao planejamento efetivo. A história revela inúmeros episódios de improviso no trato das questões públicas, como planos “heroicos” elaborados às pressas e a aceleração da execução de projetos até então abandonados, em uma verdadeira “cultura de tapumes e barracões”, erguidos de inopino, para superar problemas muitas vezes detectados em tempo que permitiria a construção de “fortalezas de concreto”. Soluções frágeis e, muitas vezes, falsas, produzidas por decisões intempestivas e temerárias.

Sem planos adequadamente construídos e aplicados, os problemas públicos permanecem sem soluções reais e as medidas adotadas *ad hoc* tornam-se sinônimos de desperdício e ineficiência... Enquanto isso, o Brasil continua a ser o país do futuro...

É verdade que avançamos em direção a esse futuro. Houve conquistas sociais importantes nos últimos anos, tendo o país experimentado uma importante afirmação civilizatória com a Constituição de 1988. Fruto de um processo amplamente democrático<sup>4</sup>, o texto de 1988 vincula-se a uma série de promessas, tanto no campo dos direitos sociais, quanto nas garantias e liberdades individuais, assim como nos ideais de economicidade e eficiência das atividades do Estado.

---

<sup>4</sup> Sobre a Assembleia Constituinte de 1987 e 1988, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 155-182. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/PUC Rio, 2008. Para uma leitura sobre algumas dificuldades do processo de elaboração da Constituição, cf. FAORO, Raymundo. *A democracia traída: entrevistas*. Organização e notas de Maurício Dias. São Paulo: Globo, 2008, p. 67-94.

Inúmeras metas, diretrizes, linhas de atuação e filosofias passaram a integrar o plano constitucional para o país. O salutar caldo democrático construiu um projeto nacional, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com garantia do desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, conforme previsto nos artigos 1º e 3 da Constituição da República.

Entretanto, a verdadeira quebra de paradigma não foi o texto constitucional, mas a forma como a sociedade e as instituições o receberam; uma verdadeira “*vontade de Constituição*”<sup>5</sup>. O país e seu povo depositaram e depositam confiança no plano constitucional, não apenas como esperança distante, mas com a convicção de que o conteúdo desse plano deve prevalecer e dirigir os aspectos mais relevantes da vida social. Hoje, mais do que em qualquer outro momento, o país conta com uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>6</sup>, que autorizaria uma mudança do ditado popular: *de médico, constitucionalista e de louco, todos têm um pouco*.

O plano constitucional, porém, mesmo em uma constituição analítica<sup>7</sup> como a de 1988, desenha apenas as linhas gerais do projeto, deixando para outras esferas infraconstitucionais a elaboração e a implementação de planos mais detalhados, imediatamente executáveis. Não é papel da Constituição “fazer acontecer”, mas, apenas, especificar “o que deve acontecer”, mesmo assim, de modo aberto e não muito concreto. E mesmo nesse nível menos executivo, há dificuldades notórias na definição das metas estatais, diante da

---

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19-20.

<sup>6</sup> HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 51.

<sup>7</sup> “... é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é – mais do que analítica – casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor.” In BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 82.

pluralidade de objetivos e de um conjunto de planos constitucionais setoriais, muitas vezes concorrentes.

Quando isso é somado ao desempenho questionável dos atores políticos em épocas anteriores, à imaturidade de uma democracia recém restaurada e à falta de habilidade gerencial no setor público, impulsiona-se a criação de ferramentas necessárias à manutenção da confiança da sociedade no novo ordenamento jurídico fundado em 1988, como meio para conservar vivo o plano constitucional do país, montando-se um instrumental para fazer valer a Constituição.

Iniciativas, como a doutrina brasileira da efetividade, liderada por Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>, e a abertura a um constitucionalismo capaz de valorizar os princípios e não somente a regras<sup>9</sup>, elevaram a Constituição de 1988 à condição de uma carta política verdadeiramente fundante de um ordenamento jurídico<sup>10</sup>. No aspecto fático, o plano constitucional ganhou normatividade, passando a ser enxergado como um instrumento jurídico regulador da vida política do Estado e dos indivíduos. Vislumbra-se nele o ponto de acoplamento estrutural entre Direito e Política<sup>11 12</sup>, transformando o Brasil em um verdadeiro Estado Constitucional.<sup>13</sup>

Esse fenômeno de “Juridicização da Política”<sup>14</sup>, iniciado com a Constituição, mas logo expandido a atos infraconstitucionais que também passaram a condicionar o debate político, funcionando como marcos regulatórios (*e.g.* legislação consumerista, normas concorrenciais), migrou com naturalidade para o Judiciário, que se transformou no *loco* de imposição do

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>9</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89-121.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo *et al* (org.). *Il futuro della costituzione*. Roma: Einaudi, [1990], p. 116.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> As expressões Política e Direito estão grafadas, nesta tese, com as iniciais em maiúscula, sempre que corresponderem ao campo do saber, da ciência ou da atividade humana. Os produtos ou os objetos desses campos estão grafados com as iniciais em letra minúscula: política, políticas públicas, direitos.

<sup>13</sup> BARROSO, *op. cit.* (Curso...), p. 243-245. Sobre a ideia de Estado Constitucional, cf. HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007

<sup>14</sup> Colocar o que é juridicização

constitucional sobre o político. Assim, o debate político ganhou um novo interlocutor que, apesar de conservar um papel específico e diferenciado, exerce forte influência nas decisões políticas e na atuação do Estado de modo geral, com a missão de adequá-las ao plano constitucional.

A ausência de respostas convincentes de outras agências governamentais para as demandas sociais de satisfação dos direitos prometidos pelo novo ordenamento constitucional contribui decisivamente para a inserção dos debates políticos na pauta do Judiciário, materializando-se o fenômeno da “Judicialização da Política”, compreendido como a expansão da atuação das cortes e dos juízes sobre o espaço de atuação de políticos e burocratas, transferindo as decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, como também a adoção, na arena política, dos métodos judiciais de construção da decisão por atores externos ao Judiciário.<sup>15</sup> O controle judicial da atuação estatal transformou-se em um símbolo do Direito Público brasileiro.

Porém, ao interferir na política, o Judiciário, em muitos casos, flexibiliza o seu próprio código, para passar a atuar conforme a Política. Não existe um problema ontológico nisso, pois decisões políticas podem ser tomadas por diferentes instituições (tribunais, órgãos administrativos etc.), de acordo com a análise de risco realizada pelo *designer* institucional.<sup>16</sup> O desafio brasileiro é verificar se e em que medida o projeto político traçado pela Constituição de 1988 admite a interferência judicial.

Trata-se de uma avaliação sobre como a política constitucional enxerga os riscos na distribuição das missões políticas – o que é mais arriscado: proibir qualquer atividade política pela via judicial ou reduzir a proteção dos tribunais aos casos em que não há intervenção política? No caso brasileiro, a resposta parece ser bem clara, não apenas pelo texto constitucional (art. 5º, XXXV), mas, sobretudo, pelo modo como a sociedade e as instituições encontraram no Judiciário um dos principais caminhos para materializar sua vontade de constituição.

---

<sup>15</sup> VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, Neal C. (coord.); VALLINDER, Torbjörn (coord.). The global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995, p. 15.

<sup>16</sup> VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk*. Nova York: Cambridge University Press, 2014, visualizações 101-170.

Ainda que o Judiciário possa não ser considerado, por muitos, o superego da sociedade<sup>17</sup>, o fato é que parece superada a divergência sobre se o juiz pode interferir na política. Independentemente das críticas, o fato é que a judicialização é uma realidade brasileira<sup>18</sup>, latino-americana<sup>19</sup> e mundial<sup>20</sup>, percebida não apenas pelo Direito, como por outros campos do saber humano, como a sociologia e as ciências políticas. O Judiciário alcançou o – ou foi lançado ao – papel de ator político, exercendo uma relevante função no processo de criação, aperfeiçoamento e elaboração das políticas públicas. Mais útil que lutar contra o fenômeno, é reconhecer sua existência e buscar formas de potencializar sua aplicação na melhoria dos planos sociais e no incremento das ferramentas de proteção dos direitos.

não há como negar que a jurisdicionalização da política, a proeminência do Judiciário e o ativismo judicial são etapas necessárias e indispensáveis para a concretização de direitos previstos na Constituição. De onde se está, não há mais volta. É preciso assumir as turbulências do momento e reconhecer que é mesmo o Judiciário, inevitavelmente, o ator histórico sobre o qual recaem as demandas sociais. Cumpre correr os perigos, pois qualquer que seja o resultado da empreitada, trata-se de um processo histórico que precisamos experimentar.<sup>21</sup>

Dito de outro modo, no lugar de lutare contra a judicialização, é mais útil discutir qual judicialização deve ser implementada. Os tribunais devem transformar-se em atores políticos competitivos, disputando espaço na arena pública, com o objetivo de fazer prevalecer seus interesses e concepções? Ou o Judiciário deve se manter fora da competição política, atuando como um

---

<sup>17</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, nº 58, novembro 2000, p. 183-202.

<sup>18</sup> VIANNA, Luiz Werneck. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>19</sup> VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador); FRAGALHE FILHO, Roberto (organizador); LOBÃO, Ronaldo (organizador). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 379-400.

<sup>20</sup> TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Neal C. (coord.); VALLINDER, Torbjörn (coord.). *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995, p. 1-10.

<sup>21</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial – uma perspectiva interdisciplinar. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador); FRAGALE FILHO, Roberto (organizador); LOBÃO, Ronaldo (organizador). *Constituição e ativismo judicial: limite e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 273.

cooperador externo à arena, apesar de dotado de poderes para interferir nas deliberações políticas? Esta tese conclui que o segundo modelo é o que melhor se harmoniza com o ordenamento constitucional brasileiro. Por isso, lastreia-se na ideia de uma “judicialização cooperativa”, marcada pela valorização dos planos e estratégias elaborados pelos atores políticos não judiciais, para o enfrentamento dos problemas públicos, associada a uma postura autocontida do Judiciário.

Em um Estado Constitucional, no qual os debates jurídicos, de uma forma geral, ultrapassam os limites das interpretações de regras, para englobar um debate principiológico, que envolve a ponderação e a extração de significados e eficácia de normas abstratas, é possível a construção de uma multiplicidade de resultados decisórios a partir do mesmo quadro normativo, somente revelados por uma constituição invisível, muito mais ampla que a expressamente promulgada, cujo conteúdo depende de quem a está interpretando<sup>22</sup>. A argumentação e as deliberações podem construir decisões muito diferentes, às vezes antagônicas, a partir das mesmas normas. Por isso, restringir a interpretação aos atores judiciais ou estabelecer a sua constante primazia soa, não apenas pouco democrático, mas, sobretudo, absolutamente ineficiente e indesejado pela política constitucional.

Assim, em uma espécie de “panprincipiologismo”<sup>23</sup>, os planos elaborados pelas instâncias políticas recebem violentos golpes, quando não são absolutamente desconsiderados, acabando substituídos pela deliberação de um conselho de “sábios” magistrados, em uma espécie de oligarquia judicial. Anos de debates sociais, meses de discussões e negociações legislativas, assim como as inúmeras ponderações técnicas da burocracia administrativa, acabam, muitas vezes, substituídos por uma decisão tomada em algumas horas, talvez minutos, por um juiz singular ou um pequeno colegiado, que, ao se desfazer do plano original, resolve o problema que lhe foi imediatamente apresentado, mas corre

---

<sup>22</sup> TRIBE, Laurence. H. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 2.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador); FRAGALE FILHO, Roberto (organizador); LOBÃO, Ronaldo (organizador). *Constituição e ativismo judicial: limite e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

o grave o risco de deixar descobertos diversos outros aspectos dos quais os demais atores cuidaram, mas que passaram despercebidos pelo juiz, em razão das limitações da capacidade política.

É possível que o Judiciário – assim como boa parcela dos afetados pela jurisdição – realmente considere suas decisões como as mais eficientes para a garantia imediata dos direitos. Não é inimaginável que, em diversos momentos, desapareça a fé da sociedade nas vantagens das deliberações democráticas, cedendo lugar ao receio de assumir o controle de seu próprio destino, especialmente em um ambiente de descrédito da Política, que produz a irreal sensação de que a terceirização da decisão gera maior segurança, em comparação com a manutenção do espaço deliberativo na arena política. Ainda com amparo da literatura, é possível bem representar esse movimento com um fragmento da obra de Luigi Pirandello:

Mas a verdadeira causa de todos os nossos males, dessa nossa tristeza, sabe qual é? A democracia, meu caro, a democracia, que é o governo da maioria. Porque, quando o poder está nas mãos de apenas um, este um sabe que é um e deve satisfazer a muitos; mas quando são muitos a governar, pensam apenas em contentarem-se, e então você tem a mais estúpida e odiosa tirania: a tirania disfarçada de liberdade. Mas, com certeza! Oh por que você acha que eu sofro? Eu sofro precisamente em razão dessa tirania disfarçada de liberdade ... Vamos para casa!<sup>24</sup>

A existência de uma juristocracia<sup>25</sup> não é desprovida de encantos e tem forte poder de sedução. Entretanto, não se pode olvidar que as limitações democráticas, institucionais e políticas do Judiciário oferecem dificuldades ao seu papel de bastião da política, não por um imperativo categórico que proíba a existência de juízes políticos, mas, sobretudo, por uma razão pragmática.

As respostas aos problemas públicos, elaboradas exclusivamente à luz da ótica dos direitos, não são capazes de apreender todas as dimensões de uma decisão política, pois têm o foco limitado, incapaz de perceber nuances que podem colocar em risco esses próprios direitos. Como em um jogo estratégico<sup>26</sup>, a proteção a um direito pode exigir a redução de sua efetividade imediata, com

---

<sup>24</sup> PIRANDELLO, Luigi. *Il fu Mattia Pascal*. 2ª edição eletrônica. Milão: Mondadori, 2014. Tradução livre.

<sup>25</sup> A expressão “juristocracia” popularizou-se a partir da obra de Ran Hirschl. Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

<sup>26</sup> BINMORE, Ken. *Game theory: a very short introduction*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

a finalidade de impedir, no futuro, uma restrição ainda mais drástica ou até mesmo sua extinção.

Uma judicialização competitiva, portanto, leva, de modo intrínseco, ao risco de decisões míopes, incapazes de enxergar a realidade sob um prisma mais amplo. Porém, mais do que ser uma estratégia equivocada para a construção de planos para o enfrentamento dos problemas públicos, a competição também produz efeitos colaterais, capazes de desestimular soluções construídas pelos demais atores políticos. Trata-se de fenômeno semelhante ao que Bernard Hours identificou na atuação de organizações como a Médico Sem Fronteiras ou a Médicos do Mundo que, ao substituírem a ação estatal em países pobres, provocam um desestímulo às políticas públicas e, como consequência, apesar de oferecerem o alívio imediato aos pacientes atendidos, não contribuem com – ao revés, prejudicam – os planos governamentais para o enfrentamento dos problemas públicos.<sup>27</sup>

Para uma sociedade que apenas agora aprende a planejar, a valorização dos planos produzidos na arena política é fundamental. É por isso que o controle judicial cooperativo de uma política pública deve ser acompanhado pelos atores da política competitiva e, especialmente, pela sociedade civil, como forma de estimular os juízes a conservar sua atuação dentro dos limites de sua missão institucional de tutelar direitos. Mais do que isso, é necessário que todos os atores, inclusive os judiciais, atuem cooperativamente para o aperfeiçoamento das políticas públicas.

Esta tese dedica-se ao estudo da judicialização cooperativa, analisando a relação entre o Direito e Política, bem como identificando as condições para cooperação entre os dois ramos e os atores que com eles lidam, a fim de permitir a cooperação para a construção, a implementação, o aperfeiçoamento e a avaliação das políticas públicas.

Inicialmente, foi pesquisada a tensa relação entre o Direito e a Política, como campos autônomos do conhecimento e das atividades humanas, comparando métodos, lógicas e códigos de cada um desses distintos sistemas, que têm na Constituição um ponto de conexão, gerador de um acoplamento

---

<sup>27</sup> HOURS, Bernard. *L'idéologie humanitaire ou le spectacle de l'altérité perdue*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1998, p. 30-32.

estrutural, onde se misturam e se alimentam mutuamente. Constata-se, desse modo, que, sob a direção da política constitucional, o processo político e a aplicação do Direito dialogam, nem sempre pacificamente, sobre o conteúdo e a forma das políticas públicas. Esse é o tema do capítulo 1.

Essas políticas públicas, que constituem o objeto de estudo desta tese, consubstanciam-se em planos, com uma estratégia de ações ou inações governamentais, para enfrentar um problema público. Suas características e configurações são analisadas no capítulo 2, que ainda identifica os atores da tríade que habita a arena política: políticos, burocratas e sociedade civil.

Em continuidade a essa análise, o capítulo 3 trata do ciclo das políticas públicas, pesquisando cada uma de suas fases: *i.* elaboração da agenda, subdividida nos momentos de identificação e de seleção dos problemas a serem enfrentados; *ii.* construção da decisão, desdobrada nas etapas de formulação das propostas políticas e de tomada de decisão; *iii.* implementação da política; e sua *iv.* avaliação. Cada uma das fases desse ciclo guarda características específicas, que influenciam – ou deveriam influenciar – o controle judicial.

O capítulo 4 trata especificamente do papel do Judiciário como ator do processo político, como o responsável pela solução de conflitos entre o governo e o público alvo do plano social. Avalia-se sua legitimidade democrática, independente do apoio majoritário, assim como as dificuldades técnicas e institucionais na composição de conflitos que alcancem políticas públicas. O desafio do Judiciário é atuar cooperativamente, para o bom desempenho do processo político, como um ator externo à arena.

As condições para a cooperação são tratadas nos capítulos seguintes. A primeira delas, objeto do capítulo 5, é a exigência de manutenção do foco nos direitos. A função social da jurisdição é a proteção de interesses dos sujeitos de direito<sup>28</sup>, com o objetivo de cumprir a promessa estatal de lhes proteger<sup>29</sup>. Assim, qualquer interferência judicial em uma política pública apenas seria admitida de modo incidental, para a tutela de direitos individuais ou transindividuais. Conclui-se, por isso, que a proteção aos direitos funciona não

---

<sup>28</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 70.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

apenas como elemento autorizador da atuação judicial, como também é o seu limite no controle das políticas públicas.

A segunda condição para a judicialização cooperativa é a prioridade dos ajustes procedimentais em detrimento da interferência no conteúdo da política, estimulando o diálogo e o minimalismo judicial, bem como demonstrando a importância de um controle da participação equilibrada dos atores políticos. Essa análise procedimental, estudada no capítulo 6, deve aferir as condições procedimentais democráticas e o respeito à cidadania eleitoral.

Na missão de cooperar com o aprimoramento da política pública, o juiz necessita avaliar sua capacidade decisória comparando-a com a dos demais atores políticos, reconhecendo que a proteção aos direitos não é uma exclusiva prioridade constitucional, dividindo espaço com outros interesses sociais, muitas vezes de difícil compreensão e aferição para o jurista. Desse modo, ao analisar o conteúdo da política pública, o juiz deve verificar se a sua atuação tem potencial para cooperar com o seu aperfeiçoamento, considerando sua capacidade decisória.

Outra condição para um atuar judicial cooperativo é a percepção de que a decisão sobre uma política pública produz efeitos diretos ou indiretos externos à relação processual. Desse modo, como é explicado no capítulo 7, deve ser aferido pelo julgador o potencial de universalização de sua decisão, como parâmetro para aferir se sua decisão coopera com o aprimoramento da política ou ignora os aspectos da macro justiça, para focar exclusivamente na micro justiça.

Como qualquer plano, uma política pública precisa ser mutável, se aperfeiçoando, corrigindo falhas e adaptando-se a novas realidades. Por esse motivo, uma tradicional característica da jurisdição, a definitividade, precisa ser revisitada e flexibilizada nos casos de controle judicial de políticas públicas, como é esclarecido no capítulo 8.

A pesquisa se encerra com a conclusão de que, em uma judicialização cooperativa, as políticas públicas ocupam simultaneamente os papéis de objeto e de paradigma do controle judicial.

Convida-se o leitor a, cooperativamente, refletir sobre controle judicial das políticas públicas...

## 1 DIREITO E POLÍTICA

A relação entre Política e Direito é marcada por um íntimo e tenso convívio. São dois sistemas com funções diferentes, que atuam sob códigos e modos diversos. O debate jurídico gira em torno de canais interpretativos, sob o código direito/não-direito (lícito/ilícito), enquanto as discussões políticas pautam-se em canais organizadores e estratégicos, com o código poder/não-poder.<sup>30</sup>

Em uma primeira abordagem, seria possível afirmar que a Política se preocupa com o encaminhamento de interesses para a formulação e tomada de decisões que afetem a coletividade<sup>31</sup>, enquanto o Direito foca a compreensão das normas jurídicas e a tutela dos direitos. Trata-se, porém, de uma visão simplista, incapaz de conduzir a respostas adequadas aos problemas decorrentes dessa relação. Afinal, o Direito também envolve a tomada de decisões e a criação de normas, as quais, muitas vezes afetam a coletividade.

A distinção entre a Política e o Direito é melhor delimitada, portanto, pela identificação do tipo e da finalidade das normas produzidas em cada um desses campos da atividade humana. A primeira é a principal responsável pela criação das normas primárias – mandamentos de obrigações, que exigem determinados comportamentos –, enquanto caberia ao segundo a missão de aplicar essas normas primárias, por meio da criação de normas secundárias, capazes de, no caso concreto, ajustar, afastar ou alterar as primeiras, definindo o modo de sua aplicação.<sup>32</sup>

Não se pretende construir uma definição de Direito, seja por ser um esforço desnecessário para esta tese, seja porque, como destaca Carlos Santiago Nino, não é possível estabelecer um único conceito de Direito, mas, sim, uma pluralidade deles, considerando distintas perspectivas<sup>33</sup>. Porém, a adoção desse

---

<sup>30</sup> LUHMANN, *op. cit.* (La costituzione...).

<sup>31</sup> RIBEIRO, João Ubaldo. Política: quem manda, por que manda, como manda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 17-25.

<sup>32</sup> Para a distinção entre normas primárias e secundárias, cf. HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105-106.

<sup>33</sup> NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, p. 192-193.

critério distintivo entre Direito e Política amolda-se tanto a pensamentos positivistas – exclusivos e inclusivos –, quanto àqueles não positivistas, pois é compatível com a exigência de incorporação de argumentos morais obrigatórios ao Direito, assim como com a proibição da interferência moral ou da sua inexigibilidade.

Interessa especialmente a esta tese, afirmar que a vinculação da Política à produção das normas primárias e do Direito à produção de normas secundárias a partir das primeiras é compatível com o reconhecimento da natureza dualista do último, pois não proíbe a identificação de uma dupla dimensão para o Direito: uma real e outra ideal<sup>34</sup>. O processo político, influenciado ou não por argumentos morais, cria normas jurídicas primárias que conformam a dimensão real do Direito. No momento de sua aplicação e interpretação pelo Direito, às normas primárias são somadas as considerações morais<sup>35</sup> e fáticas<sup>36</sup>, produzindo-se uma norma secundária.

Fica evidente, portanto, que é transparente e natural o envolvimento entre a Política e o Direito. Há uma interseção entre os dois campos, que, embora se conservando autopoieticos, geram estímulos recíprocos, com impactos mútuos, aprimoramentos e embates. O mesmo, porém, não pode ser dito da relação entre o processo político e a aplicação do Direito.

### 1.1 Processo político e aplicação do direito

Uma vez que a política entra no recinto dos tribunais, independentemente do objetivo e da intenção que a fez cruzar o limiar, a justiça tem que fugir. Entre política e justiça toda

---

<sup>34</sup> PULIDO, Carlos Bernal. Estudo introdutório: o conceito e a natureza do Direito segundo Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. O conceito e a natureza do Direito. Tradução de Thomas de Rosa Bustamente. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. O conceito e a natureza do Direito. Tradução de Thomas de Rosa Bustamente. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48-49.

<sup>36</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

inteligência é corruptora, todo contato é pestilento.<sup>37</sup>

*François Guizot*

A desconfiança, simbolizada na célebre e supracitada afirmação de François Guizot, não é dirigida verdadeiramente à salutar relação entre Direito e Política, mas, sim, à interferência do processo político na atividade de aplicação do Direito. Essa é sempre objeto de preocupação e debates em qualquer Estado de Direito, levando à busca de um desenho institucional que impeça a concentração das duas atividades em um único órgão ou autoridade.

Não foi por outro motivo que o pensamento liberal construiu a ideia de separação de poderes, como estratégia para a salvaguarda da sociedade e de seus membros contra a poderosa acumulação das atividades estatais relacionadas a esses dois segmentos. Com o objetivo de proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do governante e promover os valores segurança e liberdade, “*substitui-se a ideia da vontade do rei como fonte de todo o Direito pela ideia da lei como resultante da vontade geral*”<sup>38</sup> e, como consequência, essas normas legais passam a sistematizar a atividade estatal, impondo a limitação jurídica do arbítrio do poder público e a estabilidade jurídica das garantias individuais<sup>39</sup>.

A clássica lição de Montesquieu, sustentando a *separação dos poderes* estatais, é o símbolo desse esforço de proteção da liberdade contra os arbítrios político-jurídicos. Para garantir segurança, na forma de *liberdade política*, divide-se o poder entre diferentes titulares<sup>40</sup>. Em uma versão “pura”, a doutrina

---

<sup>37</sup> GUIZOT, François. *Des conspirations et de la justice politique*. Paris: Librairie Française de Ladvocat, 1821, p. 19. Tradução livre.

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

<sup>39</sup> LIMA, Eusébio de Queiroz. *Teoria do Estado*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Record Editora, 1957, p. 54.

<sup>40</sup> “*A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um*

da separação de poderes considera que a liberdade política depende da divisão do Estado em três ramos: legislativo, executivo e judicial. Cada um deve limitar-se a exercer a função que lhe é própria, sem interferir nas funções dos outros ramos. Concebe, portanto, um controle negativo do Poder, considerando que a liberdade política está garantida pela simples divisão, sem necessidade de uma atuação positiva de qualquer um dos ramos estatais, bastando que se restrinjam ao seu papel específico para se garantir a existência de cidadãos livres<sup>41</sup>.

Entretanto, o debate sofisticava-se para reconhecer a necessidade de instrumentos capazes de garantir que os Poderes não avancem sobre o campo de atuação dos demais, motivo pelo qual se reconhece a insuficiência de um controle negativo e passa-se a exigir freios e contrapesos capazes de impedir uma atuação estatal arbitrária por parte dos três Poderes, sendo certo que, em razão das circunstâncias históricas, a preocupação principal era restringir a atuação do Poder Executivo.

Desse modo, vinculada à separação de poderes, desenvolve-se a ideia do Estado de Direito, como uma medida de salvaguarda do cidadão. Além de ser retirada do Executivo a possibilidade de editar normas gerais, vincula-se a Administração Pública à legalidade e autoriza-se o controle do arbítrio pelo Judiciário.

Apesar de todos os esforços de estabilização, a relação entre Direito e Política não é estática, tampouco absolutamente controlável e previsível. No passado, a Política construía o Direito, sendo raros os momentos em que a criação desafiava o criador. O adjetivo “político” significava um verdadeiro espaço livre do Direito, no qual os órgãos responsáveis pela atividade jurisdicional não podiam se imiscuir.<sup>42</sup>

---

*opressor. Estaria tudo perdido de um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.” In MONTESQUIEU, Charles de Seconderat, Baron de. O espírito das leis: as formas de governo, a federação e a divisão de poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9ª edição São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169-170.*

<sup>41</sup> VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Tradução para o espanhol de Xohana Bastida Calvo. Tradução livre para português. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 19.

<sup>42</sup> Exemplo marcante é a doutrina do ato político ou ato de governo, criada pelo Conselho de Estado Francês e classificada por Enterría como “*uma das escassas máculas de sua*

Com o advento do Estado Constitucional<sup>43</sup>, o juiz assume o papel de guardião da Constituição, fiscalizando a adequação do comportamento dos demais Poderes à política constitucional<sup>44</sup>. O Direito cresceu quantitativa e qualitativamente, transformando-se em instrumento de forte controle sobre a primeira, impondo parâmetros procedimentais e substantivos para o exercício político.

É possível, portanto, perceber a evidente tensão no relacionamento da Política com o Direito. Essa, aliás, parece ser uma característica de qualquer interação com os aspectos políticos da vida social, como demonstra a não menos tensa convivência entre a Academia e a Política, sintetizada por Norberto Bobbio com as seguintes palavras: “*na medida em que se faz político, o intelectual trai a cultura; na medida em que se recusa a fazer-se político, a inutiliza*”<sup>45</sup>. A assertiva demonstra a existência de visões extremas, de acordo com as quais os dois campos seriam inconciliáveis. Para alguns, se um homem de cultura integra a luta política, trai sua função de pensador. Para outros, se o intelectual se coloca acima do combate, torna sua obra estéril e inútil<sup>46</sup>.

Bobbio reconhece que a resposta para o dilema Política-Cultura não está nos extremos, mas no reconhecimento de que, mesmo portador de uma “força não política”, o homem de cultura pode influenciar as decisões políticas por meio da força moral de suas obras<sup>47</sup>:

Aqui está a missão do homem de cultura: aqui está, diria, a sua política. Na medida em que defende e alimenta valores morais, ninguém pode acusá-lo de ser escravo das paixões partidárias. Porém, ao mesmo tempo, na medida em que adquire consciência bem clara de que estes valores não podem ser desconsiderados por nenhuma república, sua obra de artista e de poeta, de filósofo e de crítico, torna-se eficaz na sociedade da qual é cidadão. Faça-se pois o homem de cultura, conscientemente, sem reservas nem falsos temores, portador dessa força não-política: não será nem traidor nem utilizador.

---

*história exemplar*”. In ENTERRÍA, Eduardo García. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 11ª edição. Madri: Thomson Civitas, 2008, p. 583.

<sup>43</sup> HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

<sup>44</sup> O tema será abordado no capítulo 3.

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 22.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 22

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 23.

É possível transferir para a relação Política-Direito o mesmo dilema identificado no binômio Política-Cultura? Ao fazer-se político, o jurista – e, especialmente, o juiz – trai o Direito? Ao ignorar a Política, o jurista – e, mais uma vez, o juiz – torna inútil sua obra? Enfim, como estabelecer um diálogo justo e útil entre Política e Direito, a fim de que a jurisdição possa cumprir seu papel institucional de solucionar conflitos com justiça e eficiência?

O desafio desta tese consiste em tentar identificar – no tema *políticas públicas* – o equilíbrio aristotélico entre o respeito às deliberações políticas e a efetividade do Direito, o que ocorrerá por meio de uma judicialização cooperativa. Trata-se de tarefa complexa, pois exige a construção de pontes entre as ciências políticas e as jurídicas, que possuem códigos e preocupações próprias, de difícil adequação, em razão das divergências de perspectivas e objetivos.

A própria dinâmica dos dois campos apresenta diferenças extremas. O Direito exige, ao menos em tese, decisões elaboradas em ambiente de reflexão, sem pressões externas, capazes de analisar, com profundidade, o conteúdo de textos normativos, doutrinários, além de precedentes jurisprudenciais. A Política, por sua vez, lida com decisões, em regra, dinâmicas, tomadas em ambientes de barganha e negociação, muitas vezes aproveitando janelas de oportunidades momentâneas e exigências pragmáticas, o que motiva críticas como a formulada por Hannah Arendt<sup>48</sup>:

É surpreendente a diferença de categoria entre as filosofias políticas e as obras de todos os grandes pensadores – até mesmo Platão. A política jamais atinge a mesma profundidade. A falta de profundidade de pensamento não revela outra coisa senão a própria ausência de profundidade, na qual a política está ancorada.

Nos dias atuais a crítica não parece justa, diante do grande avanço, não apenas da filosofia, como das ciências políticas, produtoras de reflexões profundas e complexas, como o leitor poderá observar no desenvolvimento desta tese, sempre permeado pela cientificidade dos pensadores políticos. Todavia, continua válida a advertência sobre a potencial diferença das decisões tomadas no calor dos debates políticos e aquelas construídas na frieza dos gabinetes judiciais.

---

<sup>48</sup> ARENDT, Hannah. *O que é Política?* Editado por Ursula Ludz. Tradução de Reinaldo Guarany. 10ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 21.

## 1.2 Constituição: legítima conexão entre Direito e Política

O Direito e a Política não se limitam a tratar de questões pontuais e isoladas. A interpretação de uma norma é uma atividade inserida em um ambiente complexo, que envolve uma série de informações e produz diversas consequências, capazes de influenciar a interpretação de outras normas. Da mesma forma, uma decisão política não configura um ato de total independência, pois está conectada a diversos determinantes e consequentes. Isso ocorre porque ambos, Direito e Política, estão estruturados de tal forma que cada atitude produz consequências que extrapolam a situação específica à qual se refere, para impactar e, muitas vezes, modificar um conjunto de outras situações.

Apesar de tratarem de temas distintos, com códigos, operações e objetivos autônomos, Direito e Política guardam alguns comportamentos semelhantes. Na realidade, de modo muito mais amplo, a Teoria Geral dos Sistemas reconhece a existência de problemas e concepções semelhantes nos mais diversos campos científicos, por mais especializados e complexos<sup>49</sup>. Entretanto, Direito e Política guardam mais pontos de conexão que os normalmente encontrados entre distintos sistemas, revelando uma relação de recíprocos estímulos e provocações.

Essa forte conexão pode ser parcialmente explicada por serem ambos preenchidos por processos caracterizados por uma *equifinalidade*, o que significa que o mesmo objetivo – o mesmo estado final – pode ser alcançado partindo-se de diferentes condições iniciais e por diferentes trajetórias<sup>50</sup>. Em outras palavras, tanto o Direito, quanto a Política, admitem a escolha de estratégias distintas para se alcançar alguns objetivos comuns. Diferentes modalidades hermenêuticas podem revelar o significado de uma norma; assim como, distintas condições de negociação podem conduzir à decisão política. Não há, nessas duas áreas, determinismos vinculados a uma condição original

---

<sup>49</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7ª edição. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 54.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 175.

ou um percurso rígido pré-programado. É possível que a decisão judicial ou a política conduzam ao mesmo resultado no caso concreto.

Essa interação dinâmica entre múltiplas variáveis, com a finalidade de se chegar ao estado final<sup>51</sup>, é fundamental em sistemas sociais, os quais, por tratarem de pessoas, suas vidas e planos, lidam com as mais variadas reações. Por mais que se busque prever como uma pessoa ou um grupo reagirão a um determinado estímulo, muitas vezes essa missão torna-se impossível, pela dificuldade de se precisar os efeitos que advirão de uma determinada experiência, marcada pela complexidade e pela contingência. São necessárias adaptações e mudanças de rumo para se buscar o objetivo almejado.

A complexidade, decorrente da existência de mais possibilidades do que se pode realizar, bem como a contingência, consistente no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências podem ser diferentes das esperadas, provocam a necessidade do desenvolvimento de regras abstratas capazes de facilitar a previsão dos efeitos de uma ação ou experiência<sup>52</sup>. Essas normas abstratas se organizam em *sistemas*, cuja função é reduzir a complexidade e a contingência, a fim de permitir uma previsibilidade das reações aos diferentes estímulos.

Esse é o desafio de qualquer sistema científico, desde a física à biologia. Porém, Direito e Política, assim como todo o sistema social, o enfrentam de modo mais intenso. Afinal, quando o homem busca projetar os efeitos de uma ação ou experiência relacionada a outro ser humano, provoca o aumento tanto da complexidade, quanto da contingência, uma vez que as possibilidades de reação dos homens se juntam às possibilidades projetadas pelo próprio indivíduo, dando origem a uma dupla contingência. Conseqüentemente, há incertezas, tanto em relação à reação, quanto à forma como ela é apreendida pelo outro.

Em outras palavras, o sistema social – no qual se inserem Direito e Política – lida com expectativas sobre o comportamento alheio, que poderão se confirmar ou não. Não basta, portanto, realizar experiências, é preciso que o

---

<sup>51</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 10ª edição. Campinas: Papyrus, 2013, p. 211.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volume I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

indivíduo tenha uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele.<sup>53</sup> Para enfrentar essa complexidade e a dupla contingência, o sistema social busca estabilizar as expectativas objetivas pelas quais as pessoas se orientam, transformando-as em regras. Com isso, torna desnecessária (ou menos necessária) a orientação por meio de expectativas, reduzindo riscos.<sup>54</sup> As regras já projetam as expectativas, dispensando o indivíduo de se arriscar a formular a sua própria projeção.

Mas, apesar de integrarem o sistema social, Direito e Política constituem, cada um isoladamente, um sistema, na realidade, subsistemas sociais parciais, não integráveis, marcados por uma diferenciação funcional<sup>55</sup> e autonomia operacional.<sup>56</sup> Ao se voltarem para funções específicas, criam códigos próprios e se fecham operacionalmente, o que os caracteriza como sistemas autopoieticos, por produzirem e reproduzirem seus próprios elementos pela interação desses mesmos elementos.<sup>57</sup> Nas palavras de Maturana e Varela: “*a característica mais marcante de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões e se constitui como distinto do meio circundante mediante sua própria dinâmica, de modo que ambas as coisas são inseparáveis*”<sup>58</sup>.

A autopoiese faz com que os sistemas sociais, como o Direito e a Política, operem de modo fechado em seu interior, mas abertos às entradas e às pressões do entorno com o qual se comunicam. Um sistema autopoietico é, portanto, autônomo em relação ao meio, pois ele próprio determinará quais elementos o integram. Essa seleção é realizada por meio de um código binário (e.g.

---

<sup>53</sup> “Frente à contingência simples erigem estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos (...) Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas” in *Ibid.*, p. 48.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>56</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

<sup>57</sup> TEUBNER, Gunther. Introduction to autopoietic Law. In: TEUBNER, Gunther (organizador). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Nova Iorque: European University Institute, 1987, p. 3. Tradução livre.

<sup>58</sup> MATURANA R., Humberto; VARELA G, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy, 1995, p. 87.

falso/verdadeiro; direito/não direito; lícito/ilícito; poder/ não poder), que exclui os elementos que não se adéquam às características do sistema.

A autopoiese determina, também, o fechamento do sistema, a fim de que apenas os elementos aceitos por meio do código binário passem a integrá-lo. Dessa forma, para o surgimento de um novo elemento no sistema, é necessário que o código do próprio sistema o admita. A referência para a evolução do sistema é, portanto, o próprio sistema (autorreferência<sup>59</sup>), o que provoca uma espécie de autorreprodução, de circularidade. O direito tem a capacidade de traduzir para o seu código próprio os estímulos que recebe de outros sistemas, como a Economia e a Política, sempre acionando o binômio legal/ilegal, produzido segundo critérios do ordenamento jurídico, como paradigma para as decisões que se apresentem ao sistema. É essa capacidade de tradução, buscando assimilar como fenômeno endógeno mesmo aquilo que chega do exterior ao sistema, que caracteriza a dinâmica autopoética.<sup>60</sup>

De acordo com Niklas Luhmann, essa circularidade que configura a autopoiese encontra-se na relação entre a lei (como elemento comunicativo, ato normativo) e a norma dela extraída. A contínua reprodução dos atos normativos corresponde a um fechamento operacional, mas corresponde à principal condição para sua abertura cognitiva<sup>61</sup>. Em verdade, a comunicação com outros sistemas torna-se um requisito da autopoiese,<sup>62</sup> como leciona Teubner:

Um fechamento radical do sistema – sob certas condições – significa sua abertura radical. Essa é uma das mais desafiadoras teses da teoria autopoética. Quanto mais o sistema jurídico ganha em fechamento operacional e autonomia, mais ele ganha em abertura para os fatos sociais, demandas políticas, teorias da ciência social e necessidades humanas.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> “Como vemos, a auto-referencialidade dá conta de uma dinâmica circular, onde os processos vigentes no interior de um sistema conseguem referir-se à própria lógica interna do sistema, e não mais a uma determinação exógena” MARTINS, Maurício Vieira. É o direito um sistema autopoético? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo. In: MELLO, Marcelo Pereira (org.). *Justiça e Sociedade*. Rio de Janeiro: LTr-UFF, p. 47.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 49. É importante destacar, todavia, que o VIEIRA sustenta o equívoco do pensamento de Teubner, afirmando inexistir autopoiese no direito.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (organizador). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Nova Iorque: European University Institute, 1987, p. 12-35. Tradução livre.

<sup>62</sup> TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

<sup>63</sup> TEUBNER, *op. cit.*, p. 2. Tradução livre.

### 1.2.1 Acoplamento estrutural entre Política e Direito

A diferenciação funcional, acompanhada da autopoiese, apesar de provocar *a priori* uma simplificação, acaba por aumentar a complexidade social. Na realidade, essa assertiva está pautada em um duplo fundamento: (a) a diferenciação funcional, em princípio, simplifica o meio, porém torna mais complexos os sistemas; e (b) os diferentes sistemas parciais podem apresentar soluções colidentes para os mesmos problemas sociais, provocando conflitos internos na sociedade: *“as verdades cientificamente alcançáveis, por exemplo, podem colidir com necessidades econômicas e políticas, enquanto que, inversamente, não se dispõe de verdades suficientes para as necessidades de decisão no âmbito econômico e político”*.<sup>64</sup>

Apesar de não integráveis, os sistemas parciais da sociedade tornam-se reciprocamente dependentes.<sup>65</sup> Cada sistema social parcial está inserido em um meio composto por outros sistemas parciais. Esses sistemas são autônomos, porém exercem influência na conformação dos demais, em um processo de acoplamento estrutural, que *“serve para que os outros sistemas – que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico – realizem trocas comunicativas”*.<sup>66</sup>

Dois ou mais sistemas autopoieticos podem ser acoplados quando suas interações tornam-se recorrentes e muito estáveis. Um sistema ocupa espaço em um determinado meio e nele interfere. Assim, sistemas que interferem sobre o mesmo meio provocam perturbações recíprocas, pois cada um recebe a influência que o outro exerceu sobre o meio. *“Nessas interações, a estrutura do meio apenas desencadeia as mudanças estruturais das unidades autopoieticas (não as determina nem informa), e vice-versa para o meio. O resultado será uma história de mudanças estruturais mútuas, desde que a unidade autopoietica e o meio não se desintegram. Haverá um acoplamento estrutural”*<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> LUHMANN, *op. cit.* (Sociologia... V.I), p. 226.

<sup>65</sup> *Id.*, p. 227.

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> MATURANA R; VARELA G, *op. cit.*, p. 113.

No que se refere ao Direito, as influências recíprocas em relação a outros sistemas tornam a sua evolução funcional e estruturalmente sensível ao ambiente social, embora não determinada diretamente por ele.<sup>68</sup> Segundo Luhmann<sup>69</sup>:

... a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.

É na seara constitucional que ocorre o acoplamento estrutural dos sistemas Direito e Política. A Constituição é uma reação à diferenciação entre ambos, pois força a sua reaproximação. É por meio dela que o Direito reage à sua própria autonomia, pois a Constituição fecha o sistema jurídico, mas nele se insere, utilizando conceitos políticos (ex: povo, eleitor, partidos). Esses conceitos, porém, por serem constitucionais são também conceitos jurídicos, eventualmente judiciáveis.<sup>70</sup>

Na realidade, a Constituição transmite a ideia de um texto jurídico que fixa a constituição política de um Estado.<sup>71</sup> Ao fazê-lo, ela se destaca do restante do Direito, porque atribui a si própria a primazia (estrutura autológica) na identificação do que é ou não Direito, mesmo quando o objeto dessa análise seja a própria legislação.<sup>72</sup> Assim agindo, traz para dentro do Direito a função de definir o que é Direito, substituindo sustentáculos externos como o jusnaturalismo ou outros critérios filosóficos. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado.<sup>73</sup>

Esse texto jurídico também normatiza a influência política sobre o Direito, ao limitar as possibilidades de atuação legislativa. Em outras palavras, ao definir os limites do Direito, a Constituição também indica o limite da

---

<sup>68</sup> NEVES, *op. cit.*, p. 20.

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Volume II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 19.

<sup>70</sup> LUHMANN, *op. cit.* (La costituzione...), p. 85.

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 88-89.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 96.

política, que não pode ser inconstitucional. Desse modo, é ela que constitui o acoplamento estrutural entre Direito e Política.<sup>74</sup>

### 1.3 Cooperação interdisciplinar: Direito e Política

O acoplamento estrutural entre Direito e Política revela a existência de um ponto de interseção entre os dois ramos, que apesar de conservarem seus códigos próprios e sua autonomia operacional, atuam, parcialmente, sobre o mesmo objeto.

Sendo a Constituição esse ponto de contato jurídico-político, fica evidente que ao menos uma parte dos objetivos dos dois ramos é coincidente, pois ambos estão vinculados aos planos constitucionais e devem contribuir para sua implantação e êxito.

Desse modo, apesar de códigos e operações distintos, é estratégica para a concretização das metas constitucionais a união de esforços em prol do objetivo comum. Assim, mais que promover o acoplamento estrutural entre Direito e Política, a Constituição exige a adoção de um comportamento cooperativo, com o objetivo de concretizar seus projetos do modo mais eficiente.

Essa cooperação pode e deve ocorrer entre instituições, configurando-se um diálogo institucional, por meio do qual diferentes atores deliberam e contribuem para a construção de uma decisão. Porém, também deve existir a cooperação entre áreas de conhecimento: ciência política e ciência jurídica.

Enquanto a cooperação na forma de diálogo institucional envolve uma abertura dialogal entre instituições distintas (tribunais, órgãos legislativos, órgãos burocráticos, corpos técnicos etc.), a cooperação interdisciplinar não está necessariamente vinculada à inclusão de novos atores no processo decisório. O que se exige é a inclusão de argumentos de outros campos científicos, independentemente de serem manejados por atores distintos. No caso de controle judicial de políticas públicas exige-se a cooperação interdisciplinar entre as ciências jurídicas e as ciências políticas.

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 97-110.

O caso Raposa Serra do Sol (Petição 3.388/RR)<sup>75</sup>, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, oferece interessante material de análise, pois, apesar de funcionar como um exemplo de cooperação interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia, foi relapso na busca de fundamento teórico no campo das Ciências Políticas, configurando uma falha impactante, tendo em vista ter o tribunal interferido significativamente na política pública demarcatória.

Explica-se o caso. O Poder Executivo Federal, com base nos art. 231 da Constituição da República, demarcou a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com um total de 1.747.464 ha de extensão, no Estado de Roraima, fronteira do Brasil com a Venezuela e a Guiana, destinando-a à posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana.

Os Senadores da República Augusto Affonso Botelho Neto e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti ajuizaram ação popular, pedindo a declaração de nulidade dos atos do Poder Executivo, sob o argumento de impossibilidade de adoção de um modelo contínuo de demarcação. Como causa de pedir, alegaram a existência de irregularidades formais, os prejuízos que seriam arcados pelo Estado de Roraima, bem como o comprometimento da segurança e da soberania nacionais.

O Supremo Tribunal Federal não reconheceu qualquer vício do procedimento administrativo demarcatório, tendo utilizado, para formar sua convicção, de diversos estudos antropológicos, que se somaram aos argumentos jurídicos na fundamentação dos votos dos julgadores. Foram debatidas as características dos povos indígenas, sua organização política, cultura, modo de produção. O Direito, sozinho, seria insuficiente para um julgamento justo. Foi necessário buscar a colaboração de outro campo do saber. Trata-se de um exemplo notório de cooperação interdisciplinar entre Direito e Antropologia.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, de modo pouco debatido mesmo entre os membros da Corte, fixou 19 salvaguardas<sup>76</sup> para que a demarcação

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet 3.388/RR. Julgado em 19/03/2009.

<sup>76</sup> (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais,

pudesse ser considerada válida. Desse modo, estabeleceu o Tribunal, por exemplo, a necessidade de admissão de visitantes “não índios”, sem a cobrança de tarifas, bem como a proibição de arrendamento e a proibição de caça e pesca por “não índios”. Insiste-se: sem reconhecer ilegalidade ou qualquer outro vício no processo demarcatório, o Tribunal interferiu na escolha política do Poder Executivo, não apenas no que se refere à reserva em questão, como na própria

---

que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

política pública de demarcação de terras indígenas, conforme ratificado pelo Tribunal em julgamentos posteriores, nos quais declarou ter o caso Raposa Serra do Sol fixado o “*regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil*”<sup>77</sup>.

A fixação de critérios definidores do conteúdo de uma política pública por meio de decisão judicial, que desconsidera por completo os aportes das ciências políticas e as construções científicas sobre o planejamento social, lança complicadores consideráveis não apenas para o processo político, mas sobretudo para a implementação da política constitucional.

Uma judicialização cooperativa das políticas públicas exige a abertura do Direito aos aportes das Ciências Políticas, que devem ser traduzidos para o código jurídico, mas jamais ignorados.

#### 1.4 Política constitucional, política competitiva e políticas públicas

Para viabilizar o início do debate sobre a cooperação interdisciplinar e a judicialização cooperativa é necessário o ajuste terminológico, com o objetivo de esclarecer o significado da expressão “política”.

Na realidade, o referido termo possui três dimensões: política constitucional, política competitiva e políticas públicas<sup>78</sup>.

A primeira dimensão corresponde à *política constitucional*, consubstanciada no plano previsto pelo ordenamento constitucional para o enfrentamento das questões mais sensíveis ao país, vinculados a temas fundamentais, como os direitos individuais e a estrutura básica do Estado<sup>79 80</sup>.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RMS 29.542/DF. Julgado em 30/09/2014.

<sup>78</sup> COUTO, Cláudio. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p 97.

<sup>79</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>80</sup> A expressão “política constitucional” é empregada por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto com um significado distinto, associada à crítica ao “judicialismo” na interpretação e aplicação da Constituição. Nesta tese, a expressão ganha significado bem distinto, como esclarecido no texto. Cf. SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.* (*Direito...*), p. 239-240.

O vocábulo “política” também é comumente associado a negociações, debates, influências, barganhas e embates, em uma verdadeira competição pela prevalência de um ou mais interesses no atuar governamental. Trata-se de uma atividade desenvolvida no âmbito institucional<sup>81</sup>, representado no idioma inglês pelo vocábulo “*politics*”, melhor identificado, na língua portuguesa, como “política competitiva” ou “política comum”.

Atuações políticas, legítimas ou não, voltadas para a defesa de um interesse, no plano institucional, integram a política competitiva. É o caso, por exemplo, da política partidária, da negociação entre bancadas setoriais, das campanhas promovidas por grupos minoritários, do oferecimento de vantagens em troca de apoio para propostas específicas etc.

Significado distinto tem a expressão “política pública”, que, traduzida ao inglês, corresponde à palavra “*policy*” e representa um plano governamental com um curso de ações para enfrentar um problema público.

A política pública (*policy*) é construída por meio da política competitiva (*politics*), mas com ela não se confunde, apesar de não se divorciarem. Em outras palavras, o resultado da política competitiva são as políticas públicas, que correspondem às respostas elaboradas pelos políticos para os problemas que consideram relevantes e merecedores de atenção estatal.

---

<sup>81</sup> COUTO, *op. cit.*, p 98.

## 2 POLÍTICAS PÚBLICAS

Os seres humanos constantemente tomam decisões objetivando um fim determinado, seja sobre algo que possa influenciar a humanidade, seja sobre questões cotidianas. Essas decisões integram estratégias para alcançar um objetivo; isto é, planos. As pessoas planejam, consciente ou inconscientemente, ações ou omissões para chegarem a um fim deliberado ou não. Assim, desde pequenas atitudes da vida cotidiana, até decisões estratégicas cosmopolitas, tudo está permeado por planos, decisões e estratégias.

Os planos contribuem para direcionar a decisão, simplificando e otimizando o processo decisório. Há um pitoresco exemplo que confirma essa assertiva: o Presidente Americano Barack Obama certa vez foi entrevistado por um repórter, que lhe apresentou o seguinte cenário: *“imagine que em 30 minutos você deixará de ser presidente. Eu vou substituí-lo. Prepare-me. Ensine-me como ser presidente.”* Obama respondeu: *“você vê que uso apenas ternos cinza ou azuis. Estou tentando reduzir as decisões. Não quero decidir sobre o que comerei ou vestirei, porque tenho muitas outras decisões a tomar”*. Analisando esse exemplo, Robert Pozen identifica uma estratégia decisória: a definição do que é ou não importante, a fim de canalizar o potencial de bem decidir para as questões verdadeiramente relevantes<sup>82</sup>.

A escolha de uma roupa – apesar da possibilidade de algum impacto político – é uma decisão individual, que envolve questões pessoais. Trata-se de situação semelhante à de uma pessoa que está em seu escritório pensando sobre o que fazer para o jantar: cozinhar ou comer fora. Considerando que a pessoa decidiu cozinhar, agora ela tem um plano: preparar o jantar em casa esta noite. Porém, como não há ingredientes em casa, o problema deixa de ser onde comer, mas onde conseguir comida para cozinhar. Surge, então, um segundo plano, relacionado ao primeiro: ir ao mercado comprar comida para preparar o jantar. Scott Shapiro alerta que ao elaborar os dois planos cria-se um plano maior: preparar o jantar com a comida comprada no mercado; trata-se de uma característica dos planos: planos menores se encaixam em planos maiores, que

---

<sup>82</sup> POZEN, Robert C. Boring is productive. In: Harvard Business Review. Setembro 2012. Tradução livre. Disponível em < <https://hbr.org/2012/09/boring-is-productive.html>>, acesso em 02/01/2015.

quase nunca são exaustivos, pois estão sempre incompletos, abertos a novos planos menores, os quais surgem à medida que as necessidades aparecem<sup>83</sup>.

Os planos individuais concedem grande liberdade de modificação, considerando que seus reflexos atingem basicamente o autor do planejamento. Essa liberdade começa a ser restringida quando as atividades envolvidas no plano são compartilhadas. Por exemplo, se a pessoa decide convidar outrem para preparar em parceria o jantar, o plano se altera e as decisões, ao menos em parte, necessitam ser compartilhadas. Não é mais possível que todas as decisões sejam tomadas isoladamente por uma pessoa, devendo haver deliberações ao menos em relação às questões mais gerais.

Entretanto, apesar dessas noções gerais compartilhadas, é possível que planos individuais sejam executados por cada um dos participantes, sem uma coordenação e, ainda assim, se alcance o resultado. Definida a hora do jantar, cada um prepara o prato que considera conveniente. Porém, talvez o ideal seria um planejamento conjunto, a fim de se formatar um plano compartilhado, no qual cada um pudesse propor e deliberar para a tomada das decisões.

Assim como os individuais, os planos compartilhados são tipicamente incompletos e vão sendo construídos progressivamente. Todavia, envolvem uma complexidade maior que o planejamento de uma única pessoa, mas em compensação também podem trazer vantagens, dentre as quais destaca-se a possibilidade de coordenação, por meio de deliberação racional, para o aproveitamento das aptidões de cada um dos envolvidos no plano: um especialista em carnes e outro em massas, direcionando suas aptidões para a atividade adequada, potencializam as chances de se conquistar o objetivo. O planejamento em grupo, por meio de deliberações conjuntas, confere maiores possibilidades de aproveitamento dos recursos disponíveis, além de contribuir para o controle da atividade dos demais participantes, uma vez que as deliberações são coletivas, além de facilitar a previsibilidade dos comportamentos dos demais envolvidos, já que todos participam do processo decisório.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Edição digital. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, visualização 1679.

<sup>84</sup> *Ibid.*, visualizações 1818-1843.

A deliberação compartilhada, entretanto, não é um requisito para a existência de um plano compartilhado. O planejamento pode ser realizado por um indivíduo, até mesmo externo ao grupo, desde que conte com a aceitação de todos os envolvidos, não apenas em relação às partes do plano que lhes atinge particularmente, mas em relação a todo o planejamento, o que exige a publicidade do plano e a confiança nele depositada pelos participantes.<sup>85</sup>

Entretanto, formular planos constantemente tem um custo deliberativo: é trabalhoso, demorado e pouco eficiente retomar discussões a cada decisão a ser tomada. Como solução para a redução do custo deliberativo criam-se políticas, ou seja, planos gerais, capazes de ser aplicados em diferentes momentos. Essas políticas – planos gerais – reduzem radicalmente os custos das deliberações e das barganhas. Em compensação, também reduzem os benefícios que se pode extrair das deliberações coletivas.<sup>86</sup>

Seguindo na apresentação dos exemplos fornecidos por Scott Shapiro, se uma pessoa decide convidar vários amigos para cozinhar com frequência, possivelmente o grupo descobrirá que deliberar e barganhar toda semana sobre cardápio, local, ingrediente e divisão das tarefas consumirá muito tempo e energia, que poderiam ser empregados de modo mais eficiente e como maior satisfação. Aos poucos, passam a construir estratégias, na forma de planos gerais, para evitar esse custo, criando uma política: o cardápio será aquele que for publicado na coluna de culinária de um determinado jornal.

Essas normas gerais, algumas vezes, vão se formando paulatinamente, incorporando costumes e também reduzindo a necessidade de deliberações. O grupo de cozinheiros, por exemplo, acostumou-se com um comportamento que foi naturalmente adotado por cada um dos membros: a cada semana o jantar era na casa de uma pessoa diferente, que sempre oferecia três pratos. Com o tempo, esse se tornou o padrão dos eventos do grupo, reduzindo deliberações, negociações e improvisos, pois o grupo tinha uma política, um plano geral: jantares semanais, de acordo com o cardápio publicado no jornal, na casa e sob a responsabilidade de um membro do grupo, conforme uma sequência predeterminada. O plano continua sendo parcial e incompleto, pois não envolve

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, visualizações 1818-1843.

<sup>86</sup> *Ibid.*, visualizações 1939.

todos os aspectos da atividade – como, por exemplo, a hora do jantar e a bebida –, os quais permanecem dependentes de deliberações, barganhas e improvisos.

Apesar das vantagens das deliberações coletivas, o fato é que muitas vezes essas se tornam demasiadamente custosas e praticamente inviáveis. Quanto maior o número de pessoas envolvidas, a complexidade da matéria, a diversidade de pensamento e a quantidade de interesses atingidos, mais difíceis as negociações e custosas as barganhas. Assim, a elaboração de planos sob improviso, para cada situação concreta, passa a ser algo absolutamente contraproducente. Por isso, o estabelecimento de políticas funciona como um método econômico para a elaboração e aplicação de planos, pois serve como um plano geral que orienta os planejamentos específicos.

O estabelecimento de políticas permite a descentralização do processo de planejamento sem a perda das características principais do plano central. Diversas agências planejadoras podem coexistir, elaborando seus próprios planos e tomando decisões, de acordo com o planejamento central. Assim, é possível distribuir a responsabilidade pelo planejamento de acordo com a capacidade e a aptidão de cada agência, sem que isso afete a confiança das pessoas não envolvidas na decisão específica, pois os planos de cuja elaboração não participaram estarão de acordo com a política à qual aderiram.

As políticas podem estar presentes em diversos campos da vida, mas, para o Direito e para as Ciências Políticas, ganham importância quando direcionadas a planejar “*uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público*”<sup>87</sup>, pois nesse caso se estará diante de uma *política pública*.

## 2.1 Políticas públicas como planos

A vida em sociedade apresenta desafios que extrapolam a esfera privada e exigem respostas coordenadas, a fim de tornar possível a existência e o convívio das pessoas. Problemas de variadas ordens, desde intempéries à miséria humana, passando por tantas outras questões, como monetárias, econômicas e ambientais, não permitem que os indivíduos se concentrem

---

<sup>87</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 02.

exclusivamente em seus planos ou nos de seus grupos, pois necessitam de um planejamento mais amplo.

Muitos desses problemas públicos afetam diretamente os planos privados, pois se relacionam com a escassez de recursos, impeditiva da concretização de boa parte dos planejamentos individuais ou coletivos. A competição entre diferentes planos faz com que, constantemente, as decisões de alguns afetem as vidas de outros.

Tornam-se necessários, portanto, planos de coordenação da vida social, que definam alguns parâmetros para os planos privados e estabeleçam estratégias de enfrentamento de problemas públicos.

Nesse momento, não importa quem e como os planos sociais são elaborados. Independentemente da forma como é exercido o poder, consistente “*na habilidade de os indivíduos ou grupos fazerem valer os próprios interesses ou as próprias preocupações, mesmo diante da resistência de outras pessoas*”<sup>88</sup>, sempre haverá planejamentos para o atingimento de objetivos considerados importantes pelos exercentes desse poder, mesmo que de modo improvisado, com elaborações decorrentes das necessidades imediatas.

Entretanto, a partir do momento em que uma determinada sociedade se organiza na forma de um Estado<sup>89</sup>, com o objetivo de realizar o bem público, por meio de um governo próprio, intensifica-se e qualifica-se esse planejamento, pois passam a ser elaboradas estratégias gerais, aplicadas como métodos de coordenação do enfrentamento dos problemas públicos.

Os planos improvisados cedem lugar (ao menos parcialmente) a planejamentos coordenados, que funcionam como estratégias pré-definidas para o enfrentamento de obstáculos e a construção de caminhos para a conquista das metas traçadas pelos governantes. Desse modo, reduz-se a necessidade de deliberações, pois a solução a ser empregada já está prevista em uma política, construída previamente na forma de um plano amplo. Assim, por exemplo, após os governantes deliberarem, de modo geral, quando uma pessoa pode se

---

<sup>88</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 342.

<sup>89</sup> “*Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado*” In: AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1963, p. 8.

aposentar e o valor do benefício, tornam-se desnecessárias deliberações individuais em cada caso de requerimento da prestação previdenciária. Bastará avaliar se o caso concreto se adequa à política previamente deliberada.

As políticas públicas são, portanto, planos elaborados pelo governo. Essa assertiva está em harmonia como o clássico pensamento de Thomas Dye, ao afirmar que política pública é “*tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer*”<sup>90</sup>. Apesar da simplicidade, esse conceito apresenta duas relevantes informações sobre o instituto: *i.* ele exige decisões; e *ii.* as decisões devem ser de um governo.

Ao afirmar-se que as políticas públicas exigem *decisões* reforça-se sua natureza de planos, pois são excluídos os eventos inesperados e as consequências não intencionais, os quais podem ser o alvo ou a decorrência de uma política, mas não a integram. Um desastre natural gerador do desmoronamento de prédios não faz parte de uma política pública de urbanização, apesar de poder influenciá-la. Da mesma forma, se a construção de um porto provoca um imprevisto aumento da população de tubarões no litoral de uma região, será possível identificar uma consequência da política, mas não afirmar que esse desequilíbrio ambiental integre a política, pois não fez parte do plano.

Por outro lado, ao exigir decisões deliberadas, ficam excluídas as simples omissões, caracterizadas pela ausência de decisão. Isso não significa que uma política pública apenas seja identificada por ações. Ao contrário, as decisões podem determinar um comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), mas sempre deve haver a deliberação sobre qual postura deve ser adotada. É possível deliberar-se por não agir, o que envolve uma decisão pela inação, medida passível de ser absorvida por uma política pública. Entretanto, se o governo não age por simples omissão e, não por deliberação, inexistente política pública. Se um governo decide interromper a manutenção de suas ambulâncias, para aplicar os recursos na construção de quadras de esporte, a medida está inserida em uma política pública, por mais questionável que possa ser a sua legitimidade e adequação. Porém, se a manutenção das ambulâncias

---

<sup>90</sup> DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs (NJ): Prentice-Hall, 1972, p. 2.

simplesmente deixa de ocorrer, por mera omissão não deliberada, a medida não pode ser considerada política pública.

O conceito apresentado por Dye esclarece ainda que as políticas públicas envolvem decisões de um governo. Assim, se uma organização da sociedade civil decide, de modo independente, adotar medidas de combate à corrupção, criando ferramentas que permitam maior controle e fiscalização por parte da sociedade, estará desempenhando um relevante papel, mas não restará caracterizada uma política pública. Também não se enquadra no conceito pesquisado, a decisão de uma empresa, sem qualquer apoio governamental, de reservar um percentual dos postos de chefia para preenchimento obrigatório por mulheres. As políticas públicas exigem uma decisão governamental.

Isso não significa que a sociedade não participe da elaboração ou da execução da política pública. É possível – e desejável – a abertura do processo político ao maior número de pessoas, a fim de permitir a avaliação dos diversos interesses envolvidos e o aporte de ideias e propostas capazes de oferecer opções de comportamentos a serem adotados. Como se abordará no item 2.2, há diversos atores, públicos e privados, participantes do processo de elaboração da política. Porém, para caracterizar uma política pública, a decisão deve ser governamental, ainda que com o apoio de outros segmentos.

Ademais, nem todas as políticas governamentais são implementadas por agentes do governo, sendo certo que muitas delas são efetivadas por organizações privadas ou por cidadãos<sup>91</sup>. A decisão sobre a medida a ser adotada é tomada pelo agente governamental: é do governo o poder decisório. Mas a execução das medidas pode recair sobre outros atores. Por exemplo, se o governo estabelece uma medida de incentivo fiscal para as empresas que ampliarem a licença gestante de seus empregados, a medida pode ser considerada como integrante da política pública de proteção de mulher no mercado de trabalho.

Porém, mais que decisões governamentais, as políticas públicas são planos, conseqüentemente qualquer ação ou inação nelas previstas é

---

<sup>91</sup> PETERS, B. Guy. *American public policy: promise and performance*. 9ª edição. Tradução livre. Los Angeles: SAGE, 2013, p. 4.

“desenhada para servir a um objetivo politicamente definido”<sup>92</sup>. Assim, observa-se que medidas tomadas sem uma finalidade específica, carentes de direcionamento e objetivos, não integram o conceito de política pública. Para enquadrarem-se como tal, é necessário que as medidas integrem um plano para alterar um quadro indesejado. Um exemplo pode ajudar a visualizar essa assertiva. Se uma lei municipal altera o nome de uma rua, sem qualquer vinculação com outra medida e sem o objetivo de solucionar uma problemática social, não é possível considerar esse ato como política pública. Entretanto, se as autoridades, preocupadas com o resgate da memória histórica da municipalidade, promovem a alteração dos nomes das praças públicas, com o objetivo de homenagear os personagens históricos da região, aí sim, se estará diante de uma política pública.

Em outras palavras, uma política pública, por ser um plano social, corresponde a uma estratégia para responder a um problema público, com a previsão de condutas a serem adotadas para enfrentá-lo. Trata-se, pois, de um método contrário à improvisação, que previamente delibera as ações e inações para combater os problemas públicos e promover o aperfeiçoamento de algum aspecto da vida social. Como destaca Ronald Dworkin, as políticas públicas (*policies*) são um “*tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade*”.<sup>93</sup>

Como planos, as políticas públicas são naturalmente incompletas e abertas a adaptações e aperfeiçoamentos. Considerando a impossibilidade de uma previsão integral de todos os aspectos da questão enfrentada, bem como das consequências das soluções propostas, não é possível supor que uma política pública é completa e imutável. Por isso, Michael Kraft e Scott Furlong afirmam tratar-se de “*um curso de ação ou inação do governo em resposta a problemas públicos*”<sup>94</sup>. O que inova nesse conceito é a ideia de que a política

---

<sup>92</sup> THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: starting to understand. Tradução livre. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). Public policy: the essential readings. 2ª edição. Nova Iorque: Pearson, 2013, p. 3.

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>94</sup> KRAFT, Michael; FURLONG, Scott. *Public policy: politics, analysis and alternatives*. 3ª edição. Tradução livre. Washington: CQ Press, 2010, p. 6.

pública compreende um *curso de medidas*, ou seja, um conjunto de ações ou inações para o enfrentamento de um problema público, na forma de um processo contínuo, envolvendo formulação, implementação, aplicação e avaliação.<sup>95</sup> Um plano deve ter resiliência para resistir às investidas de opositores e aos imprevistos, o que apenas é alcançado com o seu aperfeiçoamento constante, até o atingimento da meta.

Em resumo, considerar uma política pública como um plano, significa reconhecê-la como uma estratégia, naturalmente incompleta, que envolve um curso de ações ou inações governamentais, para enfrentar um problema público.

## 2.2 Atores das políticas públicas

Uma política pública é um plano compartilhado elaborado como estratégia para o aprimoramento de algum aspecto da vida social. É sua característica intrínseca, portanto, o envolvimento de diversos atores em seu processo de elaboração. Não se trata, portanto, de uma obra individual, mas de um processo influenciado, em diferentes intensidades, por um número variável de pessoas e instituições.

Afirmar a existência de uma multiplicidade de atores na formação de uma política pública não exige o compartilhamento do poder decisório. Ainda que a decisão seja a atribuição de uma única agência (pessoa ou instituição), o planejamento social é, direta ou indiretamente, influenciado por vários atores capazes de impactar o responsável pela decisão. Há, pois, atores que influenciam o plano, embora não tenham o poder de tomar decisões.

Por outro lado, como analisado no item anterior, uma política pública envolve um curso de ações, sendo frequente – quase constante – que as diferentes decisões sejam tomadas por distintos atores, ficando cada um responsável por uma das etapas do planejamento. Sua formação tem, portanto, um caráter dinâmico, contando com múltiplas fontes de decisão, as quais podem estar distribuídas vertical ou horizontalmente em uma ou mais estruturas governamentais.

---

<sup>95</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The contemporary...), p. 3.

Em uma distribuição vertical do poder decisório, a política pública pode contar com decisões mais abrangentes, por parte de autoridades de maior hierarquia, bem como outras decisões mais específicas, tomadas por agentes de hierarquia inferior. Pode, também, haver uma distribuição horizontal do poder de decisão, por exemplo, atribuindo-se a diferentes agências decisórias a responsabilidade por distintos segmentos da política, como no caso de haver medidas relacionadas a diferentes áreas governamentais. Por fim, uma política pública pode abranger múltiplos governos, por exemplo, quando reúne distintos Municípios ou Estados.

O relacionamento entre os diversos atores da política pública, porém, nem sempre é cooperativo, uma vez que seus interesses e preocupações podem ser distintos ou mesmo antagônicos. Logo, em um cenário de impossibilidade de atendimento integral dos variados interesses, no qual as decisões definem aqueles que serão atendidos pelos recursos disponíveis, a competição é mais frequente que a cooperação.

Atento a essa dinâmica, Jenkis definiu política pública como “*um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores*”<sup>96</sup>. Chama especial atenção a vinculação à capacidade do governo para implementar suas decisões, demonstrando que há limitações que restringem as opções de decisão, exigindo a *seleção de objetivos e meios*.<sup>97</sup>

Não é difícil perceber que, por impactar vidas e projetos individuais e coletivos, a formação de uma política pública é cercada por competição entre atores com diferentes objetivos políticos, que batalham e negociam a utilização dos recursos disponíveis em favor dos projetos que defendem. Afinal as políticas públicas refletem não apenas os valores mais importantes da sociedade, mas também o conflito entre esses valores. Políticas públicas

---

<sup>96</sup> JENKINS, William I. *Policy analysis: a political and organizational perspective (government and administration series)*. Londres: Martin Roberts, 1978.

<sup>97</sup> HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 8-9.

indicam a qual deles será dada prioridade em uma decisão. A ação dos formuladores das políticas pode determinar definitivamente qual dos diferentes – e às vezes conflitantes – valores prevalecerá.<sup>98</sup> Trata-se, portanto, de um combate, uma competição travada em uma verdadeira arena.

Logo, por meio de competição travada entre diferentes agentes, disputa-se e negocia-se uma solução adequada para um problema capaz de justificar a atuação do Estado. Nessa arena há atores com diferentes objetivos políticos, os quais buscam utilizar os recursos disponíveis para implementar seus projetos e planos para enfrentamento de um problema público. Existe, portanto, um esforço de adequação dos objetivos de diferentes atores aos recursos disponíveis para sua concretização.

Os atores da política pública são, portanto, *“todos aqueles indivíduos, grupos ou organizações que desempenham um papel na arena política”*<sup>99</sup>.

### 2.2.1 Atores políticos e instituições políticas

A arena política está aberta aos diferentes tipos de atores, sejam eles pessoas, grupos ou organizações. Uma associação de aposentados, um grupo organizado de defensores da descriminalização da maconha, o Congresso Nacional e o Ministério da Previdência são exemplos de atores políticos não individualizados, que integram a arena política ao lado de congressistas, ministros e personalidades capazes de influir no processo.

Nota-se, portanto, que um ator político individualizado pode integrar uma organização, sendo esta considerada autonomamente um ator distinto dos indivíduos que a compõem. Por exemplo, um deputado é um ator político, a Câmara dos Deputados outro, assim como o Congresso Nacional assume o papel de um terceiro ator. Essa distinção fica clara quando se percebe que a decisão de um deputado consistente em defender um projeto de lei, pode não corresponder à vontade da casa legislativa, que por sua vez pode ser distinta da posição do Congresso, considerado em sua composição bicameral.

---

<sup>98</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 6.

<sup>99</sup> SECCHI, *op. cit.*, p. 77.

Esse não é um fenômeno restrito aos órgãos e entidades coletivas ou colegiadas. Mesmo em organizações cujo comando é exercido por um indivíduo, não é possível confundir o ator individualizado com o grupo que gerencia. O Ministro da Previdência é um ator distinto do Ministério, uma vez que seus interesses podem encontrar obstáculos em outros atores da mesma organização que, embora hierarquicamente inferiores, são capazes de se opor, seja por meio de utilização de força política, seja pelo uso de estratégias burocráticas.

Essa distinção entre indivíduo e organização se deve, em grande parte, à existência de instituições políticas, que consistem no conjunto de normas e práticas condicionantes do comportamento dos atores individuais. Assim, o sucesso na criação e na execução de políticas públicas também depende se as instituições facilitam, dificultam ou impedem o processo<sup>100</sup>.

Em outras palavras, a atuação de um ator político pode ser limitada, dirigida ou impulsionada por normas e práticas institucionais, reduzindo o voluntarismo, por configurarem as “regras do jogo” a serem observadas pelo *player* na arena da competição política. Desse modo, é possível que o interesse político de um ator individual e a estratégia por ele traçada para alcançá-lo contrariem instituições adotadas pela organização que integra, estabelecendo-se uma disputa entre os dois atores políticos (indivíduo e organização). Isso significa que “*instituições, não apenas preferências individuais, importam para os resultados coletivos*”<sup>101</sup>.

Essas instituições podem ser compreendidas como planos preexistentes, já consolidados e que interferem na forma como o ator político participará do processo de formação das políticas públicas. Estão diretamente relacionadas com os desafios políticos e a necessidade de normatização de uma conduta, reduzindo a dependência de decisões improvisadas e personalizadas. Quanto mais frequente é um problema enfrentado por uma comunidade, menor a tendência de soluções *ad hoc*, pois são substituídas por respostas institucionalizadas, por meio de procedimentos que fornecem aos atores

---

<sup>100</sup> BARDACH, Eugene, *A practical guide for policy analysis: the eightfold path to more effective problem solving*. 3ª edição. Washington: CQ Press, 2009, p. 137.

<sup>101</sup> SHEPSLE, Kenneth A. *Analysing politics: rationality, behavior, and institutions*. 2ª edição. New York: W. W. Norton & Company, 2010, p. 357.

políticos incentivos e diretrizes para as necessárias decisões voltadas a promover o bem público<sup>102</sup>.

As “regras do jogo” que formam as instituições estão relacionadas com a adoção de um procedimento regular, a divisão de trabalho entre os atores no ciclo de políticas públicas, a especialização desse trabalho, a fixação da competência de cada ator, assim como a delegação e o monitoramento das atividades<sup>103</sup>. Em cada arena pública há instituições que devem ser observadas pelos atores políticos, a fim de estimular um jogo cooperativo, o que pressupõe uma instância prévia de negociação, em que os participantes chegam a um acordo sobre como o jogo deve ser jogado.<sup>104</sup>

### 2.2.2 Classificação dos atores políticos

As disputas na arena política, submetidas às instituições políticas, revelam uma estrutura interativa de poder entre três espécies de atores políticos – políticos, burocratas e cidadãos – os quais se comunicam entre si e tentam proteger e aumentar seus poderes políticos e administrativos. A partir da observação dessa estrutura de uma arena política, formulou-se a teoria da *Political Nexus Triad* (PNT), de acordo com a qual qualquer ação governamental pode ser compreendida como um produto de interações entre políticos, burocratas e sociedade civil<sup>105</sup>, ou seja, os planos sociais – políticas públicas – são resultantes das deliberações, barganhas e negociações entre essa tríade de atores políticos.

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 357-368.

<sup>104</sup> “A teoria do jogo cooperativo pressupõe um período de negociação pré-jogo, durante o qual os jogadores chegam a um irrevogável e vinculante acordo sobre como o jogo deve ser jogado.” BINMORE, Ken. Introduction. In NASH, John F. *Essays on game theory*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1996, p. xiv. Tradução livre.

<sup>105</sup> MOON, Myung-Jae. INGRAHAM, Patricia. Shaping administrative reforms and governance: na examination of the political nexus triad in three Asian countries. *Governance – an international journal of policy, administration, and institutions*. V. 11, n. 1, p. 77-100, 1998. Disponível em <[http://www.readcube.com/articles/10.1111%2F0952-1895.581998058?r3\\_referer=wol&show\\_checkout=1](http://www.readcube.com/articles/10.1111%2F0952-1895.581998058?r3_referer=wol&show_checkout=1)>, acesso em 25/10/2014.

A teoria da *political nexus triad* representa um positivo avanço em relação aos pensamentos dicotômicos, limitados a uma classificação binária Estado *versus* sociedade<sup>106</sup>, especialmente porque enxerga a burocracia como atriz externa às agências governamentais, competindo com a autoridade dos políticos<sup>107</sup>.

#### 2.2.2.1 Políticos

Na categoria “políticos” estão inseridos tanto os atores eleitos, quanto aqueles designados politicamente. Como políticos eleitos são considerados os chefes dos Poderes Executivos (Presidente, Governadores e Prefeitos), bem como os membros dos Poderes Legislativos (Senadores, Deputados Federais e Estaduais, bem como Vereadores). Os designados politicamente são aqueles que assumem a posição na arena política por força de relação com o político eleito, sendo variável a intensidade dessa relação. Como exemplo, no âmbito do Executivo Federal, o Presidente da República, como político eleito, nomeia ministros, que por sua vez nomeiam secretários, os quais nomeiam coordenadores em uma sequência de indicações de cunho político, com graus bastante distintos de proximidade com o núcleo do poder.

Em um Estado Democrático de Direito, o poder dos políticos e a sua influência na arena política estão intimamente relacionados com sua legitimação democrática, decorrente do processo eleitoral, representativo da vontade majoritária. Quanto mais próximo dos políticos eleitos, maior a legitimidade *prima facie* do poder decisório.

---

<sup>106</sup> Exemplo dessa classificação dicotômica é a que divide os atores políticos em governamentais e não-governamentais. Cf. SECCHI, *op. cit.*, p. 79. Outro exemplo é a classificação em atores internos e externos. Cf. MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de planejamento governamental: foco nas políticas públicas e nos indicadores sociais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

<sup>107</sup> MAKHOVA-GREGG, Anna Nikolaevna. Russian Civil Service Reform: a step toward democratic consolidation or bureaucratic authoritarianism? Tese de doutorado em filosofia. Southern Illinois University Carbondale. Departamento de Ciência Política. Maio, 2008, p.31. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?id=adtiu6kylM4C&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>, acesso em 05/11/2014.

### 2.2.2.2 Burocracia

A burocracia é um modelo organizacional que opera pautado na estabilidade, na normatização formal, na hierarquia, bem como na especialização<sup>108</sup>. De acordo com Max Weber, a divisão formal de tarefas entre servidores estáveis e hierarquicamente organizados conduz a uma “*resolução objetiva dos assuntos (...) conforme as normas calculadas e sem levar em conta as pessoas*”<sup>109</sup>.

Essa estrutura burocrática e seus integrantes têm poder político, exercendo importante influência na arena, especialmente em razão de cinco recursos com os quais costuma contar: *expertise*, coesão, autoridade legislativa, projeção política e liderança<sup>110</sup>. Há casos em que o crescimento do aparato administrativo ocorre em grau tão significativo que eleva sua projeção política, aumenta seu poder por torná-lo imune ao controle popular<sup>111</sup>, o que pode ser potencializado pela coesão dos integrantes da máquina burocrática e por uma liderança hábil e relacionada.

Entretanto, a característica da burocracia mais relevante para esta tese é a *expertise* dos servidores públicos adquirida pela especialização de atividades. “*Organizações burocráticas são desenhadas para desenvolver e armazenar conhecimento. Em um grau maior que legisladores e tribunais, burocracias podem dividir tarefas e ganhar conhecimento via especialização*”.<sup>112</sup> O domínio de conhecimentos específicos garante papel de destaque à burocracia na elaboração dos planos sociais, fornecendo-lhe valiosa vantagem competitiva na arena política. Em alguns casos, essa *expertise* converte-se diretamente em

---

<sup>108</sup> Sobre os traços característicos da burocracia, cf. WEBER, Max. *O que é burocracia*. Tradução do Conselho Federal de Administração. Brasília: CFA, 2012, p. 9-12.

<sup>109</sup> *Ibid*, p. 39.

<sup>110</sup> MEIER, Kenneth J. Regulation: politics, bureaucracy and economics. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova Iorque: Pearson, 2013, p. 241.

<sup>111</sup> WILSON, James Q. The rise of the bureaucratic state. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova Iorque: Pearson, 2013, p. 232.

<sup>112</sup> MEIER, *op. cit.*, p. 241.

poder decisório, acarretando a investidura das autoridades administrativas de discricionariedade<sup>113</sup> ou mesmo de autoridade normativa.

Os burocratas são aqueles agentes políticos que integram o funcionalismo público, ou seja, servidores que não dependem diretamente de indicações políticas, apesar da possibilidade de influírem e serem influenciados por ela. Evidentemente, a burocracia é bastante ampla e variada, abrangendo atores com potenciais muito distintos de competição na arena política. Apesar de uma miríade de variações, é possível identificar duas posições básicas entre as quais se situam os burocratas: burocracia instrumental e burocracia autônoma. Ambas exercem papel relevante na arena, mas apenas a segunda tem poder decisório. Enquanto a primeira pode, com maior ou menor grau, influenciar a decisão política, a burocracia autônoma vai além e assume a responsabilidade pela própria decisão.

#### 2.2.2.3 Sociedade civil

Enquanto os políticos e burocratas são os “fornecedores” (*supply*) da política pública, a sociedade civil é a sua “consumidora” (*demand*)<sup>114</sup>. Apesar de estar presente na arena e de influenciar a formação da política, não é a sociedade quem toma a decisão. Ao contrário, o plano envolve decisões governamentais em favor da sociedade, verdadeira destinatária da política pública.

Não é por outro motivo que Guy Peters, após afirmar que “*política pública é a soma das atividades governamentais, praticadas diretamente ou por meio de agentes, na medida em que têm influência na vida dos cidadãos*”<sup>115</sup>, identifica três níveis de política pública, definidos pelo grau de diferença que realmente fazem na vida dos cidadãos. Em primeiro lugar há as escolhas políticas, que são feitas por pessoas detentoras de poder público capaz de afetar as vidas dos cidadãos. Dessas escolhas surgem políticas que podem ser

---

<sup>113</sup> WILSON, *op. cit.*, p. 232.

<sup>114</sup> SUN, Milan Tung-Wen. Transformation of Governance in Taiwan: a critical assessment. Disponível em <file:///C:/Users/F%C3%A1/Downloads/The\_Transformation\_of\_Governance\_in\_Taiwan\_\_A\_Cri.pdf>, acesso em 05/11/2014.

<sup>115</sup> PETERS, *op. cit.*, p. 4.

colocadas em prática. Em um segundo nível, há os *policy outputs*, ou seja, a colocação em prática das escolhas políticas, muitas vezes por meio de medidas nomeadas de “programas”. Um terceiro nível são os impactos políticos, ou seja, os efeitos produzidos pelos dois primeiros níveis.<sup>116</sup>

A sociedade civil influencia as escolhas políticas e pode participar ativamente de sua efetivação, mas sua relação mais intensa com esses planos sociais consiste na absorção de seus impactos, por ser a destinatária das ações e inações neles previstas. Nela estão os partidos políticos, os grupos de interesses e as organizações privadas, as quais incluem desde empreendedores econômicos a associações religiosas, passando por associações culturais, corporativas e profissionais, bem como a mídia e as entidades de imprensa.

A sociedade civil está muito distante de uma composição homogênea e harmônica. Os atores que a integram, em boa parte dos temas, vivem em competição, digladiando-se na arena política, em combates intensos em favor dos interesses que sustentam. A diversidade é tão intensa que engloba participantes sobreintegrados, com forte influência sobre políticos e burocracia, e outros subintegrados, sem condições reais de competir na arena política<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 4-5.

<sup>117</sup> Sobre superinclusão e subinclusão, cf. NEVES, *op. cit.*, p. 248-255.

### 3 CICLO DA POLÍTICA PÚBLICA

As políticas públicas, como planos para o enfrentamento de um problema público, exigem momentos de elaboração e aplicação, na forma de um processo contínuo, cujas etapas formam o *ciclo da política pública*.

No plano prático, muitas vezes não é possível a segmentação perfeita de cada estágio do ciclo. Todavia, o esforço para sua visualização permite uma avaliação mais transparente dos resultados alcançados pela política competitiva, especialmente em comparação com a política constitucional.

Diferentes modelos teóricos conservam divergências entre o número de fases e suas funções. Entretanto, é possível encontrar uma relativa interseção no que tange a alguns dos passos na formação da política pública, a partir da qual se propõe um ciclo com quatro etapas: *i.* elaboração da agenda; *ii.* construção da decisão; *iii.* implementação; e *iv.* avaliação.

#### 3.1 Agenda política

Qualquer sociedade é desafiada por uma série de problemas capazes de impactar a vida de seus membros, reduzir o bem-estar, abalar a segurança ou produzir outras consequências indesejadas. Entretanto, apenas alguns deles são enfrentados pelo governo, enquanto os demais são combatidos, ou simplesmente suportados, por pessoas ou entidades sem apoio estatal. Essa dinâmica conduz à seguinte indagação: por que alguns problemas constam na agenda governamental e outros não?

Agenda política é o conjunto de problemas que o poder público decide enfrentar. Nas palavras de John Kingdon<sup>118</sup>:

é a lista das questões ou problemas que recebem alguma atenção séria, em algum dado momento, por parte dos funcionários do governo e das pessoas de fora do governo que estão próximas a esses funcionários... Do conjunto de todas as questões ou problemas concebíveis, aos quais os funcionários poderiam estar voltando sua atenção, na realidade prestam séria atenção apenas a alguns, e não a outros. Assim, o processo da montagem da agenda limita esse conjunto de questões concebíveis ao conjunto que de fato se torna foco de atenção.

---

<sup>118</sup> KINGDON, John W. *Agendas, alternatives and public policies*. Boston: HarperCollins, 1995, p. 3-4.

Diante de diversos problemas capazes de constituir objeto de um plano social, alguns são selecionados para ser enfrentados. Desse modo, é possível constatar duas operações distintas na elaboração da agenda: *i.* a primeira busca a identificação dos problemas públicos, ou, em outras palavras, o que pode ser objeto de uma política pública; *ii.* a segunda consiste na seleção daqueles que devem ser enfrentados pelo Estado.

### 3.1.1 Identificação dos problemas públicos

A elaboração da agenda inicia-se pela identificação dos problemas públicos, que consistem nas situações de assimetria entre o ideal e o real *suscetíveis* de atenção governamental.

Note-se que não se trata apenas de uma distinção entre o ser e o dever ser. Afinal, o distanciamento de um quadro de excelência não provoca, necessariamente, um problema. Ao contrário, em geral, trata-se de circunstância normal e aceita, tendo em vista o reconhecimento da raridade da perfeição em qualquer campo da vida.

A identificação de um problema é, portanto, uma atividade de interpretação dos fatos sociais, influenciada por valores e crenças dos membros da sociedade (ou do governo), que conferem diferentes pesos para as distintas assimetrias entre a realidade e o ideal<sup>119</sup>. Diante de um cenário social imperfeito, haverá “*um conjunto de ideias, valores e percepções*”<sup>120</sup> que julgará quais dessas imperfeições são capazes de justificar a ação do poder público. Identificar um problema público exige, conseqüentemente, uma decisão: quais casos de discrepância entre o real e o desejado *permitem* a intervenção estatal?

O que definirá se essa assimetria entre o desejado e o existente configura um problema público será o julgamento social (ou governamental), pautado nos valores daquele meio, a respeito da possibilidade, ou não, de atuação do Estado.

---

<sup>119</sup> ZAHARIADIS, Nikolaos. The multiple streams framework: structure, limitations, prospects. In SABATIER, Paul A. (coord.). *Theories of policy process*. 2ª edição. Cambridge: Westview Press, 2007, p. 71.

<sup>120</sup> CASAR, María Amparo. MALDONADO, Claudia. Formación de agenda y procesos de toma de decisiones: una aproximación desde La ciência política. In MERINO, Mauricio (coord.). CEJUDO, Guilherme M. (coord.). *Problemas, decisiones y soluciones: enfoques de política pública*. Tradução livre. México: FCE CIDE, 2010, p. 211.

Constata-se, portanto, que o reconhecimento de problemas “*não é um simples processo mecânico de identificar desafios e oportunidades, mas um processo sociológico em que os ‘quadros’ ou conjunto de ideias têm significado crítico dentro dos quais operam e pensam os governos e atores não governamentais*”<sup>121</sup>.

Em caso de total rejeição da interferência estatal, não se estaria diante de um *problema*, pois a questão seria considerada externa ao campo de atuação do Poder Público. Porém, caso seja julgada *admissível* a intervenção do Estado com o objetivo de tentar aproximar a realidade do plano ideal, estar-se-á diante de um problema público.

Nesse primeiro passo do ciclo de políticas públicas não se perquire sobre o que o Estado deve fazer, mas sobre o que pode fazer. Busca-se, desde o princípio, definir os limites da intervenção estatal na vida social, delineando os campos fora dos quais seria ilegítima a intervenção do Poder Público.

Essa definição varia no tempo e no espaço, pois cada sociedade pode chegar a conclusões distintas sobre o papel do Estado. Um exemplo: em um contexto de desigualdade distributiva, o Estado pode atuar para promover justiça social? Essa é uma questão que cabe ao Poder Público buscar solucionar? Admite-se a interferência estatal na busca de um equilíbrio na distribuição de renda ou essa é uma questão a ser resolvida pelo mercado, no âmbito das relações privadas?

Uma visão libertária poderia defender o afastamento do Estado de qualquer intervenção nas relações entre os indivíduos, colocando-se radicalmente contrária à assunção, pelo Poder Público, do ideal de busca de uma justiça social<sup>122</sup>. Já um liberal igualitário identificaria alguns casos em que seria possível a atuação estatal e outros nos quais isso seria indevido. Inspirado em Rawls e Dworkin, talvez sustentasse que a liberdade – inclusive a econômica – deve ter prioridade, mas alguns limites devem existir, especialmente para combater as hipóteses de desigualdades provocadas por circunstâncias que não

---

<sup>121</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 104.

<sup>122</sup> Como exemplo, cf. HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V.2 (The Mirage of Social Justice) Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 96.

foram escolhidas e não poderiam ser evitadas pelos cidadãos<sup>123</sup>. Assim, a desigualdade de oportunidades seria um problema público, enquanto a desigualdade de resultados não justificaria a atuação estatal. A um pensador procedimentalista seria provável a conclusão de que a atuação do Estado validar-se-ia se o cenário de desigualdade provocasse uma distorção do procedimento democrático. Desse modo, afirmaria, por exemplo, que a desigualdade seria um problema público se limitasse a autonomia privada ao ponto de inviabilizar a autonomia política do indivíduo<sup>124</sup> ou de retirar sua capacidade de cooperar com as deliberações democráticas<sup>125</sup>. Em outras palavras, o problema é a garantia das condições procedimentais. O resultado, fruto do procedimento adequado, não justifica a intervenção estatal.

A identificação do problema público, porém, não objetiva obrigar o Estado a agir; ao contrário, discute a legitimidade das ações do Poder Público, por meio da aferição de eventual interferência em questões que não justificam a atuação estatal.

Podem ser identificados cinco fatores comumente presentes entre aqueles que influenciam o agente público no momento da definição do problema: *i.* causa da questão; *ii.* gravidade do problema; *iii.* frequência com que a questão ocorre; *iv.* número de pessoas afetadas; e *v.* proximidade com o responsável pela decisão<sup>126</sup>.

### 3.1.2 Seleção dos problemas

Uma vez definidos os *problemas públicos*, o Estado deverá selecionar aqueles que integrarão sua *agenda política*. Por escassez de recursos, opções estratégicas ou diversos outros motivos, é possível que o combate a alguns

---

<sup>123</sup> Como exemplo, cf. KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 88.

<sup>124</sup> HABERMAS, Jurgen. Paradigms of law. In ROSENFELD, Michel (coord.); ARATO, Andrew (coord.) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998, p. 25.

<sup>125</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 108.

<sup>126</sup> THEODOULOU, Stella Z. The structure and context of policy making. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) *Public Policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova York: Pearson, 2013, p. 288-289.

*problemas* não esteja nos planos do Poder Público. Desse modo, se na etapa precedente são definidas as situações suscetíveis à atuação estatal, a formação da *agenda* se completa com a escolha de quais dessas situações serão alvo da interferência pública, uma verdadeira seleção de objetivos.

Percebe-se que, ao contrário da etapa de identificação, na seleção dos problemas que integrarão a agenda política o debate gira em torno de quais temas serão objeto da atenção do Poder Público. Não mais se questiona se o Estado *pode* agir, mas quais problemas *devem* ser atacados.

Diante de um cenário composto de diversas controvérsias políticas, há uma gama de preocupações legítimas (*problemas*) que merecem a atenção do governo e pautam a sua atuação<sup>127</sup>. É possível que essas escolhas estejam baseadas em uma avaliação objetiva. Desse modo, construir-se-ia um *ranking* dinâmico dos problemas públicos, definindo-se uma ordem de prioridade entre eles, determinada não apenas pela concepção filosófica do governo, como por diversos outros elementos, tais quais gravidade, probabilidade de solução e oportunidades. Essa classificação indicaria a ordem em que os problemas devem ser atacados, como também a exclusão de alguns deles do foco da atenção governamental. Como exemplo, é possível que o Estado reconheça a existência de um problema público, consubstanciado na ausência de manutenção de rodovias, porém opte por não cuidar dessa questão, para priorizar outras que julga prioritárias. Nesse caso, a conservação das estradas seria um problema público excluído da agenda política<sup>128</sup>.

Entretanto, a escolha dos problemas que comporão a agenda raramente é uma decisão com esse grau de objetividade. Ao contrário, é fruto de um processo de disputa, em que forças políticas, institucionais ou não, participam

---

<sup>127</sup> COBB, Roger W. ELDER Charles D. *The politics of agenda-building: an alternative perspective for modern democratic theory*. In *The Journal of Politics*, vol 33, nº 4 (nov. 1971), p. 905, disponível em [www.jstor.org/discover/10.2307/2128415?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101628090651](http://www.jstor.org/discover/10.2307/2128415?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101628090651), acesso em 20/12/2012.

<sup>128</sup> Neste ponto é interessante destacar duas decisões antagônicas. No julgamento da apelação cível 506524, em julho de 2012, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região indeferiu pedido de condenação de entidade estatal a recuperar estradas, por considerar que a decisão de aplicar, ou não, recursos nessa atividade era essencialmente política, não se admitindo a intervenção do Poder Judiciário. Já no julgamento da apelação cível 200271050087618, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região concluiu que a falta de atenção estatal com a manutenção de rodovias era conduta inconstitucional, passível de sindicabilidade judicial.

de distintas maneiras e com variados métodos<sup>129</sup>. Será, pois, a política competitiva que definirá e organizará a agenda, elegendo os problemas que o Estado deve enfrentar e a ordem de precedência para dispensação da atenção estatal.

Por isso, a inclusão de um *problema* na *agenda* é fruto de diversas variáveis políticas. Há uma arena perene, onde estão presentes negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses com o objetivo de influenciar a decisão governamental. Grupos antagônicos trabalham pela inclusão ou exclusão de temas do rol das prioridades estatais. Interesses setoriais disputam a atenção do governo, ao lado de temas de relevância geral.

Esse ambiente de competição, muitas vezes, provoca o distanciamento entre a agenda pública e a institucional. A primeira é composta pelo conjunto de problemas que a sociedade considera credores de atenção governamental, configurando uma espécie de agenda informal. Já a segunda (institucional) é a agenda formal, integrada pelos problemas que o governo decidiu enfrentar<sup>130</sup>. *“Em outras palavras, a agenda pública é voltada à discussão, enquanto a institucional, à ação”*.<sup>131</sup>

A assimetria entre as agendas sistêmica e institucional é, de modo geral, legítima, pois decorre do embate político entre os distintos atores desse processo. O conflito e a disputa fazem parte do jogo político e os seus resultados devem ser respeitados, salvo se afrontarem a política constitucional. A sequência padrão é a chegada da questão à agenda sistêmica antes de ser inserida na agenda institucional, para onde é lançada quando gatilhos são acionados, vinculados ao número de pessoas atingidas, à intensidade do evento e sua duração, bem como aos recursos disponíveis.<sup>132</sup> Porém, esse caldo de pretensões políticas não é um evento linear e cooperativo. Os atores envolvidos agem estrategicamente, na defesa de seus interesses, legítimos ou não,

---

<sup>129</sup> “As agendas políticas são a expressão mais acabada dos projetos que as diferentes forças políticas submetem à consideração, pela via eleitoral, de seus cidadãos”. In CASAR; MALDONADO, *op. cit.*, p. 232.

<sup>130</sup> COBB, Roger W.; ROSS, J. K.; ROSS, M. H. Agenda building as a comparative political process. In *American Political Science Review*, v. 70, n. 1, p. 126-138, 1976. Disponível em <[http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/Cobb\\_Ross\\_and\\_Ross\\_1976.pdf](http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/Cobb_Ross_and_Ross_1976.pdf)>, acesso em 06/01/2014.

<sup>131</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 113.

<sup>132</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...), p. 290.

individuais ou gerais, imediatos ou mediatos. Seu êxito depende de diversas variáveis – como, por exemplo, a mobilização de um grupo minoritário ou o grau de institucionalização do mecanismo utilizado para a apresentação de sua demanda – que são capazes de incluir na agenda temas que fogem ao interesse majoritário<sup>133</sup>. Por outro lado, elementos não esperados, como tragédias naturais ou escândalos de corrupção, algumas vezes, são capazes de inverter, de modo permanente ou temporário, o equilíbrio de forças na formação da *agenda*, garantindo prioridade a assuntos antes ignorados. A disputa na arena política torna possível, até mesmo, que uma questão não definida como um problema possa ser incorporada à agenda política.<sup>134</sup>

As ciências políticas identificam três modelos básicos de montagem da agenda: *i. modelo da iniciativa externa*, quando a questão surge em grupos não governamentais, se expandindo até alcançar a agenda pública e, em seguida, a agenda institucional; *ii. o modelo da mobilização* considera questões iniciadas pelo próprio governo, passando à agenda institucional quase automaticamente, havendo um esforço governamental para que a questão também seja incorporada à agenda pública; e o *iii. modelo da iniciativa interna* contempla questões desenvolvidas na esfera governamental e cujos apoiadores buscam manter fora da agenda pública, buscando impedir que alcancem o público de massa<sup>135</sup>.

Os três modelos de montagem de agenda estão presentes em Estados Democráticos de Direito, sendo sua aplicação menos relacionada ao regime político que ao setor político-administrativo a que se referem os problemas públicos<sup>136</sup>. Isso significa que a forma como a agenda será formada dependerá especialmente do comportamento dos atores integrantes da *Political Nexus Triad*, especificamente do relacionamento entre os fornecedores da política (políticos e burocracia) e os seus destinatários (diferentes setores da sociedade civil).

---

<sup>133</sup> MATIAS-PEREIRA, *op. cit.*, p. 21.

<sup>134</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...), p. 289.

<sup>135</sup> COBB; ROSS; ROSS, *op. cit.*

<sup>136</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 115.

### 3.2 Construção da decisão

A inserção de um problema na agenda política significa que o tema está entre aqueles que o governo considera importante levar a sério. Entretanto, a elaboração de uma política pública para enfrentá-lo não é uma consequência imediata, dependendo do desenvolvimento da segunda etapa do ciclo da política pública: a construção da decisão.

Para construir uma decisão são necessários dois movimentos distintos. O primeiro é a formulação de propostas políticas, enquanto o segundo corresponde à tomada de decisão.

#### 3.2.1 Formulação de propostas políticas

Na primeira parte da etapa de construção da decisão os responsáveis pela política devem elaborar o plano de ação, a fim de direcionar a futura ação estatal. Para tanto, é necessário verificar as diferentes estratégias de atuação, propor e analisar os meios para a solução do problema público. Em outras palavras, é necessário pensar e avaliar as possibilidades, a fim de, na etapa posterior, escolher entre elas. Trata-se, portanto, de um momento de formulação da política, que, como explicam Howlett, Ramesh e Perl, “*envolve a identificação e a determinação das possíveis soluções para os problemas políticos ou, para dizê-lo de outra maneira, a exploração das várias opções ou cursos alternativos de ação disponíveis para enfrentá-los*”<sup>137</sup>. Desse modo, “*idealmente, a formulação de soluções passa pelo estabelecimento de objetivos e estratégias e o estudo das potenciais consequências de cada alternativa de solução*”.<sup>138</sup>

A formulação da política, como criação de estratégias relevantes e suportáveis para lidar com problemas da agenda institucional, que não necessariamente serão adotadas<sup>139</sup>, envolve atividades de acumulação de informações e conhecimento (apreciação), diálogos com a sociedade e com

---

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 115.

<sup>138</sup> SECCHI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>139</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...), p. 290.

especialistas, criação de esboços abertos a críticas dos demais atores e consolidação das propostas<sup>140</sup>.

Em uma trajetória ideal, os responsáveis pela política devem identificar os possíveis planos e as restrições a eles, descartando as combinações inviáveis e consolidando as alternativas que podem ser encampadas pela futura decisão. Em outras palavras, a formulação deve considerar tanto as possíveis soluções, quanto as restrições técnicas e políticas, demonstrando que a formulação das políticas tem essa dupla preocupação: análise da viabilidade técnica da solução proposta, ao lado da avaliação de sua viabilidade política.<sup>141</sup>

As ciências políticas se esforçam para identificar grupos de soluções, formatando uma tipologia das políticas públicas. Dentre as várias propostas, destaca-se a de Theodore Lowi<sup>142</sup>, que cruzando o alvo da coerção estatal e a probabilidade de sua aplicação, constrói um modelo com quatro tipos de políticas: *i.* distributiva; *ii.* constitutiva; *iii.* regulatória; e *iv.* redistributiva. Uma política distributiva foca os indivíduos e tem pouca probabilidade de coerção (ex: distribuição de terras públicas, oferecimento de subsídios). Já uma política constitutiva está focada no público, mas conserva uma pequena probabilidade de coerção (ex: criação de novas entidades da Administração Pública, propagandas). Por outro lado, a política regulatória está focada na conduta individual e tem grande probabilidade de coerção (ex: eliminação de concorrência desleal e de propaganda enganosa). Por fim, a política redistributiva foca na conduta coletiva e tem grande probabilidade de coerção (ex: seguridade social, tributação progressiva).

Não é possível, porém – ao menos na maior parte dos casos –, estabelecer um enquadramento absoluto em uma dessas categorias. A mesma proposta de política pode ser enxergada sob diversos prismas, enquadrando-se em diferentes grupos, de acordo com a interpretação que receba, sem um critério suficientemente objetivo de distinção. Por esse motivo, para compreender

---

<sup>140</sup> THOMAS, H. G. Towards a new higher education law in Lithuania: reflections on the process of policy formulation. In *Higher Education Policy*, v. 14, n. 3, p. 213-23. Disponível em <[www.palgrave-journals.com/hep/journal/v14/n3/pdf/8390181a.pdf](http://www.palgrave-journals.com/hep/journal/v14/n3/pdf/8390181a.pdf)>, acesso em 07/01/2015.

<sup>141</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 80.

<sup>142</sup> LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics and choice. In *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, p. 298-310. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/974990.pdf>>, acesso em 07/01/2015.

adequadamente as estratégias de enfrentamento do problema público, é necessário avaliar sociologicamente qual o seu significado para os atores políticos<sup>143</sup>.

A classificação de Lowi traz ao debate um importante elemento para o controle judicial das políticas públicas: a coerção. Não é incomum o pensamento sobre a política pública avaliar como o plano atinge positivamente os seus destinatários. Como estratégia para a solução de problemas públicos, esses planos sociais são naturalmente associados aos – e avaliados de acordo com os – benefícios que proporcionam. Não é possível olvidar, todavia, que em muitos casos a melhoria decorrente do enfrentamento do problema público é obtida por meio de restrições impostas a outros indivíduos isolada ou coletivamente. Razoável, portanto, avaliar a proporcionalidade da medida.

Apesar dessa utilidade, a classificação é pouco efetiva para identificar as ferramentas com as quais os formuladores das políticas podem contar. Para essa missão, é mais útil a adoção do modelo N.A.T.O., desenvolvido por Christopher Hood, capaz de identificar quatro recursos básicos utilizados pelos governos: “nodalidade” (*nodality*) – propriedade de estar no meio da informação ou em uma rede social; *autoridade* – poder legal, capaz de oficialmente proibir, garantir, adjudicar, punir etc; *tesouro* – disponibilidade de recursos financeiros; e *organização* – disponibilidade de pessoal com habilidades (ex.: soldados, trabalhadores, burocratas) e outros recursos (ex.: terras, prédios, computadores, equipamentos)<sup>144</sup>.

Como exemplo de “nodalidade”, ou seja, instrumentos baseados na informação, é possível citar as campanhas públicas de informação, as exortações (esforço público para influenciar preferências por meio de persuasão), indicadores de desempenho, comissões para coletas de informações e investigações. Os instrumentos baseados na autoridade são basicamente as regulações e as sanções decorrentes de seu não cumprimento. Já as ferramentas baseadas no tesouro podem assumir tanto formas positivas, como subsídios,

---

<sup>143</sup> STEINBERGER, Peter J. Typologies of Public Policy. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) Public Policy: the essential readings. 2ª edição. Nova York: Pearson, 2013, p. 146-147.

<sup>144</sup> CHRISTOPHER, C. Hood. MARGETTS, Helen Z. *The tools of government in the digital age*. 2ª edição. Londres: Palgrave Macmillan, 2007, p. 5-6.

liberação de verbas, incentivos fiscais e empréstimos, quanto negativas, na forma de tributação e preços públicos. Há ainda os instrumentos baseados na organização, como a atuação direta do governo, provendo serviços e bens (ensino público, seguridade social, financiamento, combate a incêndios), empresas estatais, parcerias com setores privados, intervenções no mercado e reorganização governamental (ex: criação ou extinção de ministérios e secretarias).<sup>145</sup>

Além da verificação das ferramentas, a formulação das políticas exige também a avaliação das restrições às quais estão sujeitos os planos de enfrentamento dos problemas públicos. Essas restrições podem ser tanto técnicas, quanto políticas. No que se refere às avaliações técnicas, faz-se necessário analisar se as soluções propostas são viáveis ou encontram algum obstáculo impeditivo de sua utilização. A avaliação do corpo burocrático, assim como informações advindas da sociedade civil são extremamente relevantes, tornando as ferramentas de “nodalidade” essenciais para a constatação e medição desses impedimentos.

Uma modalidade especial de restrições técnicas são as de natureza jurídica, uma vez que os planos não podem contrariar as normas jurídicas que os vinculam. As restrições advindas do Direito decorrem não apenas da Constituição, como de qualquer outro instrumento normativo que vincule o setor governamental responsável pela política. Logo, a construção de um grande empreendimento imobiliário não é uma alternativa viável se não estiver contemplado no plano orçamentário plurianual. Da mesma forma, estabelecer o voto censitário com o objetivo de melhorar o processo eleitoral é uma alternativa que deve ser descartada por encontrar uma barreira jurídica intransponível. Contratar um fornecedor em desrespeito à legislação sobre licitações é também uma alternativa inviável.

Porém, em muitas situações, as restrições mais desafiadoras não estão relacionadas aos aspectos técnicos; ao contrário, situam-se no campo político. A formulação da política é uma discussão que permanece afeta à arena política, envolvendo múltiplos atores, estando implícitos a barganha e o compromisso, para se escolher entre as várias soluções propostas, de acordo com a viabilidade

---

<sup>145</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 135.

política, técnica e administrativa, a disponibilidade de recursos e a receptividade da população que será impactada<sup>146</sup>. Os formuladores das políticas públicas não são neutros e as soluções políticas são o resultado de uma batalha entre grupos de formuladores políticos que buscam fazer prevalecer as suas soluções<sup>147</sup>. Como alerta Schattschneider<sup>148</sup>:

conflito político não é como um debate intercolegial no qual oponentes concordam antecipadamente uma definição das questões. Como uma matéria de fato, a definição das alternativas é o supremo instrumento de poder; os antagonistas raramente podem concordar sobre o que são as questões, porque o poder está envolvido na definição. Aquele que determina sobre que é a política ganha o país, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos e a escolha dos conflitos aloca poder. Daí segue-se que todo conflito é confuso.

No mesmo sentido, Howlett, Ramesh e Perl afirmam que *“a busca por uma solução política usualmente será polêmica e sujeita a uma extensa gama de pressões conflitantes e de perspectivas e abordagens alternativas, frustrando os esforços de se considerar sistematicamente as opções políticas de maneira racional ou maximizadora”*<sup>149</sup>.

*Ave Caesar, morituri te salutant.* As palavras dirigidas ao imperador romano pelos gladiadores nos momentos que antecediam as batalhas na arena têm valor simbólico que representa bem as disputas políticas envolvendo a formulação das políticas. Apesar da diversidade de propostas, muitas caem por não superarem os embates na arena, após digladiarem-se, sem êxito, para demonstração de sua viabilidade técnico-política. Aquelas que resistem, formam um rol a ser apresentado à autoridade decisória, para que escolha a alternativa a ser implementada. O resultado das disputas na arena política será a identificação das alternativas viáveis, isto é, aquelas que, após os embates, sobreviveram

---

<sup>146</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...), p. 290.

<sup>147</sup> *Ibid.* p. 291.

<sup>148</sup> SCHATTSCHNEIDER, E. E. *The semisovereign people: a realist's view of democracy in America*. Hinsdale (Illinois): The Dryden Press, 196-, p. 66.

<sup>149</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 127.

### 3.2.2 Tomada de decisão

Todo comportamento envolve, de modo consciente ou inconsciente, a seleção de ações ao alcance do ator ou das pessoas sobre as quais exerce influência ou autoridade. Algumas vezes, essa seleção não abrange qualquer atitude racional. Em outras, porém, a decisão é o produto de uma cadeia de atividades chamada planejamento<sup>150</sup>.

A tomada de decisão é o ato de escolher qual alternativa política será a preferível para enfrentar o problema, o que envolve análise, debate, negociação e ações para promover uma solução em detrimento das demais.<sup>151</sup>

Em mais essa etapa, estão presentes a barganha e o compromisso, ao ponto de Gary Brewer e Peter DeLeon afirmarem ser esse “*o estágio mais evidentemente político, na medida em que as muitas soluções potenciais para um dado problema devem, de algum modo, ser reduzidas a apenas uma ou umas poucas eleitas e preparadas para uso*”<sup>152</sup>. Afirma-se, com frequência, portanto, que a tomada de decisão não é um exercício técnico, mas um processo inerentemente político.<sup>153</sup>

Todavia, apesar do nítido caráter político, não é possível excluir considerações técnicas do processo de escolha do plano a ser adotado. Avaliar, dentre as alternativas viáveis, aquela com melhores condições técnicas, não é uma atividade a ser ignorada pelo responsável pela decisão, devendo ser somada às considerações políticas.

É fato que uma proposta de política pública pode ser avaliada por distintos parâmetros. Desse modo, é fundamental a definição de um critério avaliativo, ou seja, a definição da dimensão específica da política a ser utilizada para comparar as opções construídas na etapa da elaboração dos planos.

---

<sup>150</sup> SIMON, Herbert A. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. 4ª edição (digital). Nova York: The Free Press, 1997, p. 2.

<sup>151</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...), p. 292.

<sup>152</sup> BREWER, Garry. DELEON, Peter. *The foundations of policy analysis*. Homewood (New Jersey): Dorsey, 1983, p. 179.

<sup>153</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 157.

Trata-se de uma atitude importante, pois torna mais evidentes os *standards* considerados pela autoridade decisória, permitindo uma atuação mais transparente e sindicável.<sup>154</sup> A eleição de um critério torna mais racional o processo decisório, reduzindo a necessidade de improvisos e decisões desmotivadas. Apesar de algumas opiniões considerarem a gestão pública mais arte que ciência<sup>155</sup>, um Estado Democrático de Direito não convive harmonicamente com impulsos irracionais, algumas vezes ilegítimos, baseados em opiniões infundadas e preconceitos. É verdade que a racionalidade não é garantia de uma decisão de qualidade, assim como escolhas realizadas por instinto ou intuição podem produzir ótimos resultados. Mas a busca de uma dinâmica racional para o processo de escolha – apesar de, por si só, não garantir a boa política – permite que todos os afetados tenham acesso às razões da decisão e, com isso, tenham oportunidade de bem utilizar os instrumentos políticos e jurídicos de controle da política pública.

Ao se afirmar a necessidade de uma decisão racional, refere-se à racionalidade instrumental, isto é, o método decisório que considera as preferências e as crenças dos indivíduos<sup>156</sup>. Isso não significa impor uma análise completa e quase matemática de todas as variáveis possíveis, com precisão absoluta, tanto na identificação das preferências dos envolvidos, quanto nas reações e consequências dessa decisão. O que se espera da racionalidade instrumental é coerência e relação lógica entre a decisão e as percepções e projeções do responsável. Trata-se, portanto, de uma técnica para lidar com a dupla contingência mencionada no capítulo 1.

Evidentemente, maior será a aptidão decisória quanto mais precisas forem essas percepções e projeções. Porém, não é possível olvidar que um planejamento social envolve consequências imprevistas e imprevisíveis, máxime as que decorrem das reações de outros atores. De modo direto ou indireto, políticas públicas atingem pessoas, atendendo ou prejudicando suas preferências e ocasionando distintas reações. Como não é possível haver

---

<sup>154</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 155

<sup>155</sup> MASSÉS, Ramiro Cabezas. *La administración pública, más arte que ciencia: política, administración y financiamiento los órganos de gobierno de estado*. La Paz (Bolívia): Comunicaciones El País, 2006.

<sup>156</sup> SHEPSLE, *op. cit.*, p. 16-17.

certeza sobre as preferências pessoais, tampouco sobre a reação dos indivíduos às decisões, abre-se um campo de dupla contingência, pois nos dois polos – autoridade decisória e atingidos pela decisão – há fontes de incerteza. O comportamento humano, mesmo quando racional, é repleto de variantes, tornando inexistente uma racionalidade absoluta, motivo pelo qual se deve buscar uma racionalidade limitada<sup>157</sup>.

Os inúmeros interesses, visões de vida e valores geram um espectro de incomensurabilidade, em razão das diferentes escalas com as quais a justiça de uma decisão pode ser avaliada.<sup>158</sup> Por isso, as diferentes opções levadas à decisão podem ser, em princípio, incomparáveis, por não se apresentarem à autoridade como alternativas em competição, exigindo um esforço para a implementação de uma racionalidade instrumental.

Essa impossibilidade de comparação pode se dar tanto porque as soluções são, de fato, indiferentes, seja porque há uma multiplicidade de parâmetros, tornando sem sentido racional a escolha. Um exemplo do primeiro caso pode ser extraído da clássica obra literária de William Styron: *A Escolha de Sofia*. Prisioneira em um campo de concentração na Polônia, Sofia foi autorizada a salvar um de seus dois filhos da câmara de gás, cabendo a ela a escolha, sob pena de ambos serem mortos. Essa desumana imposição exigiu uma decisão, pois na sua ausência as consequências seriam ainda piores. Todavia, não é possível exigir – ou mesmo imaginar – racionalidade na decisão entre uma ou outra criança.

Em outros momentos, entretanto, há apenas uma impossibilidade *prima facie* de comparação, decorrente da multiplicidade de critérios a serem utilizados para medir as alternativas em jogo. Ao se deparar com as propostas formuladas, o responsável pela decisão poderá encontrar diversos critérios para compará-las. Em outras palavras, esse é um cenário de ambiguidade, ou seja, estão disponíveis muitas maneiras de pensar as mesmas circunstâncias. Trata-se de situação distinta da incerteza, caracterizada pela ignorância ou

---

<sup>157</sup> SIMON, Herbert A. Rational decision-making in business organizations. Nobel Memorial Lecture, 8 de dezembro de 1978. Disponível em <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1978/simon-lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1978/simon-lecture.pdf)>, acesso em 10/01/2015.

<sup>158</sup> FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. Nova York: Columbia University Press, 2010, p. 3-4.

imprecisão. “*Enquanto mais informação pode (ou não) reduzir a incerteza, mais informação não reduz a ambiguidade.*”<sup>159</sup>

Para racionalizar sua decisão, a autoridade necessita lidar com essa multiplicidade de critérios, definindo um parâmetro de avaliação. Trata-se de escolha que já configura uma decisão prévia, acessória e secundária, pois sinaliza a visão da autoridade e encaminha a decisão sobre a política pública. Assim, a escolha desse parâmetro revela as preferências do responsável pela decisão, promovendo uma hierarquização das questões que considera ser de maior relevância no planejamento social em jogo.

Consequentemente, o critério avaliativo variará com o objetivo da política, bem como com uma ampla gama de fatores conjunturais. Uma decisão sobre atendimento à saúde pode estar amparada em um critério radicalmente distinto de outra a respeito da proteção da infância contra o conteúdo de programas de televisão. Do mesmo modo, a definição da matriz energética do país pode ser avaliada por critério bem diferente do plano para oferecimento de educação básica à população. Essa variação pode ocorrer mesmo no âmbito de políticas setoriais, como nas decisões sobre a fórmula de rendimento da caderneta de poupança e a fixação dos juros da dívida pública, decisões possíveis de serem tomadas com base em critérios díspares.

Apesar dessa extensa variação, é possível identificar alguns parâmetros presentes com frequência no processo decisório, independente da matéria e dos atores envolvidos. Configuram um núcleo de critérios presentes nas decisões políticas racionais, que se somam àqueles específicos da conjuntura decisória. Em razão de sua quase onipresença, merecem análise destacada: efetividade, eficiência, equidade e viabilidade política e administrativa.<sup>160</sup>

### 3.2.2.1 Efetividade

Efetividade é um critério sempre presente nas decisões – e nas críticas – sobre políticas públicas e equivale à adequação do meio para alcançar o objetivo proposto, isto é, a existência de condições reais para a medida

---

<sup>159</sup> ZAHARIADS, *op. cit.*, p. 66.

<sup>160</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 153-154.

planejada atingir a meta prevista. Trata-se, pois, da verificação da razoabilidade interna da política, ou seja, a “*existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins*”<sup>161</sup>. Essa é uma análise complexa, pois, excluindo as situações absurdas, nem sempre é fácil avaliar se uma medida é efetiva para o enfrentamento do problema público. Escassez de informações, distorções, contingências e muitos outros fatores podem influenciar a utilização desse critério. Outrossim, é possível que a medida seja dotada de efetividade para o enfrentamento de alguns aspectos do problema, entretanto pouco efetiva em relação a outros. De toda sorte, é básico avaliar – com maior ou menor precisão – se as ações e inações previstas no plano são capazes de conduzir ao resultado almejado.

### 3.2.2.2 Eficiência

O critério da eficiência representa um grau de exigência superior ao do parâmetro da eficácia. Segundo ele, não basta optar por estratégias que, simplesmente, estejam aptas a produzir os resultados delas esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exige-se mais. Esses planos devem ter qualidades que possibilitem a melhor solução possível para o problema<sup>162</sup>. A eficiência está, portanto, diretamente relacionada à medida dos custos em relação aos benefícios, uma vez que busca os maiores benefícios que se pode obter com um custo determinado<sup>163</sup>.

A eficiência, portanto, busca a maximização dos recursos colocados à disposição da política pública. Logo, em que pese a importância do parâmetro, fica evidente a presença de traços utilitaristas, conduzindo à conclusão de que, sob o ponto de vista da justiça social, o critério da eficiência encontra limites<sup>164</sup>, por produzir o risco de desconsiderar os indivíduos para garantir o melhor aproveitamento dos recursos.

---

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156

<sup>162</sup> Sobre princípio da eficiência, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 103.

<sup>163</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 156.

<sup>164</sup> BARDACH, *op. cit.*, p. 27.

### 3.2.2.3 Equidade

Como elemento de equilíbrio para a aplicação da eficiência, outro critério avaliativo a ser aplicado é o da *equidade*, por meio do qual se busca verificar a aptidão da política para a promoção de uma igualdade de oportunidades, promovendo-se uma distribuição justa dos bens primários<sup>165</sup>, que servem como uma base pública de comparações interpessoais das circunstâncias sociais dos cidadãos, baseadas em traços objetivos e inspecionáveis, sempre respeitando o pluralismo razoável.<sup>166</sup> Quanto maior a possibilidade de uma proposta de política pública promover a equidade, mais próxima está de ser eleita pela autoridade decisória.

### 3.2.2.4 Viabilidade política e administrativa

Os diferentes planos para o enfrentamento do problema público também podem ser avaliados por sua viabilidade política, partindo-se da premissa de que a proposta a ser adotada não é necessariamente a melhor ou a mais correta política para resolver o problema, mas a aquela sobre a qual se constrói um consenso entre os atores políticos mais relevantes.<sup>167</sup> As discussões na arena política podem inviabilizar a adoção das escolhas consideradas, pelo responsável pela decisão, mais eficientes ou equânimes. Assim, as dificuldades de entendimento entre os atores da política podem justificar a escolha da melhor alternativa *possível* (*the second best*), ao invés daquela que é percebida como a melhor entre todas as apresentadas.

A avaliação da viabilidade da proposta deve considerar também as instituições, no sentido explicado no capítulo 2 supra, ou seja, conjunto de normas e práticas condicionantes do comportamento dos atores individuais, o que, significa, na prática, o grau de viabilidade administrativa da proposta.

---

<sup>165</sup> RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002

<sup>166</sup> RAWLS, John. *El liberalismo político*. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 1996, p. 215.

<sup>167</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...),p. 292.

### 3.2.2.5 Metodologia Multicritério

A decisão sobre a política pública a ser adotada está submetida a distintos critérios de decisão. Dependendo de qual for adotado, é possível chegar a conclusões distintas, uma vez que raramente uma opção será a melhor de acordo com todos os critérios. Em outras palavras, cada critério de decisão pode conduzir a uma resposta diferente a respeito de qual é a melhor opção. Essa multiplicidade de parâmetros decisórios prejudica a racionalidade da decisão, por facilitar a ambiguidade.

Assim, para viabilizar uma decisão racional, torna-se necessária uma estratégia para lidar com os múltiplos parâmetros decisórios. É fundamental a adoção de instrumentos para a redução da ambiguidade, por meio de uma combinação dos critérios, o que ocorre por meio de metodologias de avaliação multicritério.

A metodologia multicritério ou *multi-criteria decision analysis* (MCDA) foi desenvolvida por Ralph L. Keeney e Howard Raiffa, em 1976, buscando uma teoria da decisão capaz de lidar com a incerteza provocada pela existência de múltiplos objetivos e consequências das escolhas associados à matéria sobre a qual se está decidindo<sup>168</sup>.

A análise multicritério torna mais transparente o processo decisório, pois explicita o percurso racional do responsável pela decisão, revelando a escolha dos objetivos e dos parâmetros adotados, além de uma maior objetividade decorrente dos sistemas de valoração por pontos ou pesos de cada um dos critérios.<sup>169</sup> Desse modo, aumentam-se as possibilidades de sindicar as escolhas realizadas, tanto política, quanto juridicamente.

Logo, no lugar de decisões tomadas pelas autoridades decisórias exclusivamente de acordo com a preferência de resultados e sua crença na

---

<sup>168</sup> KEENEY, Ralph L. RAIFFA, Howard. *Decisions with multiple objectives: preferences and value tradeoffs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

<sup>169</sup> DODGSON, J. S.; SPARCKMAN, M.; PEARMAN, A.; PHILLIPS, L. D.. *Multicriteria analysis: a Manual*. Department for Communities and Local Government. UK, London, 2009, p. 23.  
[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/7612/1132618.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/7612/1132618.pdf)

efetividade das diversas alternativas disponíveis<sup>170</sup>, o método multicritério permite uma maior clareza na definição de seus objetivos e critérios a serem utilizados para medir o sucesso da decisão. Os métodos multicritério são capazes de conjugar a integração econômica, ambiental e social, multiuso, links espaciais inter-regionais e compensações (*trade-offs*), grupos de critérios conflitantes, informações qualitativas e incerteza.<sup>171</sup> Logo eles são de fundamental importância para a construção de políticas públicas.

A tomada de decisão em uma política pública deve levar em consideração, portanto, distintos parâmetros, relacionados aos distintos interesses envolvidos na questão. Não se trata de tarefa simples. Ao contrário, trata-se de uma missão complexa, que exige *expertise* e processos decisórios bem elaborados, adaptados ao problema público enfrentado.

Objetivando obter a resiliência necessária a suportar o peso das necessidades políticas e técnicas, desenvolveram-se diversas metodologias para o estabelecimento de uma matriz de análise multicritério. Para os objetivos desta tese, é válido apresentar, de modo sintético, algumas dessas estratégias, ressaltando-se, todavia, a inexistência de pretensão de realização de uma abordagem detalhada, por ser o tema mais vinculado às ciências políticas que ao Direito. É importante, porém, demonstrar que, idealmente, o ato decisório guarda complexidade própria, de difícil compreensão pelos tribunais. É com esse objetivo que são relacionados alguns exemplos de metodologia multicritério<sup>172</sup>.

### 3.2.2.5.1 Multi-Attribute Utility Theory (MAUT)

---

<sup>170</sup> SHEPSLE, *op. cit.*, 2010, p. 34.

<sup>171</sup> OMANN, I. How can multicriteria Decision Analysis contribute to environmental policy making? A case study on macro-sustainability in Germany. Third International Conference of the European Society for Ecological Economics. Austria, Vienna, 2000, p. 1. Disponível em: [http://seri.at/wp-content/uploads/2010/05/Multi\\_criteria\\_Decision\\_Analysis\\_contribute\\_to\\_environmental\\_policy\\_making.pdf](http://seri.at/wp-content/uploads/2010/05/Multi_criteria_Decision_Analysis_contribute_to_environmental_policy_making.pdf), p. 13

<sup>172</sup> VELASQUEZ, M.; HESTER, P. T. An Analysis of Multi-Criteria Decision Making Methods. *International Journal of Operations Research*, vol. 10, n. 2, pp. 56-66, 2013, p. 57. Disponível em <[http://www.orstw.org.tw/ijor/vol10no2/ijor\\_vol10\\_no2\\_p56\\_p66.pdf](http://www.orstw.org.tw/ijor/vol10no2/ijor_vol10_no2_p56_p66.pdf)>, acesso em 10/10/2014.

O MAUT é um método rigoroso usado para incorporar riscos e incertezas aos métodos multicritério de apoio à decisão. Para chegar à melhor decisão para um problema, avalia a utilidade a cada possível consequência e calcula aquela que oferece a melhor utilidade possível. A maior vantagem do MAUT é levar em consideração a incerteza, pois incorpora as preferências de cada consequência em cada etapa. As desvantagens desse método é que são necessários dados muito precisos para cada etapa do procedimento, a fim de captar as preferências exatas das agências decisórias, o que se torna muito difícil, em razão da grande subjetividade.

O *Simple Multi-Attribute Rating Technique* (SMART) é uma variação do MAUT. Requer duas pressuposições: independência de utilidade e independência preferencial. Esse método converte pesos de relevância em números. Suas maiores vantagens, além daquelas expostas em relação ao MAUT, são a simplicidade de uso e a possibilidade de usar qualquer técnica de atribuição de peso. Ele requer menos esforço decisório que o MAUT, o que torna mais fácil nos casos em que há uma quantidade maior de informações.

#### 3.2.2.5.2 Analytic Hierarchy Process (AHP)

O método AHP usa comparações por pares, analisando as alternativas dentro de cada critério possível de decisão, sendo certo que cada um desses critérios recebe pesos específicos. Assim, é possível estabelecer escalas de prioridade entre os critérios de decisão, atribuindo maior peso aos com maior relevância do caso concreto. Ao final, somando o desempenho da proposta de política em cada um dos critérios, é possível compará-las para definir qual é a melhor.

Uma das vantagens dessa metodologia é a facilidade de sua aplicação, pois as comparações em pares permitem pesar os coeficientes e comparar as alternativas facilmente, sem a complexidade do método MAUT. Entretanto, essa simplicidade provoca alguns problemas, pois impede uma análise mais detalhada, provocando inconsistências no julgamento e no ranking de critérios. Apesar disso, configura uma solução capaz de comparar o desempenho entre as alternativas possíveis.

### 3.2.2.5.3 Outras metodologias multicritério

A metodologia Fuzzy é uma ferramenta capaz de resolver problemas relativos ao uso de dados imprecisos e incertos. Em cenários com informações insuficientes e com o conhecimento em processo de evolução muito célere, os dados disponíveis para a tomada de decisão são imprecisos. Trata-se, porém, de um método de difícil aplicação e requer inúmeras simulações antes de ser colocado em prática.

Já o método *Case-Based Reasoning* (CBR) resgata casos similares e propõe uma solução para a tomada de decisão baseada na similitude com as experiências pretéritas. A vantagem é o pouco esforço exigido para adquirir dados e mantê-los atualizados, além da constante possibilidade de aprimoramento, a partir da inclusão de novos casos no banco de dados. Todavia, é frequente a inconsistência dos dados, especialmente porque muitas vezes, apesar de similares, os casos apresentam peculiaridades que exigem soluções específicas. É, assim mesmo, uma metodologia relevante para áreas que contam com um histórico de decisões.

Há, também, o *data envelopment analysis* (DEA), que usa uma técnica linear para medir as diferentes eficiências das alternativas. Ele ordena essas eficiências umas contra as outras, com a alternativa mais eficiente tendo peso 1 e as demais tendo frações de 1. Esse método tem muitas vantagens, como ser capaz de lidar com múltiplos dados e resultados e analisar e quantificar a eficiência. Todavia, o modelo não lida com dados imprecisos e pressupõe que todos os dados e resultados são exatamente conhecidos. O DEA pode ser usado toda vez que eficiências tiverem que ser comparadas. As áreas que mais utilizam são aquelas que têm dados precisos, como economia e agricultura.

O *Goal Programming* é um método pragmático capaz de escolher entre um infinito número de alternativas. Sua vantagem é a possibilidade de lidar com problemas de larga escala. Porém, sua desvantagem é a inabilidade de pesar coeficientes, sendo muitas vezes necessário utilizar outros métodos, como o AHP.

Há, ainda, o *Electra*, um método baseado na análise de concordância. Sua maior vantagem é levar em consideração a incerteza e a vagueza. Não permite, porém, a identificação dos pontos fracos e fortes de cada alternativa. Outra

desvantagem é a dificuldade de explicação, em termos leigos, de seu processo e de seus resultados.

O *Promethee* é similar ao *Electra*, havendo várias versões do método PROMETHEE. Sua vantagem é que é de fácil uso e a desvantagem é que não proporciona um método claro para atribuir pesos, mas requer atribuição de valores e também não providencia um método claro para atribuição desses valores.

Por sua vez, o *simple additive weighting* (SAW) é baseado em uma simples adição de pontos que representa o objetivo de cada critério, multiplicado por pesos. Esse método compensa os diversos critérios e apresenta cálculos simples. As desvantagens são que os valores dos critérios devem ser maximizados e seu resultado nem sempre reflete a situação real. É pouco utilizado.

O método *Technique for Order of Preference by Similarity to Ideal Solution* (TOPSIS) identifica a alternativa mais próxima da solução ideal e mais distante da solução negativamente ideal. É fácil de usar e mantém o mesmo número de etapas independentemente da complexidade do problema. A desvantagem é que é difícil de pesar os atributos e de manter a consistência dos julgamentos.

Em resumo, a solução multicritério busca uma solução negociada frente aos vários objetivos que deve atender, ou seja, uma solução de consenso<sup>173</sup>. Trata-se de uma importante ferramenta para a produção de uma decisão justa, capaz de considerar múltiplos interesses e distintas ideias sobre temas públicos. Sua abertura favorece um ambiente cooperativo e democrático, marcado pela pluralidade, sem deixar de lado a eficiência.

### 3.3 Implementação da política

---

<sup>173</sup> JANNUZZI, P. M.; MIRANDA, W. L.; SILVA, D. S. G. Análise Multicritério e Tomada de Decisão em Políticas Públicas: Aspectos Metodológicos, Aplicativo Operacional e Aplicações. *Informática Pública*, nº 11, pp. 69-87, 2009, p. 69. Disponível em: [http://www.ip.pbh.gov.br/ANO11\\_N1\\_PDF/analise\\_multicriterio\\_e\\_tomada\\_de\\_decisao\\_e\\_m\\_Politiclas\\_Publicas.pdf](http://www.ip.pbh.gov.br/ANO11_N1_PDF/analise_multicriterio_e_tomada_de_decisao_e_m_Politiclas_Publicas.pdf)

Na fase de implementação, regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações.<sup>174</sup> O planejamento elaborado nas fases anteriores agora é executado com o objetivo de enfrentar o problema público escolhido como alvo da política.

Trata-se de um momento de grande risco para a política pública, uma vez que equívocos ou imprevistos durante a implementação são capazes de comprometer todo o planejamento, exigindo especial atenção dos atores, especialmente os políticos e a burocracia.

Não são raros os casos em que os planejamentos são desconectados dos responsáveis pela execução, provocando resistências quanto ao cumprimento das decisões, seja por uma má compreensão, seja como estratégia de resistência. A verdade é que *“a implementação de políticas públicas não se traduz apenas em problema técnico ou problema administrativo, mas sim em um grande emaranhado de elementos políticos que frustram os mais bem-intencionados planejamentos”*<sup>175</sup>.

A análise da viabilidade técnica, administrativa e política é elemento importante na fase de construção da decisão, como afirmado no tópico anterior. Entretanto, falhas nesse processo ou reações inesperadas provocam cisão entre os atores da elaboração e os da execução da política. Simbólicas são as palavras da jornalista Miriam Leitão ao comparar as reações do Brasil e de Brasília a uma política econômica que estava sendo implementada no país, representando o perigoso isolamento dos criadores dos planos sociais<sup>176</sup>:

Brasil e Brasília às vezes se desconectam. O país já viu isso. Várias vezes verá. Na política; na economia. É como se um dos dois, por uma fissura no universo, por um distúrbio no espaço-tempo, escapasse para outra dimensão. Capital e país correm assim juntos, mas em mundos paralelos. Não se veem, não se entendem.

Compreendendo esse fenômeno, que não é exclusividade brasileira, a ciência política ao analisar o processo de implementação, identifica dois modelos principais para a execução: *top-down* e *bottom-up*<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> SECCHI, *op. cit.*, p. 44.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 44-45.

<sup>176</sup> LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 63.

<sup>177</sup> Há outros modelos de implementação cuja análise extrapola o objetivo desta tese. Sobre o tema, cf. HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p.179-196.

O modelo *top-down* considera a implementação uma imposição “de cima para baixo”, enxergando nos *designers* da política os seus atores principais. Para sua concretização, é pressuposto que a burocracia responsável pela implantação e os grupos afetados adiram ao plano e à decisão governamental, em um cenário de pouca ambiguidade e baixo conflito político. Enxerga a implementação, portanto, como uma atividade meramente administrativa, sem cunho político, o que impede o aproveitamento da *expertise* e do conhecimento dos atores locais.<sup>178</sup>

Para o modelo *bottom-up* a implementação é um processo construído em dois níveis. No plano macro, os atores centrais executam as decisões governamentais, enquanto no plano micro, a burocracia e o público alvo reagem a esses planos, criando programas – formais ou informais – capazes de amoldar a política ao ambiente local. Exige-se, assim, uma série de decisões pelos atores responsáveis por essa execução. Há, porém, riscos de uma supervalorização das decisões “da ponta”, capaz de provocar prejuízos à implementação do plano macro, bem como se sobrepor de modo ilegítimo a decisões tomadas por atores democraticamente legitimados.<sup>179</sup>

A escolha do modelo de implantação da política, portanto, variará com o papel que se pretende atribuir aos burocratas situados em postos mais distantes do núcleo decisório. Quanto menos decisões estiverem sob a responsabilidade desses agentes, mais próximo se estará do modelo *top-down*; por outro lado, quanto maior a margem de decisão que se confere à burocracia administrativa, mais se aproximará do modelo *bottom-up*.

Não é incomum a necessidade de conservação de um campo decisório reservado a decisões administrativas, a fim de garantir o sucesso da implementação de uma política pública. É possível que a burocracia, em alguns casos, tenha melhores condições de aferir e concretizar o interesse público na situação específica, justificando a discricionariedade administrativa. Em outros momentos, a *expertise* do burocrata pode ser essencial para a solução de desafios técnicos. Em um Estado Democrático de Direito, com um Poder

---

<sup>178</sup> MATLAND, Richard E. *Synthesizing the implementation literature*. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) *Public Policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova York: Pearson, 2013, p. 325-338.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 325-338.

Executivo agigantado, haverá poucas possibilidades de uma implementação puramente *top-down*. O que sofrerá variação é a intensidade da atuação burocrática; ou, em outras palavras, o tamanho das margens de decisão da Administração Pública.

### 3.4 Avaliação

Identificado o problema público, montada a agenda, elaboradas as propostas de política, tomada a decisão e implementada a política, resta verificar se o plano executado foi bem sucedido no enfrentamento da questão.

Para tanto, a última etapa do ciclo de uma política pública é a avaliação, definida como um processo pelo qual é possível realizar julgamentos sobre a qualidade, o alcance dos objetivos, a efetividade do programa, seu impacto social e os custos envolvidos.<sup>180</sup> Em termos mais simples, é “*o estágio do processo em que se determina como uma política de fato está funcionando na prática*”.<sup>181</sup>

A importância da avaliação não é pequena, se relacionando a diversos aspectos. Em primeiro lugar, saber se uma política foi, ou não, bem sucedida no enfrentamento de um problema público é fundamental para a prestação de contas do governo perante a sociedade. Afinal, políticas públicas podem envolver significativas somas de recursos públicos e lidar com problemas sensíveis, sendo os indivíduos titulares do direito a essa informação.

Por outro lado, a avaliação é um instrumental essencial para a decisão sobre a continuidade, modificação ou encerramento da política. Como qualquer plano, as políticas públicas precisam se ajustar e aperfeiçoar constantemente. É possível que, em um determinado momento, a política seja avaliada como adequada para aquela conjuntura, sem necessidade de alteração. Em outros casos, apesar do reconhecimento de sua importância, a avaliação pode revelar a necessidade de modificações na perícia. Em outros casos, seja porque o plano atingiu todas as metas, seja porque se mostrou ineficiente, é possível que se

---

<sup>180</sup> THEODOULOU, Stella Z. KOFINS, C. The assessment of executed policy solutions. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) Public Policy: the essential readings. 2ª edição. Nova York: Pearson, 2013, p. 341.

<sup>181</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 199.

decida por seu encerramento. As políticas públicas são, portanto, intrinsecamente dinâmicas e mutáveis. Entretanto, para que qualquer uma dessas decisões seja tomada com o mínimo de racionalidade são necessárias informações sobre o desempenho da política implantada.

A avaliação, assim como as etapas anteriores do ciclo, não se restringe a estudos técnicos, envolvendo também julgamentos políticos<sup>182</sup> sobre diversos aspectos da política, tais como: o processo de formação e implementação, os resultados, o impacto no público alvo, bem como a relação entre custo e benefício<sup>183</sup>.

Existem muitos interesses em jogo em um momento de avaliação da política pública. Os usuários, os partidos políticos, os patrocinadores públicos e econômicos da política pública, as agências responsáveis pela sua execução e os atores encarregados pela avaliação são alguns desses portadores de interesse.<sup>184</sup>

Desse modo, muitas vezes a avaliação do sucesso de uma política escapa aos cálculos dos técnicos, para ser definida por meio de barganhas e negociações na arena política.

Diferentes avaliações podem ser realizadas sobre a mesma política, variando os atores, os critérios e o foco. Em uma avaliação administrativa, critérios como os métodos organizacionais, o esforço para a implementação, o desempenho, a eficiência e a eficácia são mais frequentes<sup>185</sup>.

As avaliações políticas assumem caráter bem distinto, pois podem ser realizadas por qualquer ator com interesse na vida política, sem sistematização ou técnica, sendo muitas delas partidárias e parciais<sup>186</sup>. Trata-se de poderosa ferramenta no jogo eleitoral, muitas vezes acompanhadas de promessas e compromissos para continuidade, modificação ou interrupção da política.

A avaliação também pode ser judicial, onde se avalia a adequação das políticas públicas ao ordenamento jurídico. O interesse dessa avaliação não é o julgamento dos parâmetros acima indicados, mas a compatibilização da política pública, bem como do seu processo de formação e implantação ao ordenamento jurídico.

---

<sup>182</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 86.

<sup>183</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The assessment...), p. 343.

<sup>184</sup> SECCHI, *op. cit.*, p. 50.

<sup>185</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 208.

<sup>186</sup> *Ibid*, p. 212.

Apesar de o ciclo da política pública ter como última etapa a avaliação, o processo político não se encerra aí. Novos ciclos são iniciados, ajustes implementados, adequações a novas conjunturas realizadas. Como um plano, a política pública está em constante aperfeiçoamento, sendo o ciclo uma divisão racional de etapas que, entretanto, muitas vezes não ocorrem em uma sequência cadenciada e ordenada. Trata-se, porém, de um importante elemento de organização racional, fundamental para auxiliar a tarefa de controle judicial das políticas públicas.

#### 4 JUDICIÁRIO COMO ATOR POLÍTICO

Os juízes hoje fazem parte da confecção e da elaboração das próprias políticas públicas, como na área do consumidor, do meio ambiente, dos povos indígenas, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos deficientes físicos. Portanto, a nossa responsabilidade neste momento é enorme.

*Ministro Ricardo Lewandowski*<sup>187</sup>

As palavras do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, expressam o reconhecimento do papel de ator político atribuído pelo ordenamento atual ao Poder Judiciário. Porém, mais que isso, Lewandowski afirma que a governabilidade está nas mãos do Judiciário, uma vez que os “*os juízes hoje fazem parte da confecção e da elaboração das próprias políticas públicas*”.

A constatação de que o controle judicial é um instrumento de governo<sup>188</sup> não é exclusividade brasileira, tampouco novidade do século XXI. O fenômeno já foi percebido pela ciência política<sup>189</sup>, que reconhece no Judiciário um dos atores das políticas públicas, inserindo-o ao lado dos demais *players* governamentais ou institucionais<sup>190</sup>. Em alguns momentos, o Judiciário e os juízes que o integram são considerados os protagonistas na elaboração de políticas públicas, como nos casos em que se considera haver um monopólio judicial sobre a identificação do conteúdo da política constitucional ou, em uma postura um pouco menos radical, uma supremacia judicial nessas questões.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>, acesso em 24/11/2014.

<sup>188</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª edição. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

<sup>189</sup> VIANNA, *op. cit.*

<sup>190</sup> CAHN, Matthew A. Institutional and noninstitutional actors in the policy process. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova Iorque: Pearson, 2013, p. 202-203.

<sup>191</sup> KRAFT; FURLONG, *op. cit.*, p. 51.

Em outros momentos, os juízes serão considerados coadjuvantes com um papel menor no processo político, realizando um controle fraco da atuação dos demais atores, como nos casos em que se defende um constitucionalismo popular, em que a última palavra deve ser da sociedade ou de seus representantes<sup>192</sup>. Em uma posição intermediária, há os que entendem ser o Poder Judiciário um dos interlocutores do diálogo institucional, participando do processo político em igualdade hierárquica com os demais atores.<sup>193</sup>

Enaltecendo ou criticando<sup>194</sup>, qualquer observador é capaz de constatar esse fato: o Judiciário interfere nas questões políticas, modificando, ampliando, restringido, impondo ou, até mesmo, criando e extinguindo políticas públicas. Essa não é uma afirmação prescritiva (como deve ser...), mas descritiva (como é...). A atuação dos tribunais brasileiros é intensa no que se refere ao controle da vida política, como se infere da paradigmática atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), se estendendo desde o reconhecimento da união homoafetiva, aos protestos pela liberalização da maconha, passando pelo financiamento público de campanhas políticas e pela proibição do nepotismo.

É esse processo pelo qual as cortes e os juízes passam a dominar progressivamente temas e deliberações que antes vinham sendo decididos ou deveriam ser decididos por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo, que se denomina judicialização da Política.<sup>195</sup>

Neste ponto, porém, é importante insistir em uma questão metodológica: esta tese não trata da judicialização da Política, mas do controle judicial de políticas públicas. Consequentemente, não se investiga, de modo amplo, a interferência judicial em aspectos políticos da atuação estatal. Tampouco é a preocupação central da pesquisa a jurisdição constitucional ou temas a ela relacionados, como a definição sobre o titular de uma suposta última palavra sobre o conteúdo da Constituição. Esses temas são abordados apenas

---

<sup>192</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Edição eletrônica. Princeton: Princeton University Press, 1999.

<sup>193</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>194</sup> Adotando posição radicalmente contrária à interferência judicial em políticas públicas, David Barton sugere o impeachment dos magistrados que adotam tal prática. Cf. BARTON, David. *Restraining judicial activism*. Aledo (Texas): WallBuilder Press, 2003.

<sup>195</sup> VALLINDER, *op. cit.* (When...), p. 19.

instrumentalmente para auxiliar a verdadeira investigação, restrita ao controle judicial dos planos sociais denominados políticas públicas.

Diante da constatação da existência de uma judicialização das políticas públicas, é importante investigar como situar o Judiciário no ciclo e no rol de atores responsáveis pelos planos sociais. Para tanto, este capítulo busca demonstrar a lógica de atuação do Judiciário por meio de um sistema tríade (4.1), imune ou pouco influenciado pelo processo eleitoral (4.2), que conserva sua legitimidade democrática, apesar da dificuldade contramajoritária (4.3) e da miopia judicial (4.4), sendo desafiado a exercer sua missão institucional fora da arena política, em cooperação com os demais atores (4.5).

#### 4.1 Modelo tríade de resolução de conflitos

A tríade composta por duas partes interessadas e um responsável pela solução de disputas configura uma instituição do microcosmo da governança<sup>196</sup>.

Com muita frequência as relações humanas assumem a forma díade, em que duas partes interessadas planejam e implementam ações por meio de uma interação baseada na reciprocidade, presente nos mais variados contextos da vida social, desde de relacionamentos familiares às relações internacionais entre governos. Duas partes – com as mais variadas composições – assumem compromissos recíprocos, com o objetivo de alcançarem seus objetivos, partilhados ou não.

Esse tratamento recíproco não é necessariamente cooperativo, sendo perfeitamente compatível com posturas individualistas e, até mesmo, egocêntricas, desde que as partes prevejam normas para coordenar seus interesses próprios, fixando direitos e deveres recíprocos, aplicáveis tanto em ambientes cooperativos, quanto conflituosos.<sup>197</sup> Desse modo, seja para contribuir com a conquista de uma meta comum, seja para perseguir interesses antagônicos, o modelo díade de governança, baseado na reciprocidade, é a regra

---

<sup>196</sup> SWEET, Alec Stone. Judicialization and the construction of governance. In SHAPIRO, Martin. SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. Nova York: Oxford, 2002, p. 55.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 55.

na maior parte dos contextos sociais: pais e filhos, amigos, empregador e empregado, governo e sociedade civil... são alguns exemplos da lógica dual.

Com a construção e a implementação das políticas públicas não é diferente. Mesmo em um processo com ampla participação social e contribuição de diversos atores, ao fim, a decisão sobre o planejamento social, com a definição das ações e inações a serem adotadas, estabelece uma relação díade: governo-público alvo. Aqueles alcançados pela política pública, assim como aqueles que esperam ser por ela alcançados, mantêm uma relação de reciprocidade com o governo responsável pela decisão e implementação da política. Essa relação funciona, na maior parte do tempo, sem a necessidade de intervenção de uma terceira parte. Estado e sociedade civil interagem na maior parte do tempo baseados na reciprocidade.

Algumas vezes, porém, essa reciprocidade é quebrada, especialmente quando há um atuar demasiadamente estratégico dos atores sociais e as partes sucumbem aos incentivos para renegar as obrigações assumidas mutuamente. Exemplo emblemático dessa lógica é o “dilema do prisioneiro”, história tradicionalmente utilizada para explicar a teoria dos jogos: Alice e Bob são *gangsters* da Chicago dos anos 1920. O promotor sabia que eram culpados por um crime mais grave, mas não conseguiria a condenação, a não ser que houvesse a confissão de pelo menos um deles. Ao conseguir a prisão cautelar de ambos, os manteve incomunicáveis um com o outro e propôs o seguinte acordo isolada e individualmente: 1. se você confessar e seu cúmplice não, você fica livre; 2. se você não confessar e seu cúmplice sim, você terá pena máxima; 3. se ambos confessarem, os dois serão condenados, embora não tenham a pena máxima; e 4. se nenhum dos dois confessar, ambos serão julgados e condenados por um crime menos grave, com pena menor<sup>198</sup>. A manutenção da reciprocidade fica em xeque nesse jogo de interesses, no qual há fortes estímulos para o rompimento do equilíbrio da relação díade entre os comparsas, com a formação de conflitos entre as partes envolvidas.

É possível que alguns desses conflitos sejam solucionados pela governança dual, por meios de negociações e barganhas. Entretanto, em muitos

---

<sup>198</sup> BINMORE, Ken. *Game theory: a very short introduction*. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 17-18.

casos essa solução será dificultada por custos elevados e escassez de tempo. Nessas situações pode se mostrar vantajosa a delegação a um terceiro e a adoção de um sistema tríade de resolução de conflitos. As duas partes concordam em atribuir a um outro ator a missão de analisar se as normas do jogo foram quebradas, por considerarem esse o método mais eficiente para a preservação de seus interesses. É possível que a delegação ocorra de modo voluntário a cada conflito, como a nomeação de árbitros *ad hoc*. Mas a aceitação do sistema tríade de resolução de conflitos também pode estar implícita na adesão, às vezes irresistível, às normas aplicadas à governança dual.

Na relação do governo com o público-alvo das políticas públicas é possível a existência de desconfiança de ruptura da reciprocidade, sendo razoável a delegação da solução desse conflito a um terceiro ator: o Judiciário. Isso não significa a impossibilidade de solução do conflito na lógica tríade. Um cidadão dispõe de meios para buscar uma solução de conflitos com o Poder Público ainda no modelo dual, tais como recursos administrativos, mobilização política, pedidos de reconsideração etc. Entretanto, o *design* institucional de diversos países, como o Brasil, prevê a possibilidade de deslocamento do conflito para um ambiente distinto, no qual a solução será construída por um Juiz.

A atuação dos tribunais é tipicamente baseada nessa tríade, onde duas partes e um terceiro participante – o juiz<sup>199</sup> – interagem, de modo que os primeiros expõem seus argumentos e, diante da impossibilidade de uma solução tríade, são substituídos pelo julgador na construção de uma solução para a lide.

Os efeitos dessa solução encontrada pelo terceiro podem não se limitar à eficácia *inter partes*. Em diversos casos de aplicação do modelo tríade de solução de conflitos, o responsável pela resolução do problema, ao adjudicar a solução com base nas normas existentes, produz também um efeito secundário: o aperfeiçoamento dessas normas, revelando conteúdos e significados não perceptíveis *prima facie*, assim como adaptando-as aos casos concretos, formando precedentes responsáveis por sua evolução.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> VALLINDER, *op. cit.* (When...), p.14.

<sup>200</sup> SWEET, *op. cit.*, p. 64.

Em que pese o foco central da decisão judicial ser a solução do conflito levado a julgamento, tutelando os direitos afrontados por eventual quebra da relação de reciprocidade, não é possível perder-se de vista o seu potencial impacto na política pública.

Desse modo, além de garantir os direitos perseguidos no caso concreto, uma decisão judicial produz (ou deveria produzir) reflexos na atuação governamental em todos os casos semelhantes. Isso porque o precedente jurisdicional sinaliza o erro ou o acerto da conduta administrativa ou política e permite ao governo aperfeiçoar sua atuação, adequando-a ao entendimento dos tribunais.

A adoção de um modelo tríade de resolução de conflitos, ao aperfeiçoar as normas da relação entre as duas partes, se transforma, assim, em uma garantia para o modelo de governança *díade*<sup>201</sup>, tendo em vista seu grande potencial pedagógico, capaz de tornar desnecessária a intervenção do terceiro para a solução de novos conflitos semelhantes, pois, com uma conduta minimamente cooperativa, é possível e provável a adesão de ambas as partes ao critério adotado pelo julgador, uma vez que há a expectativa de que um novo julgamento sobre o mesmo tema conduza a um resultado idêntico.

Os efeitos práticos da atuação judicial na defesa dos direitos ofendidos na construção ou na implantação de políticas públicas extrapolam os limites da relação processual, para transcender da órbita individual para a órbita coletiva. Por isso, o controle judicial não menoscaba o prestígio ou a eficácia das deliberações políticas. Ao contrário, contribui para o seu melhor desempenho e, conseqüentemente, fortifica sua autoridade e legitimidade.<sup>202</sup> Destarte, o Judiciário é, a um só tempo, garantidor dos direitos subjetivos públicos e colaborador da política pública.

Isso não significa, de modo algum, que o Judiciário deva integrar a arena política. Ao contrário, deve restringir-se a, cooperativamente, contribuir com

---

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>202</sup> “E aí a certeza do acerto de que quando a jurisdição contencioso-administrativa anula os atos ilegítimos da Administração, não apenas não menoscaba seu prestígio e eficácia, como, ao contrário, coopera para o melhor desenvolvimento das funções administrativas e afirma e cimenta a autoridade pública.” VERDAGUER, Francisco Pera. *Jurisdicción contencioso-administrativa*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 11. Tradução livre.

a construção e o aperfeiçoamento de políticas públicas exclusivamente por meio da solução dos conflitos que lhe são levados a julgamento.

Entretanto, não há dúvidas de que a decisão judicial, ao oferecer a solução para os litígios entre as partes da relação processual, tem um nítido caráter normativo, pois pretende regular uma relação social, por meio da determinação do comportamento a ser adotado por cada um dos envolvidos. Juízes e legisladores disputam a função de resolução de controvérsias, apesar de atuarem de modos distintos: legisladores criam normas gerais e prospectivas, enquanto juízes revelam ou criam normas concretas e retrospectivas<sup>203</sup>, embora produzam reflexos prospectivos.

Nota-se, assim, que os métodos de decisão judicial e políticos, considerados idealmente, são gravados por características distintas. O primeiro adota a metodologia tríade para a resolução de um conflito, por meio da qual um terceiro imparcial ouve os argumentos das partes em conflito, os pondera e decide focado no caso concreto, com a pretensão de oferecer a resposta correta para a controvérsia e na adjudicação de direitos. Já o segundo constrói a decisão por meio de discussões, negociações e barganhas travadas entre diversos atores – prevalecendo, em regra, embora não necessariamente, a vontade majoritária – com o objetivo de alocar valores por meio de regras gerais, construídas como a solução possível para um problema público<sup>204</sup>.

A judicialização da política, todavia, vem aproximando esses dois métodos, tornando menos transparentes as linhas distintivas. Tanto as instâncias políticas vêm “judicializando” seus métodos decisórios, adotando técnicas comuns aos tribunais (contraditório, ampla defesa, autoridade decisória imparcial, motivação); quanto as cortes vêm adotando técnicas do modelo político de tomada de decisão, como a abertura das discussões a atores externos à relação processual (ex: *amicus curiae*), com foco menor na adjudicação de direitos e maior na alocação de valores, fixando normas gerais, que muitas vezes abrem mão da pretensão de correção, para adotar a lógica da melhor decisão possível<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> SWEET, *op. cit.*, p. 69.

<sup>204</sup> VALLINDER, *op. cit.* (When...), p. 14-15.

<sup>205</sup> *Ibid.*

## 4.2 Judicialização das políticas públicas e processo político eleitoral

A judicialização das políticas públicas é apenas um dos corolários de um fenômeno mais amplo de expansão global do Poder Judiciário<sup>206</sup>, vinculado a diversos fatores<sup>207</sup> que, somados, conduzem os tribunais ao cenário político.

Em parte, o fenômeno pode ser explicado pela dinâmica do jogo democrático e pelo processo eleitoral a ela inerente<sup>208</sup>. Em um Estado Democrático de Direito, as eleições constituem importante ferramenta de controle das políticas públicas, pois delas decorre o poder de produção de políticas (*policy-making power*) das instituições representativas. A decisão do eleitor é capaz de aprovar ou rejeitar a atuação dos atores políticos *stricto sensu*, ou seja, aqueles eleitos e os nomeados por aproximação a eles. Como afirma Darcy Azambuja<sup>209</sup>:

Em ciência política, o sufrágio tem dois aspectos. Em primeiro lugar, o sufrágio ou voto é a manifestação do assentimento ou não assentimento a uma proposição feita ao eleitor. (...) Sob esse aspecto, o sufrágio também é a manifestação da opinião (...) quando ele [eleitor] vota em uma determinada pessoa, manifesta seu assentimento às ideias que pretende realizar ou defender na administração do Estado ou no Poder Legislativo. Suposto que cada candidato aos cargos eletivos tem um programa a executar, tem pontos de vista definidos sobre as questões públicas, o voto que o eleitor lhe dá significa conformidade com esses pontos de vista, é também uma decisão sobre modos diversos de tratar os problemas de governo.

Todavia, o jogo democrático e sua vinculação ao processo eleitoral provocam duas reações capazes de impactar diretamente no papel desempenhado pelo Judiciário em relação às políticas públicas: *i.* o seguro

---

<sup>206</sup> TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, Neal C. (coord.); VALLINDER, Torbjörn (coord.). The global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995, p. 27-36.

<sup>207</sup> Rodrigo Brandão identifica as seguintes condições para a judicialização da política: condições políticas (democracia e pluralismo político, federalismo e separação de poderes, ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e fortes esperanças depositadas no Judiciário), condições institucionais (catálogo de direitos, perfil do controle de constitucionalidade, rol de competências da Corte Constitucional e a nomeação de seus membros, bem como a dificuldade no processo de reforma constitucional) e condições interpretativas. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, 72-85.

<sup>208</sup> BICKEL, *op. cit.*, p. 19.

<sup>209</sup> AZAMBUJA, *op. cit.*, p. 316-317.

político e *ii.* a cautela eleitoral. São, na realidade, as duas faces de uma mesma moeda, como exposto nos itens 4.2.1 e 4.2.2.

#### 4.2.1 Seguro político como forma de exclusão da arena política

A teoria do “seguro político” é proposta por Tom Ginsburg, ao identificar o incremento da judicialização em países com regimes democráticos recentes, instaurados após um período ditatorial<sup>210</sup>. Investigando o motivo pelo qual o *design* institucional das novas democracias contemplava poderes para a revisão judicial de atos do poder público, concluiu o autor que o fenômeno está diretamente relacionado com a alternância de poder decorrente da escolha dos atores políticos pela via eleitoral.

Explica-se. Em uma democracia, é comum que diferentes grupos assumam a tarefa de governar, alternando-se nessa função conforme os resultados das eleições. Desse modo, não existe, em princípio, possibilidade de garantir politicamente a continuidade dos planos elaborados e implantados pelos governantes, pois são comuns inversões de poder realizadas pelo processo eleitoral. Com o objetivo de garantir a continuidade dos projetos considerados mais sensíveis, os grupos momentaneamente dominantes constitucionalizam matérias, adicionando ao seu caráter político uma força jurídica, em uma espécie de acoplamento estrutural entre política e direito, fiscalizada e aplicada pelo Poder Judiciário.

A possibilidade de judicialização de um tema político transforma-se em um seguro contra a incerteza do futuro político-eleitoral. Como em qualquer seguro, paga-se um preço para se garantir segurança. Quando um grupo está no poder, a ampla liberdade de atuação política é a que melhor atende aos seus projetos, pois lhe garante flexibilidade para mudanças políticas e o exercício máximo de poder. Nesse contexto, haveria pouco interesse dos líderes em constitucionalizar temas, tampouco em permitir o controle judicial de sua atuação. Entretanto, em um contexto de grande disputa entre forças políticas, no qual nenhum partido pode ter certeza de vitória nas eleições seguintes, a

---

<sup>210</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Edição Digital Nova York: Cambridge University Press, 2003, posição 250/4023.

flexibilidade pode significar a extinção dos projetos políticos do grupo ora dominante, caso seja excluído do poder.<sup>211</sup>

Para Ginsburg, a criação de arcabouço jurídico para a judicialização é, portanto, uma estratégia para retirar alguns temas da arena política. “*Servindo como um fórum alternativo para desafiar ações governamentais, a revisão judicial provê uma forma de seguro para os potenciais perdedores eleitorais*”<sup>212</sup>.

É verdade que uma leitura mais ácida da teoria do seguro político pode concluir que a Constituição é um simulacro, pois a pretexto de proteger os valores fundamentais de um Estado, transforma-se, na realidade, em um instrumento de manutenção dos grupos originalmente dominantes, perpetuando-lhes no poder, independentemente dos resultados eleitorais, com apoio do Judiciário<sup>213</sup>.

Todavia, em alguns momentos, o “seguro político” pode corresponder ao aproveitamento de uma janela de oportunidade para o entrincheiramento de temas fundamentais, não tanto pelo receio da perda de poder, mas para a garantia de uma conquista democrática.

Considerada como um seguro político, a judicialização, reflexo da constitucionalização da vida social, corresponde, portanto, a um instrumento neutro para a preservação de deliberações momentaneamente majoritárias por meio de sua exclusão da arena política.

#### 4.2.2 Cautela eleitoral e delegação das deliberações políticas

O processo político eleitoral, todavia, exerce outro tipo de influência sobre a judicialização. O controle social da atuação das autoridades por meio de eleições é extremamente positivo, por produzir a necessidade de uma prestação de contas com a sociedade, que julgará a atuação do político pelas urnas. Porém, ao mesmo tempo, o receio de exposição perante eleitorado, em muitos casos, acovarda o agente político que, por precaução, evita temas

---

<sup>211</sup> GINSBURG, *op. cit.*, visualizações 264-278/4023.

<sup>212</sup> *Ibid.*, visualizações 264-278/4023.

<sup>213</sup> MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

polêmicos ou antipáticos, especialmente aqueles de interesse apenas de segmentos com poucas possibilidades de influir nos resultados das eleições. “*Nestas hipóteses, delegar a solução do problema ao Judiciário pode ser a solução politicamente mais conveniente para os órgãos representativos*”<sup>214</sup>.

Essa “cautela eleitoral” contribui decisivamente para o aumento do envolvimento dos tribunais no processo de produção de políticas públicas. Consideradas relativamente isoladas de pressões políticas, as Cortes possuem razoáveis condições de oferecer respostas firmes para as questões que lhes são apresentadas, gerando uma tendência dos *policymakers* eleitos – e da própria sociedade – atribuírem questões controvertidas e difíceis ao, aparentemente, imparcial e racional, processo judicial, uma vez que, em contraste com a frequente inação e ambiguidade dos políticos eleitos, os Tribunais podem produzir decisões concretas, sem a preocupação com futuras eleições.<sup>215</sup>

Um exemplo significativo é o da união civil igualitária. Sem sucesso em obter a aprovação da união civil ou o casamento de pessoas do mesmo sexo, os movimentos sociais, com apoio do Ministério Público Federal, judicializaram a questão, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) interpretou o art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição, a fim de excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em complemento à decisão do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 175, de 14/5/2013, que veda “*a recusa de habilitação, de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento de pessoas de mesmo sexo*”.

A busca do grupo minoritário (homoafetivos) por igualdade de reconhecimento não encontrou amparo nas instâncias majoritárias, sendo a “cautela eleitoral” uma das grandes responsáveis pela falta de apoio a uma abertura à alteridade na normatização das relações familiares. Mesmo após a resolução do CNJ e a decisão do STF, o Congresso Nacional se manteve

---

<sup>214</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In FELLET, André (organizador); NOVELINO, Marcelo (organizador). Constitucionalismo e democracia. Salvador: Juspodium, 2014, p. 136.

<sup>215</sup> HEINEMAN, Robert A. [et al.] *The world of the policy analyst: rationality, values, and politics*. 2ª edição. New Jersey, 1997, p. 173 e 187.

resistente ao reconhecimento da união civil igualitária, passando a discutir medidas legislativas para a suspensão da eficácia do ato do Conselho.

O fato é que o comportamento legislativo interfere diretamente no grau e na forma de intervenção judicial. O exemplo da união homoafetiva permite uma comparação com a dinâmica dos fatos ocorridos em outros ordenamentos, nos quais o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi aprovado por deliberação legislativa majoritária, tornando despiciendo o controle judicial. Esse foi o caso de Argentina, Uruguai, México, Inglaterra, Holanda, Bélgica, Canadá, Noruega, Suécia, Islândia, Dinamarca e Nova Zelândia. Nesses ordenamentos, os políticos eleitos deliberaram em favor do tratamento igualitário, superando a cautela eleitoral, talvez por não visualizarem riscos no apoio à pretensão do grupo minoritário, em razão da existência, pelo menos em parte desses países, de amplo apoio da sociedade.

Outros ordenamentos contaram com a contribuição do Judiciário na busca de uma solução adequada à questão, não alcançada por um processo estritamente legislativo. Esse foi o caso de França, Espanha, Portugal, Estados Unidos e África do Sul, nos quais o debate legislativo acabou permeado por decisões judiciais. Nos três primeiros, os tribunais afirmaram a constitucionalidade das decisões legislativas favoráveis ao reconhecimento, limitando-se os juízes a cancelar as opções dos legisladores. Foi essa a posição do Conselho Constitucional Francês que, prestando deferência à decisão legislativa, decidiu que a exigência de pessoas de sexos distintos para a validade do casamento não é uma determinação constitucional ou da “*tradição republicana*”, não podendo ser considerado um princípio fundamental, motivo pelo qual deve prevalecer a deliberação majoritária.<sup>216</sup>

Nos Estados Unidos a dinâmica foi um pouco distinta e pode ser analisada a partir do caso de maior destaque: *Hollingsworth et al. v. Perry et al.*<sup>217</sup> A Suprema Corte da Califórnia havia decidido que a restrição do casamento a pessoas de sexos opostos violava a Constituição Estadual. Em uma reação dos

---

<sup>216</sup> FRANÇA, Conseil Constitutionnel. Décision n° 2013-669 DC, de 17 de maio de 2013. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>> , acesso em 27/11/2014.

<sup>217</sup> ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Hollingsworth et al. v. Perry et al.* Disponível em <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144\\_8ok0.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf)>, acesso em 25/11/2014.

eleitores, foi aprovada uma Emenda à Constituição da Califórnia, conhecida como *Proposition 8*, restringindo o casamento à união entre um homem e uma mulher. Dando continuação ao diálogo institucional, a Corte Estadual voltou a afirmar ser inconstitucional a proibição. O recurso contra a referida decisão foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que confirmou a decisão da Corte Distrital.

Marcante é o caso da África do Sul, onde o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo também ocorreu com a intervenção da Corte Constitucional, porém adotaram-se cuidados específicos para a conservação do princípio da separação de poderes e a supremacia do Legislativo. O caso mais representativo foi o *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (Caso *Fourie*)<sup>218</sup>, no qual, apesar de afirmar que a legislação, ao limitar o casamento a pessoas de sexos opostos, ofendia a cláusula de igual proteção (*equal protection*), o tribunal decidiu conceder oportunidade ao Parlamento para adequá-la à Constituição.

Os julgadores consideraram que, como a matéria toca profundamente em questões públicas e privadas, o Parlamento estaria mais habilitado a encontrar o melhor modo de proteger os casais de mesmo sexo. Por outro lado, o Tribunal considerou que o Poder Legislativo já havia dado consideráveis mostras de respeito à cláusula de igual proteção, sendo razoável confiar na continuidade do processo de aperfeiçoamento legislativo do tratamento das minorias. Assim, considerou que o respeito ao princípio da separação de Poderes exigiria a suspensão da declaração de inconstitucionalidade pelo período de 12 meses, a fim de permitir ao Parlamento corrigir o defeito normativo. Em 2006, o Parlamento da África do Sul aprovou a *Civil Union Act* (Lei nº 17/2006)<sup>219</sup>, legalizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nota-se que Tribunal Constitucional Sul-Africano adotou posicionamento significativamente distinto do defendido pelo Ministro Lewandowski na citação que inicia este capítulo. Ao invés de sustentar o

---

<sup>218</sup> ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Others*. Decisão de 01/12/2005. Disponível em <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/hP7cJ6Sfw/MAN/142890008/5/0#TOP>>, acesso em 27/11/2014.

<sup>219</sup> ÁFRICA DO SUL. Civil Union Act 17 of 2006. Disponível em <[http://www.saflii.org/za/legis/consol\\_act/cua2006139/](http://www.saflii.org/za/legis/consol_act/cua2006139/)>, acesso em 27/11/2014.

protagonismo judicial na tutela dos direitos, o tribunal da África do Sul afirmou: “*é necessário relembrar que não apenas as cortes são responsáveis por vindicar os direitos consagrados no Bill of Rights. A legislatura está na linha de frente nesse aspecto. Uma de suas principais funções é assegurar os valores da Constituição (...)*”<sup>220</sup>.

Curiosamente, no mérito, todos os ordenamentos jurídicos coincidiram em suas respostas: deve ser reconhecido o direito ao casamento homoafetivo. Todavia, a possibilidade, a necessidade e o grau de intervenção judicial variaram expressivamente, demonstrando distintos níveis de confiança no Parlamento e no Judiciário, além de modos alternativos de conservação do princípio da separação de poderes.

Em suma, a judicialização oferece dificuldades a serem enfrentadas em todos os sistemas. Todavia, os diferentes ordenamentos preocupam-se prioritariamente com dificuldades distintas.

### 4.3 Legitimidade democrática

O avanço do Judiciário sobre as questões políticas lastreia-se, essencialmente, na confiança depositada no juiz, cuja legitimidade é atribuída a uma suposta atuação apolítica, independente e neutra, revelada por teorias que se esforçam para negar a natureza política da atividade judicial<sup>221</sup>. No lugar de um ser político, o julgador é tido, por alguns modelos teóricos, como um Hércules, absolutamente racional, capaz de chegar à única resposta correta para a solução de um conflito entre os diferentes interesses em jogo<sup>222</sup>.

Apesar disso, por serem peças centrais de uma importante instituição – o Poder Judiciário – a ciência política enxerga os juízes como atores políticos, com ambições políticas, não apenas as relacionadas à progressão na carreira, mas, sobretudo, caracterizada pela vontade de fazer prevalecer suas ideias nas

---

<sup>220</sup> CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Others*. Decisão de 01/12/2005. Tradução livre. Disponível em <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgiirsi/hP7cJ6Sfuw/MAIN/142890008/5/0#TOP>>, acesso em 27/11/2014.

<sup>221</sup> SHAPIRO, Martin. SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. Nova Iorque: Oxford, 2002, p. 3.

<sup>222</sup> DWORKIN, *op. cit.*

questões jurídicas por ele decididas, atuando como verdadeiros legisladores de toga, *players* no jogo político em razão da separação de poderes.<sup>223</sup>

O reconhecimento do Judiciário como ator político não se restringe, portanto, ao papel da instituição, envolvendo tanto os órgãos internos ao Poder, quanto os agentes que a integram. Da mesma forma que a instituição “Poder Judiciário” desempenha um papel político, os Tribunais e órgãos judiciais também são atores autônomos das políticas públicas. Mais que isso, cada membro dos tribunais e cada juiz singular é, por si só, um ator político. Daí porque Laurance Tribe alerta que as respostas às questões políticas judicializadas dependem, em algum grau, de quem as está respondendo, inclusive quem está sentado no Tribunal no momento da pergunta.<sup>224</sup>

Entretanto, o fato é que a interferência judicial em assuntos políticos é objeto de diversas críticas, desde as originadas na academia, até as formuladas por atores políticos. Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist analisam algumas dessas críticas, destacando, como principal argumento, a falta de legitimidade de um Poder não eleito invalidar atos de instâncias constituídas por membros escolhidos pela maioria<sup>225</sup>, criando uma dificuldade contramajoritária<sup>226</sup>.

Em boa medida, a crítica sobre a falta de legitimidade democrática das decisões judiciais relaciona-se ao debate entre constitucionalização e democracia, tendo em vista a primeira exigir a tutela dos direitos fundamentais e outros valores constitucionais, mesmo contra a vontade da maioria, construção teórica rejeitada por diversos autores<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> SHEPSLE, *op. cit.*, p. 406, 418, 422.

<sup>224</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 19.

<sup>225</sup> CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring Judicial Activism*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 21.

<sup>226</sup> BICKEL, *op. cit.*, p. 16.

<sup>227</sup> Daniel Sarmiento elabora precisa síntese da produção doutrinária sobre o tema: “*A busca da melhor fórmula de equacionamento desta tensão latente entre democracia e constitucionalismo é um tema central e recorrente na filosofia política e constitucional, desde os teóricos iluministas europeus, com Rousseau e Locke, passando pelos chamados Founding Fathers do direito constitucional norte-americano (Hamilton, Madison, Thomas Jefferson, etc.), até chegar aos principais expoentes do debate contemporâneo, como Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls, Frank Michelman e Carlos Santiago Nino. Veja-se na literatura mais recente, Jürgen Habermas. ‘O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?’*. In: *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 153-173; Ronald Dworkin. ‘*The Moral Reading of the Majoritarian Premise*’. In: *Freedom’s Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 02-38; John Rawls. *Liberalismo Político*, *Op. cit.*, pp. 204-242; Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la*

A pedra angular dessas teorias consiste na exigência de deferência do juiz à vontade da maioria, expressa nas políticas públicas. Isso significa que haveria espaços de atuação reservados ao legislador e ao administrador<sup>228</sup> insindicáveis pelo Judiciário. Pautam-se, pois, em uma supervalorização do princípio da separação de poderes somada à hipertrofia do princípio democrático.

O problema da legitimidade da atuação judicial é superado pelos defensores do ativismo com base no argumento de que a proteção dos direitos fundamentais e das condições para a democracia antecede o debate democrático<sup>229</sup> e deve ser concretizada independentemente de qualquer discussão política. Assim, ainda que se submeta a algumas restrições, o Judiciário teria o poder-dever de interferir nas políticas públicas, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos fundamentais, como garantia das condições necessárias à participação na deliberação democrática, pois “*quando o Judiciário concretiza tais condições, a despeito da vontade da maioria, não está usurpando a soberania popular, mas garantindo o seu pleno exercício*”<sup>230</sup>.

Esse é o pensamento de Ricardo Lobo Torres, quando afirma a existência de garantia constitucional ao *status negativus* de cidadania, consubstanciado na liberdade de ação ou omissão sem interferência estatal, como também ao *status positivus*, representado pelo direito de exigir o mínimo existencial. Nesses casos, independentemente da vontade da maioria, devem ser preservados esses

---

*Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996; e Frank Michelamn. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 03-62. Na doutrina brasileira, vale destacar as recentes contribuições de Cláudio Ari Mello. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.” In SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 182.

<sup>228</sup> CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-612.

<sup>229</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>230</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.246. Sobre o tema, também é válida a referência a outra obra do autor: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizador). SARMENTO, Daniel (organizador). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551.

*status*. As políticas públicas contrárias a ou insuficientes para a observância dessa política constitucional são sindicáveis pelo Poder Judiciário, que pode garantir aos indivíduos os direitos prometidos pelo ordenamento constitucional, ainda que contra a vontade do Legislativo e do Executivo, pois o cidadão é titular de um *status ativus processualis*<sup>231</sup>.

Assim, as deliberações políticas têm liberdade limitada para a elaboração das políticas públicas. O resultado das discussões na arena deve estar submetido a um plano superior: a política constitucional. Em outras palavras, para utilizar a expressão de Wootton, embora atribuindo um sentido mais liberal ao termo, haveria a liberdade política, porém sob um planejamento (*freedom under planning*)<sup>232</sup>.

Cabe – também – ao Judiciário o controle da adequação da política pública à política constitucional, motivo pelo qual, mesmo sem sustentação eleitoral, tem legitimidade para exercer esse controle, a qual está direcionada diretamente à capacidade de argumentação racional.

#### 4.4 Miopia judicial

Apesar de legitimidade democrática, o Judiciário enfrenta outros desafios na análise das políticas públicas, especialmente as questões relacionadas à capacidade institucional e as limitações deliberativas de um processo judicial.

O Judiciário pode produzir decisões políticas positivas, isso é fato. Porém, também é notório que a assunção de um papel político por um tribunal aumenta incrivelmente o risco de decisões míopes, capazes de produzir efeitos não esperados e, possivelmente, indesejados.

Virgílio Afonso da Silva alerta para o fato de que, nesse padrão de interferências nas políticas públicas, o Judiciário se limita a transpor a racionalidade liberal, fundada em relações bilaterais, para os julgamentos das questões estatais, especialmente no que se refere à concretização de direitos

---

<sup>231</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 279-280.

<sup>232</sup> WOOTTON, B. *Freedom under planning*. Londres: Allen and Uwin, 1945.

sociais<sup>233</sup>. De acordo com o autor, o Judiciário, muitas vezes, se limita a uma tutela irracional dos direitos individuais, sem atentar para as consequências sociais de suas decisões, o que tem grande probabilidade de impedir a atuação eficaz das políticas públicas elaboradas pelos demais poderes.

Isso porque o processo judicial está muito distante das condições ideais para a adoção de decisões políticas, por não representar o espaço capaz de abrigar de maneira equilibrada os interesses públicos e privados, como aquele denominado por Zygmunt Bauman – por uma releitura do conceito aristotélico – de ágora, “*espaço em que as ideias podem nascer e tomar forma como ‘bem público, ‘sociedade justa’ ou ‘valores partilhados’*”<sup>234</sup>. As Cortes enfrentam problemas de capacidade institucional e limitações processuais para a implementação de suas decisões<sup>235</sup>, decorrentes de sua visão míope, que as permite enxergar bem o caso concreto, mas obsta um olhar amplo, capaz de perceber e analisar a diversidade de interesses afetados pela decisão, seja pela inexistência de um ambiente verdadeiramente plural e aberto a aportes cognitivos, seja pela ausência de *expertise* em campos da vida social e da ciência.

Os desafios relacionados às capacidades institucionais e às limitações processuais, porém, não conduzem necessariamente a uma decisão judicial catastrófica. Há relevantes exemplos de julgamentos judiciais com nítido caráter político, que catalisaram avanços democráticos, apesar de configurarem decisão política tão somente disfarçada de decisão jurisdicional. Neste ponto é válida a citação do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do teto constitucional ao salário-maternidade (ADI 1946 MC/DF).

Os benefícios do Regime Geral de Previdência Social sempre estiveram submetidos a uma limitação de valor, que convencionou-se chamar de “teto”. Em sua origem, a submissão das prestações previdenciárias ao valor teto estava prevista exclusivamente na legislação infraconstitucional, que ressalvava o

---

<sup>233</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 588.

<sup>234</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 11.

<sup>235</sup> HEINEMAN, Robert A. [et al.] *The world of the policy analyst: rationality, values, and politics*. 2ª edição. New Jersey, 1997, p. 187.

salário-maternidade, único benefício que poderia ultrapassar o limite previsto em lei. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 20/98 constitucionalizou o teto, sem ressaltar a referida prestação previdenciária, o que levou a Administração Pública a submeter o salário-maternidade ao limite de valor.

Ocorre que a Constituição, no art. 7º, XVIII afirma que a licença à gestante deve ser garantida sem prejuízo do salário. Logo, na prática, a limitação do salário-maternidade ao teto não prejudicaria a beneficiária, pois se o Estado arcasse apenas com uma parte do benefício, o empregador ficaria responsável pelo valor que excedesse ao teto até a integralização do salário. O problema vislumbrado pelo STF não se refere a quanto o segurado receberá, mas, sim, a quem deverá pagá-lo. De acordo com a nossa Suprema Corte, a limitação do salário-maternidade ao teto produziria um indesejado efeito social: o aumento da desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Nas palavras da ementada pelo Tribunal<sup>236</sup>:

(...) E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

Assim, o Supremo Tribunal Federal se baseou nos reflexos sociais da aplicação do teto ao salário-maternidade para concluir pela sua inviabilidade. No voto condutor, é possível perceber forte fundamentação interdisciplinar, e especialmente quando cita a produção acadêmica de um economista para concluir que o assunto ultrapassa o campo do Direito, para ingressar na seara da Economia, em razão do risco do desemprego feminino em caso de aplicação do teto ao salário-maternidade, argumento enfatizado pelo relator, Ministro

---

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADI 1946 MC/DF, julgada em 29/04/1999.

Sydney Sanches. Com fulcro nesses elementos extrajurídicos, o STF decidiu que o salário-maternidade estaria excluído da limitação introduzida pelo constituinte derivado, em uma decisão que, apesar da roupagem jurídica, tem caráter nitidamente político.

Em outros momentos, porém, a decisão judicial é um instrumento de concretização da vontade política do juiz, que, além de apresentar grandes dificuldades de manter uma visão macro, ingressa na arena política com pouca disposição deliberativa, pois busca impor sua vontade aos demais atores.

Como agravante do problema da legitimidade e da capacidade institucional, uma parte da crítica afirma que a atuação judicial traz consequências, inclusive, para as políticas futuras, pois legislador e administrador restringem o seu atuar para adequarem-se aos parâmetros jurisprudenciais. Desse modo, mesmo sem um processo específico para aquela atuação política, o controle judicial de casos semelhantes já provoca constrangimento nos demais poderes, ainda que uma sentença não seja proferida.<sup>237</sup>

#### 4.5 Ator político externo à arena

Com a judicialização das políticas públicas, o Poder Judiciário e os juízes enfrentam um grande desafio: ingressar no debate político, sem integrá-lo.

Como o terceiro elemento do modelo tríade de resolução de conflitos, não pode o juiz assumir a controvérsia como sua, do mesmo modo que lhe é proscrito atuar de forma parcial, em favor do interesse de uma das partes ou seu próprio. Assim, seu papel nada tem a ver com uma atuação *intra* arena, pois, na qualidade de responsável pela decisão, não pode ingressar na disputa com as partes a quem julgará.

Sua exclusão do processo eleitoral já é uma demonstração de que a construção da decisão judicial não pode seguir a lógica da barganha e da negociação. Isso porque, tenta-se imunizar o juiz contra as preocupações com o seguro e com a cautela eleitorais. Assim, não é seu papel agrandar o eleitor, mas adjudicar os direitos prometidos pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>237</sup> CROSS. LINDQUIST. *op. cit.*, p. 21.

Essa dinâmica permite a construção de decisões mais racionais, logo, mais controláveis, pois o percurso decisório do ator judicial é lógico e pautado na razão, não devendo estar inserido em um ambiente de disputas intensas como a arena.

O Poder Judiciário, seus órgãos e integrantes são, portanto, atores políticos externos à arena, pois guardam uma função bastante distinta daquela desempenhada pelos demais atores. Cabe ao juiz cooperar – e, não, competir – com o processo político, tanto para garantir um procedimento chancelado pelas exigências democráticas, quanto para fiscalizar a adequação do plano à política constitucional.

Essa é uma assertiva prescritiva, o que não impede de, na prática, juízes ingressarem na arena, em uma disputa nada salutar para um Estado Democrático de Direito. Toda vez que um tribunal ingressa na arena política, para negociar, barganhar e disputar, prejudica o modelo tríade, pois passa a ser um dos lados da discussão.<sup>238</sup>

Essa prescrição, para a manutenção dos atores judiciais fora da arena política, busca não apenas conservar a imparcialidade e a racionalidade das resoluções tríades de conflito, mas também deixar claro que, como ator externo, os juízes têm limitações mais rígidas em sua atuação, que aqueles atores que integram a arena.

Como sua decisão é construída com menor influência das negociações e como potencial de alterar por completo o resultado das disputas políticas, uma abertura ampla para atuação política dos tribunais configuraria um gigantismo judicial, capaz de desequilibrar por completo a separação de Poderes.

Por esse motivo, o reconhecimento do Judiciário como um ator político extra arena, acarreta a necessidade da delimitação dos limites de sua atuação, que correspondem aos requisitos para um atuar cooperativo. Em outras palavras, a contenção judicial decorre da garantia das condições de cooperação com o processo político titularizado pelos atores intra arena.

Os próximos capítulos são dedicados à identificação dessas condições.

---

<sup>238</sup> O Judiciário, seus tribunais e juízes podem, legitimamente, integrar a arena política quando estiver em disputa um interesse seu, como, por exemplo, questões remuneratórias e condições de trabalho. Nesse caso, não estarão atuando como juízes, mas como qualquer ator que busca a prioridade de seus interesses na disputa política.

## 5 FOCO NOS DIREITOS

César, lembra-te que tu és mortal!

Não é pequena a tentação de elevar-se da posição de guardião da Constituição e da ordem jurídica à condição de salvador da Nação, que heroicamente guia a sociedade rumo à justiça e ao progresso, enfrentando as resistentes forças políticas e impondo soluções, algumas mágicas ou milagrosas, para os desafios sociais. Se até mesmo César buscava ser lembrado de seus limites, também o Judiciário, como Poder constituído em um Estado Democrático de Direito, deve buscar a autocontenção em sua atividade de controle da atividade dos demais Poderes.

Nessa difícil exigência de parcimônia no exercício do poder, o juiz pode se sentir tentado a ir além da tutela de direitos e, estimulado pela confiança nele depositada pelo ordenamento jurídico, buscar corrigir posições políticas e, especialmente, políticas públicas em desacordo com as estratégias que considera mais apropriadas para a condução da sociedade. Ultrapassar os limites da tutela dos direitos e assumir posição de governança ultrapassa a missão constitucional do Poder Judiciário. Afinal, *“o exagero no ativismo judicial constitui uma forma de abuso no exercício da função jurisdicional, sendo tão inconstitucional quanto o abuso das funções executiva e legislativa”*<sup>239</sup>.

O presente capítulo busca identificar um primeiro parâmetro para a atividade de controle judicial das políticas públicas, demonstrando – o que pode soar paradoxal – que os tribunais não devem buscar controlar a política, mas proteger os direitos. Dito de outra forma, o controle dos planos sociais deve ser uma consequência secundária da atividade judicial, presente apenas quando necessária à proteção de um direito. O Judiciário deve manter o foco nos direitos... a tutela desses é o problema a ser enfrentado pelo Juiz.

---

<sup>239</sup> SILVA, José Afonso da. Ativismo judicial e seus limites. In FURTADO, Marcus Vinicius (coordenador). Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus, OAB, 2013, p. 388.

Focar os direitos e não a política é uma estratégia para evitar ingressar na arena e manter-se como um colaborador cooperativo e não como um ator competitivo no processo de formação e implementação da política pública.

Para chegar a essa conclusão, o capítulo adota a seguinte trajetória de reflexão: *i.* em primeiro lugar, investiga o papel da função jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, marcado pela valorização nas normas constitucionais e dos princípios jurídicos, reforçando-se a conclusão do capítulo anterior, sobre a necessidade de uma judicialização cooperativa; *ii.* posteriormente, avalia-se como essa função jurisdicional deve se comportar diante da judicialização das políticas públicas, concluindo que o foco da atividade jurisdicional deve ser o direito, sendo a interferência nas políticas públicas meramente incidental; *iii.* em seguida, o capítulo identifica no uso parcial do pensamento tópico uma estratégia para manutenção do foco nos direitos; *iv.* por fim, é esclarecido que apesar de secundário, o controle da política pública é uma consequência de extrema relevância da atividade judicial, devendo ser levado a sério pelos tribunais.

### **5.1 Função jurisdicional no Estado Democrático de Direito**

Esta tese não tem a pretensão de avançar sobre questões processuais ou estabelecer uma discussão sobre temas direta e especificamente relacionados ao Direito Processual. Todavia, o controle judicial de políticas públicas não pode ser pesquisado sem que, ao menos, se tangencie um tema tipicamente processual: a jurisdição.

Este tópico é destinado à análise da atividade jurisdicional, sem, todavia, conservar a pretensão de uma abordagem ampla e detalhada do tema, que será visitado sob a ótica constitucionalista e administrativista, embora utilizando alguns referenciais teóricos processualistas. Porém, insiste-se, o ponto será abordado apenas de modo instrumental, a fim de fornecer os subsídios necessários aos objetivos da pesquisa.

A jurisdição é um dos temas principais do Direito Processual, sendo considerada, mesmo, o centro da teoria processual<sup>240</sup>, sua pedra angular. Originalmente vinculada a uma postura subjetiva e privatista, a jurisdição passou a ser enxergada como uma atividade de realização de fins estatais, avançando para ser considerada um instrumento da garantia da ordem constitucional.

Inicia-se, destacando-se que a jurisdição está relacionada ao modelo tríade de resolução de conflitos, uma vez que duas partes delegam a um terceiro a resolução de uma controvérsia, por considerar essa estratégia a mais eficiente e menos custosa que a manutenção de um modelo dual. Assim, abdica-se da autotutela ou da imposição arbitrária, a fim de, estrategicamente, adotar-se um modelo de resolução de conflitos capaz de reduzir riscos.

Esse terceiro é o Estado, a quem foi atribuída a função de solucionar os conflitos entre duas partes. Inicialmente exercido pelo soberano, diretamente ou de forma delegada, a função jurisdicional foi paulatinamente distribuída a juízes, com independência estrutural em relação aos demais órgãos estatais<sup>241</sup>. Porém, mesmo atribuída ao Estado, entendia-se que a jurisdição tinha natureza privatista, pois era concebida como uma função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados<sup>242</sup>. A ação era considerada vinculada a um direito subjetivo material, sendo tratada como uma forma de o indivíduo fazer valer seu direito, compromissada exclusivamente com a proteção dos particulares. Desse modo, a sentença, como ato jurisdicional, não declarava, mas criava um direito novo, sendo o processo, portanto, totalmente dependente da existência do direito.<sup>243</sup>

Entretanto, com o desenvolvimento do Estado de Direito, percebeu-se que, como uma das funções estatais, ao lado da legislativa e da administrativa, a jurisdição não poderia ser, tão somente, uma atividade para a garantia de

---

<sup>240</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92-98.

<sup>241</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Volume 1. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

<sup>242</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 30.

<sup>243</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-4.

direitos privados. A função jurisdicional passa a ser observada, portanto, como uma forma de fazer atuar a vontade concreta da lei, isto é, uma atividade estatal capaz de colocar em prática a coercitividade da legislação e assim fazer prevalecer no plano fático-concreto as determinações estatais expressadas nas normas jurídicas.

Essa visão publicista da jurisdição tem em Giuseppe Chiovenda um de seus maiores representantes, para quem “*a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade externa pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e colocando-a posteriormente em prática*”<sup>244</sup>. Esse órgão externo é o juiz, cuja atividade intelectual substitui a “*atividade intelectual, não só das partes, como de todos os cidadãos*”.<sup>245</sup>

A ação, como instrumento da jurisdição, não se confunde com o direito material, constituindo-se no poder de provocar a atividade do juiz para fazer atuar concretamente a lei. Em outras palavras, o Estado é garantidor da observância das leis, devendo atuar coercitivamente, caso necessário para fazer valer os preceitos normativos. O pensamento de Piero Calamandrei sintetiza a ideia exposta, embora com tintas próprias<sup>246</sup>:

Esta posterior ação do Estado, destinada a pôr em prática a coação prevista e a tornar efetiva a assistência prometida pelas leis, é a jurisdição. Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode entender-se separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de um mesma atividade sequencial que se pode denominar, em sentido lato (em contraposição à atividade social...) atividade jurídica: primeiro dita o direito e depois fazê-lo observar; antes o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição surge, portanto, como a necessária continuação da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade.

Por outro lado, Francesco Carnelutti afirmou ter a jurisdição a função de justa composição da lide, a qual definiu como conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida<sup>247</sup>. Trata-se, portanto, de uma abordagem que parte

---

<sup>244</sup> CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Tradução para o espanhol de Jose Casais Y Santaló. Madri: Instituto Editorial Reus, p. 369.

<sup>245</sup> CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 365.

<sup>246</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Douglas Dias Ferreira. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2003, p. 114.

<sup>247</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Volume 1. Pádua: Cedam, 1936, p. 40.

de uma perspectiva distinta, sociológica<sup>248</sup>, preocupada com os efeitos da jurisdição na proteção dos direitos e admite, para além de declaração do conteúdo da lei, que o juiz, ao aplicar a norma geral, cria a norma individual para o caso concreto.

Assim, embora com abordagens distintas, é possível afirmar que Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti “*beberam na mesma fonte*”<sup>249</sup>, pois pressupõem que a atividade do juiz está estritamente subordinada à do legislador. Enxergando a aproximação desses pensamentos, afirmou Liebman<sup>250</sup>:

As duas definições, embora tenham sido no passado objeto de vivas discussões, podem hoje ser consideradas complementares: a primeira representa uma visão puramente jurídica do conteúdo da jurisdição, pois estabelece a relação entre lei e jurisdição, ao passo que a segunda considera a atuação do direito como o meio para atingir uma finalidade ulterior (a composição do conflito de interesses), procurando assim captar o conteúdo efetivo da matéria à qual a lei vem aplicada e o resultado prático, sob o aspecto sociológico, a que a operação conduz.

A percepção da jurisdição como uma função estatal com finalidade publicista significou um importante avanço para o aperfeiçoamento da ciência e das instituições processuais. Afinal, reconheceu a autonomia da ação em relação ao direito material, demonstrando que a função estatal de prestar jurisdição funciona, ainda quando inexistente o direito material almejado. Assim, as abordagens que deslocaram o processo do privado para o público revelaram um importante aspecto da jurisdição, consubstanciado na sua íntima ligação com a legalidade.

Todavia, o desenvolvimento do Direito Processual, especialmente sobre os influxos de Estados Democráticos de Direito, demonstra não ser possível considerar a tutela da legalidade como missão principal da jurisdição.

---

<sup>248</sup> Há quem critique a abordagem sociológica da jurisdição. Como exemplo, confira a afirmação de Robles Garzón: “*Teorias sociológicas. A jurisdição tem como finalidade a resolução coativa do conflito social. Todavia, estas teorias se centram mais no elemento sociológico que na faceta jurídica, o que faz com que estejam totalmente superadas, na medida em que nem sempre a função jurisdicional se dedica à resolução de conflitos.*” In GARZÓN, Juan Antonio Robles *et al.* *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. Madri: Editorial Tecnos, 2008, p. 51. Tradução livre.

<sup>249</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>250</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 25-26.

Em primeiro lugar, com o reconhecimento da efetividade de princípios e regras constitucionais, a legalidade passou a assumir uma posição distinta no ordenamento jurídico. Apesar de ocupar lugar de destaque na disciplina social, a lei deixa de ser exclusivo instrumento de normatização e produção de direitos, passando a partilhar espaço com normas jurídicas extra e supralegais. Conseqüentemente, a atividade de jurisdição (dizer o direito) não pode mais se limitar à concretização da vontade da lei, pois o Direito é apenas parcialmente revelado ou criado pela vontade majoritária legislada. “*A lei é um fator determinante do conteúdo da prestação jurisdicional, mas a função ou a finalidade dessa não é a de atuar a lei (...)*”<sup>251</sup>. Conseqüentemente, se um juiz limita sua atividade a fazer atuar concretamente a lei, deixará de lado significativa parcela das normas jurídicas incidentes na questão.

A atividade jurisdicional, portanto, avança, assumindo a tarefa de tutelar concretamente o direito material<sup>252</sup>. Em outras palavras, ao invés de fazer atuar concretamente a lei, a jurisdição faz atuar concretamente o Direito, motivo pelo qual o juiz tem o dever de, quando provocado, proteger o direito material. “*O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo*”<sup>253</sup>.

Em síntese, a jurisdição tem por função social<sup>254</sup> a tutela de interesses de sujeitos de direito<sup>255</sup>, a fim de cumprir a promessa estatal de proteção de direitos individuais e transindividuais<sup>256</sup>.

## 5.2 Proteção a direitos como limite da atuação judicial

---

<sup>251</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 70.

<sup>252</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 133.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>254</sup> AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. In ZUFELATO, Camilo (coord.). YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 144.

<sup>255</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 70.

<sup>256</sup> MARINONI, *op. cit.*, p. 135.

Como analisado no tópico anterior, a função jurisdicional objetiva garantir o cumprimento da promessa estatal de fazer valer os direitos individuais e transindividuais. Neste item será demonstrado que, ao menos no que se refere ao controle de políticas públicas, a proteção aos direitos funciona não apenas como elemento autorizador da atuação judicial, como também é o seu limite. Para chegar a essa conclusão, analisa-se a doutrina do *standing*, adotada pela Suprema Corte Americana, para em seguida identificar a necessidade de sua aplicação ao caso brasileiro, desde que com algumas adaptações.

A doutrina do *standing* exige que a parte da relação processual demonstre à Corte a existência de um direito afetado pela medida em discussão no *judicial review*. Trata-se de estratégia de manutenção do princípio da separação de poderes, que busca limitar a atuação judicial à proteção de direitos, sem avançar sobre as atribuições dos Poderes. De acordo com Antonin Scalia<sup>257</sup>:

Minha tese é de que a doutrina judicial do *standing* é um elemento crucial e inseparável deste princípio, cujo desrespeito produzirá, inevitavelmente, - como o fez durante as últimas décadas - uma judicialização excessiva do processo de auto-governo. Especificamente, sugiro que os tribunais precisam conferir maior peso do que o concedido nos últimos tempos ao requisito tradicional de que o dano alegado pelo autor seja distinguível do dos demais, separando-o da cidadania em sentido amplo.

Em síntese, a partir da ideia de que a missão do Judiciário é a de garantir os direitos prometidos pelo ordenamento jurídico, afirma-se que os juízes podem sindicar os atos dos demais poderes desde que seja necessário para proteger um direito. Mas, por outro lado, esse também é o limite dentro do qual o Judiciário pode trabalhar. Se não objetivar a proteção de um direito, não há justificativa para a interferência estatal nos demais ramos.

A ideia estava presente já em *Mabury v. Madison*, quando a Suprema Corte afirmou que “a atividade do Judiciário é apenas a de decidir os direitos dos indivíduos e não a de como o Executivo ou os funcionários do Executivo executam deveres para os quais dispõe de discricionariedade”<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> SCALIA, Antonin. A doutrina do *standing* como um elemento essencial da separação de poderes. Tradução de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Volume 9, nº 1, 2014.

<sup>258</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em <

Desde então, a Suprema Corte vem afirmando a possibilidade de intervir na atuação de atividades administrativas e legislativas se – e somente se – for necessário para a proteção de um direito sobre o qual se busca a tutela judicial. Essa exigência é atendida não apenas com direitos individuais, mas também com aqueles transindividuais, como ocorreu no caso *SCRAP*, no qual o tribunal americano reconheceu que o direito ao meio ambiente atende às exigências do *standing*.<sup>259</sup>

É verdade que, em alguns momentos, a Suprema Corte afasta a doutrina do *standing* da separação de poderes, reconhecendo a existência de direitos justiciáveis em situações em que apenas com muito esforço argumentativo é possível vislumbrar alguma matéria justiciável.<sup>260</sup> Talvez o maior exemplo dessa flexibilização seja o caso *Flast v. Cohen*, no qual a Corte afirmou atender ao critério em questão um contribuinte que contestava a aplicação de verbas federais em escolas religiosas.

Mais recentemente, a doutrina do *standing* voltou a ser afirmada no julgamento do caso *Hollingsworth et al. v. Perry et al.*<sup>261</sup> A Suprema Corte da Califórnia havia decidido que a restrição do casamento a pessoas de sexos opostos violava a Constituição Estadual. Em uma reação dos eleitores, foi aprovada uma Emenda à Constituição da Califórnia, conhecida como *Proposition 8*, restringindo o casamento à união entre um homem e uma mulher. Dando continuação ao diálogo institucional, a Corte Estadual voltou a afirmar ser inconstitucional a proibição. O recurso contra a referida decisão foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que confirmou a decisão da Corte Distrital.

O precedente norte-americano interessa a esta tese, especialmente, quando discute a possibilidade de intervenção judicial em uma questão sobre a qual havia um ativo debate político. Os *Justices* afirmaram que o parâmetro a

---

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>, acesso em 10/01/2015.

<sup>259</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. *United States v. Scrap*, 412, U.S. 669 (1973). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/412/669/case.html>>, acesso em 24/01/2015.

<sup>260</sup> SCALIA, *op. cit.*

<sup>261</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, US Supreme Court. *Hollingsworth et al. v. Perry et al.* Disponível em <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144\\_8ok0.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf)>, acesso em 25/11/2014.

ser utilizado é o da doutrina do *standing*, de acordo com a qual a intervenção judicial em uma política pública apenas pode ocorrer quando necessário para decidir uma controvérsia específica, historicamente vista como capaz de ser solucionada por meio de um processo judicial. Em outras palavras, não cabe ao Judiciário, em princípio, controlar as políticas públicas; porém está autorizado a fazê-lo quando necessário para a proteção de direito concretamente violado ou ameaçado. Essa doutrina seria um limite para o poder dos juízes: “*isso assegura que hajamos como juízes e não nos envolvamos na produção de políticas propriamente (policymaking), que deve ser deixada para representantes eleitos*”<sup>262</sup>. Como já havia decidido a Corte, o parâmetro “*que é construído sobre os princípios da separação de poderes, serve para prevenir que o processo judicial seja usado para usurpar os poderes das instâncias políticas*”.<sup>263</sup>

Nota-se que a doutrina do *standing*, ao mesmo tempo que proscreeve um controle abstrato das políticas públicas, autoriza e afirma a possibilidade de intervenção judicial, se a ofensa ao direito for concreta, particularizada e atual ou iminente. Trata-se de um critério simultaneamente de autocontenção e de afirmação de competência, utilizado como forma de, ao mesmo tempo, impedir o Judiciário de usurpar a atribuição dos responsáveis pelo *policymaking* e afirmar a supremacia judicial na proteção dos direitos.

Aplicando a doutrina do *standing* o Judiciário deve respeitar as opções políticas dos atores do Legislativo e do Executivo, ainda que estejam agindo com “cautela eleitoral” e se omitindo ou falhando na formulação e na execução de políticas públicas, pois uma intervenção abstrata na esfera de outros poderes ofenderia as regras do jogo democrático. Entretanto, quando a decisão política for uma questão prejudicial à proteção de um direito concretamente ameaçado ou lesado, pode um tribunal apreciá-la *incidenter tantum* para construir a solução da controvérsia.

No Brasil, o acesso à tutela jurisdicional está garantida pelo art. 5º, XXXV da Constituição da República: *a lei não excluirá da apreciação do Poder*

---

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, US Supreme Court. Clapper, Director of National Intelligence, *et al. v. Amnesty International USA et al.*, disponível em <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1025\\_ihdj.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1025_ihdj.pdf)>, acesso em 27/11/2014.

*Judiciário lesão ou ameaça de lesão.* Dentre os diversos conteúdos contidos nesse dispositivo, identifica-se a vinculação da atividade jurisdicional à proteção de direitos lesados ou ameaçados, demonstrando que o interesse processual em agir apenas existirá quando houver necessidade, utilidade e proveito da tutela para que o autor obtenha a satisfação do direito pleiteado.<sup>264</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que a previsão constitucional não garante um acesso irrestrito e incondicional à Justiça. Ao contrário, para se recorrer ao Judiciário é necessário demonstrar a necessidade da prestação jurisdicional para a garantia de um direito. Nas palavras do Tribunal: “*a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo*”.<sup>265</sup>

No caso, o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de um cidadão recorrer aos tribunais para obter um benefício previdenciário sem ter formulado previamente pedido administrativo. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, salvo em casos excepcionais, apenas haveria interesse processual na hipótese de indeferimento do requerimento administrativo ou demora em sua apreciação. Dessa forma, a Corte considerou que o direito de acessar à Justiça é condicionado à demonstração de uma lesão ou, ao menos, de uma ameaça a direito.

O interesse processual em agir deriva do caráter substitutivo da jurisdição<sup>266</sup>, afirmando que o jurisdicionado apenas pode regularmente exercer seu direito de ação caso, para proteger o direito que lhe foi concedido pelo ordenamento jurídico, dependa da atuação do Estado-Juiz. Trata-se, portanto, de uma exigência dirigida ao autor.

Todavia, o interesse de agir é apenas um dos lados da moeda cunhada pelo art. 5º, XXXV da Constituição. Se, por um lado, coloca-se uma condição para o manejo do instrumento que dá acesso à jurisdição, por outro, o acesso à

---

<sup>264</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128.

<sup>265</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 631.240-RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Jugado em 03/09/2014.

<sup>266</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.

justiça como instrumento de tutela de direitos funciona como um limite para a atividade do juiz.

O que se sustenta é que o princípio da separação de Poderes exige que o parâmetro da lesão ou ameaça a direito seja utilizado não apenas como condição para o cidadão acessar a Justiça, mas também como limite à atuação judicial. O Judiciário apenas pode atuar para a proteção de direitos lesados ou ameaçados, sendo proscrito ao julgador avançar sobre temas que não sejam necessários e úteis para a proteção do direito.

Trata-se de uma forma brasileira de adoção da doutrina do *standing*, que indica um limite para a atuação judicial: a proteção de direitos lesados ou ameaçados de lesão. Para cumprir sua tarefa constitucional, o Judiciário pode avançar sobre a atuação de outros setores do Estado e, atendendo ao caráter substitutivo da jurisdição, interferir em decisões administrativas e legislativas, mesmo em políticas públicas. Entretanto, essa substituição apenas se justifica quando for útil ou necessária para o atendimento do direito em jogo.

É verdade que a submissão da atividade pública a maiores e mais acessíveis controles constitui uma salutar tendência do direito de acesso à Justiça<sup>267</sup>. Todavia, esses controles devem obedecer às regras do jogo democrático.

### **5.3 Foco nos direitos: razão tópica como ferramenta do regular exercício da jurisdição**

Uma vez constatado que os direitos são, a um só tempo, a justificativa e o limite da atuação judicial, torna-se útil a adoção de estratégias facilitadoras do regular exercício da jurisdição pelos tribunais, especialmente quando houver possibilidade de interferência em uma política pública.

Ao ser chamado para tutelar um direito lesado ou ameaçado por falhas de uma política pública, o Judiciário tem a possibilidade, com limites, de modificar os planos sociais, adequando-os de modo a resguardar os direitos a que foi chamado a proteger. É evidente que, mesmo nesses casos, há restrições

---

<sup>267</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 390.

à atuação judicial, das quais esta tese trata nos capítulos posteriores. Entretanto, é inevitável reconhecer o poder-dever de substituir medidas administrativas e legislativas até o ponto em que for necessário para a preservação dos direitos judicializados.

Entretanto, essa abertura para a atuação dos tribunais provoca o risco de um avanço judicial sobre aspectos da política pública cuja modificação não é necessária para o atendimento dos direitos em julgamento. Essa tentação é, simultaneamente, forte e sutil, além de facilmente camuflada em disfarces argumentativos. Desse modo, como não há um servo para fazer alerta semelhante ao de César, é útil aos juízes a adoção de estratégias de autocontenção, a fim de superarem com mais facilidade a desafiadora tarefa de exercer o poder dentro dos limites constitucionais. O raciocínio tópico é um instrumental poderoso para o atendimento dessa finalidade.

A tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Sua importância para o Direito mereceu destaque a partir de Viehweg, que a propôs como alternativa à metodologia sistemática<sup>268</sup>.

No presente caso, entretanto, a ferramenta em favor do regular exercício da jurisdição não consiste na utilização da tópica como método argumentativo, o que, aliás, apresenta uma série de problemas, como afirmado por Alexy<sup>269</sup>. Esta tese se limita a propor o uso da técnica como “*um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar*”<sup>270</sup>.

A tópica tem como base a ideia do pensamento a partir do problema. Nesse ponto, há uma grande afinidade com o processo de construção de uma política pública, um plano elaborado a partir de um problema público, com o objetivo de enfrentá-lo.

Utilizar o pensamento tópico para aplicar o direito exige do juiz o foco em sua missão jurisdicional, qual seja a proteção dos interesses prometidos

---

<sup>268</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 17.

<sup>269</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p. 49-53.

<sup>270</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 328.

pelo ordenamento jurídico aos sujeitos de direito. Em outras palavras, no exercício da jurisdição o problema a ser enfrentado é a tutela do direito.

Conseqüentemente, a atuação dos tribunais deve partir do e culminar no direito a ser tutelado. A busca pela proteção dos direitos, especialmente quando envolver a interferência em políticas públicas, deve, portanto, adotar o minimalismo judicial, não cedendo à tentação de ir além do necessário para o cumprimento do papel constitucionalmente atribuído à jurisdição. Não cabe ir além da proteção do direito em jogo.

Pensar a partir do problema, todavia, não impede o juiz de buscar compreender o direito de modo aberto, permeável à realidade social, pelas possibilidades de garanti-lo e pelo esforço empregado pelos responsáveis por sua concretização. Como afirma Liebman<sup>271</sup>:

O juiz deve tentar entender a norma em todo o seu significado, não apenas em conexão com o inteiro ordenamento e preenchendo as eventuais lacunas da lei, como repensando a própria norma no contexto de uma realidade social em contínua evolução e por isso carregada de novas exigências e valores novos.

É necessário que se mantenha o foco no direito, para que o juiz não se perca em projetos mirabolantes de enfrentamento dos problemas públicos com base em sua opinião individual, situação que seria ou ditatorial ou quixotesca.

Todavia, ao mirar os direitos é possível que o julgador encontre em seu foco uma política pública, que exige ser sindicada para que se possa proferir uma decisão justa sobre o interesse vindicado. Sem perder o foco – ou até mesmo para mantê-lo – o juiz deverá visualizar se aquele direito é, ou deveria ser, contemplado por uma política pública.

---

<sup>271</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I. Tocantins: Intelectos, 2003, p. 24

## 6 ANÁLISE PROCEDIMENTAL DA FORMAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

O presente capítulo gira em torno de três ideias centrais: *i.* o Judiciário deve atuar para garantir um procedimento constitucional e legalmente adequado; *ii.* a inexistência de um procedimento adequado aumenta as possibilidades de um controle substantivo; *iii.* é necessária a autocontenção, para evitar danos à democracia pelo desrespeito judicial à cidadania eleitoral.

Como analisado no capítulo 3, o ciclo das políticas públicas envolve a formação da agenda, a construção da decisão, sua implementação, além da avaliação. Diversos atores participam desse processo de planejamento, levando seus interesses e perspectivas para a arena política.

No âmbito da arena, negociações e barganhas se desenvolvem com o objetivo de se alcançar um consenso, que “*resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses.*”<sup>272</sup>. Nessa disputa, é possível que alguns interesses não sejam considerados, seja porque o processo é dominado por atores capazes de limitar os participantes do debate, seja por limitações intrínsecas ao processo, como o tempo e as condições materiais de participação.

O fato é que, muitas vezes, a Política não obtém êxito em cumprir sua função de organizar “*as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas.*”<sup>273</sup> Esses vícios do processo político eivam o ciclo de políticas públicas de falhas capazes de provocar danos à democracia e à adequação técnica da política.

Quando essas falhas procedimentais provocam lesão ou ameaçam direitos, o Judiciário, uma vez provocado, tem o dever de tutelá-los. Essa proteção aos direitos pode ocorrer com a sua adjudicação diretamente pelo juiz, cuja atuação interferirá no objeto final da política pública, de modo a entregar ao jurisdicionado aquilo que o julgador considera ser o resultado obrigatório do planejamento social. Nesses casos, o *iter* tem menor relevância, pois a atuação judicial se preocupará exclusivamente com resultado da atuação política.

---

<sup>272</sup> HÄRBELE, *op. cit.* (Hermenêutica...), p. 51.

<sup>273</sup> ARENDT, *op. cit.*, p. 24.

Esse comportamento, entretanto, deixa transparecer uma postura pouco cooperativa, fechada ao diálogo institucional, pois desconsidera o debate dos demais atores políticos sobre a concretização de um direito e ignora que essa tutela apenas é possível como resultado de um processo político. Os direitos, mesmo os de matriz constitucional, são influenciados, modelados e instituídos, por meio de um procedimento deliberativo, com a participação de inúmeros atores políticos.

Assim, o esforço inicial de uma jurisdição cooperativa deve ser o de corrigir os vícios procedimentais do ciclo da política pública, de modo a garantir condições para que os atores integrantes da arena possam construir suas respostas aos problemas públicos e, como consequência, concretizar os direitos prometidos pelo ordenamento. Apenas no caso de impossibilidade de proteção procedimental, deve o juiz interferir diretamente no resultado da política.

Na análise procedimental, é possível identificar dois elementos: observâncias das condições procedimentais democráticas; e respeito à cidadania eleitoral.

### 6.1 Cidadania eleitoral

O respeito às deliberações tomadas pelos políticos eleitos, bem como pela estrutura burocrática construída por meios das decisões políticas não é apenas uma garantia democrática institucional, mas configura, ao lado de outros direitos fundamentais, uma garantia individual, traduzida na forma de uma *cidadania eleitoral*.

A ideia tem origem em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na qual se afirmou a existência de uma cidadania eleitoral, que confere ao cidadão o direito de ser governado pelos representantes eleitos pela sociedade. O voto transmite poder ao vencedor da eleição, o qual apenas pode ser delegado dentro de limites que não tornem sem eficácia o resultado eleitoral. Se os cidadãos, por garantia constitucional, podem escolher, por meio de votação, quem os governará, restaria superada essa proteção se o eleito delegasse a um terceiro a função de governar.

No caso Maastricht<sup>274</sup>, de 12 de outubro de 1993, o Tribunal Constitucional Federal Alemão apreciou a constitucionalidade do ato do

---

<sup>274</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 89, 155. Julgado em 12/10/1993. Disponível em <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>, acesso em 14/01/2015.

Parlamento que aprovou o tratado fundador da União Europeia e criador da moeda comum para os países do bloco (Tratado de Maastricht). A corte reconheceu a constitucionalidade da adesão da Alemanha ao tratado, mas estabeleceu algumas restrições, mais tarde reafirmadas no caso Lisboa<sup>275</sup>, relacionadas aos limites à delegação da atividade política parlamentar à União Europeia.

O Tribunal afirmou que os tratados estavam em harmonia com a Lei Fundamental de Bonn, desde que respeitado o princípio democrático, especialmente o direito ao voto, que não seria limitado à participação nas eleições, sendo certo que a legitimação formal do poder do Estado não se esgota nas urnas, pois o conteúdo básico e democrático dos direitos do eleitor inclui a garantia de uma efetiva soberania popular.<sup>276</sup> O direito dos cidadãos eleitores proíbe o enfraquecimento do poder atribuído ao Estado por meio da eleição, proscrevendo a transferência de deveres e responsabilidades do Parlamento, por extensão do princípio democrático.<sup>277</sup>

Posteriormente, em 2011, no caso Euro, a corte tornou a afirmar que o direito a um parlamento eleito protege os cidadãos eleitores contra a perda de substância de seu poder normativo, fundamental em um Estado Constitucional, impedindo uma delegação muito extensa ou total dos deveres e poderes do parlamento.<sup>278</sup> No caso, foram interpostas reclamações constitucionais contra medidas alemãs e europeias tomadas como estratégia para contornar os efeitos de uma crise econômica. Em atendimento a um acordo internacional, os congressistas alemães aprovaram uma lei que autorizava o país a oferecer garantias de gigantesco valor a um fundo criado para garantir a estabilidade financeira e monetária europeia.

---

<sup>275</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. 2 BcE 2/08. Julgado em 30/06/2009. Disponível em <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>, acesso em 14/01/2015.

<sup>276</sup> GAIER, Reinhard. Análise do recente acórdão do Tribunal Constitucional Federal sobre a estabilização da moeda comum europeia. Tradução de Márcio Flavio Mafra Leal. In Cadernos do CEJ nº 28 – III Seminário Internacional Brasil-Alemanha. São Paulo, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários.

<sup>277</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 89, 155. Julgado em 12/10/1993. Disponível em <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>, acesso em 14/01/2015.

<sup>278</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. 2 BvR 987/10. Julgado em 07/09/2011. Disponível em <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>, acesso em 14/01/2015.

Ao apreciar a constitucionalidade da medida, o tribunal decidiu ser impossível delegar a utilização de volume tão grande recursos, sem qualquer participação do parlamento, sob pena de afetar a capacidade de atuação dos representantes eleitos, que restariam impedidos ou com sérias dificuldades para implementar outras medidas, essas decorrentes das deliberações democráticas. Por isso afirmou o Tribunal que a lei apenas pode ser considerada constitucional se cada assunção de ônus financeiro for submetida à comissão parlamentar de orçamento. Mais que isso, o Tribunal Constitucional Federal conclamou o Parlamento a ter participação ativa nesses debates, levando a sério sua responsabilidade constitucional<sup>279</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal, ao afirmar a ampla extensão da cidadania eleitoral, concedeu aos cidadãos uma compensação pela perda de influência decorrente da transferência de poderes soberanos para a União Europeia<sup>280</sup>.

Apesar dos três casos versarem sobre a constitucionalidade da adesão da Alemanha a acordos internacionais, é possível extrair do posicionamento do Tribunal Constitucional Federal uma diretriz aplicável em outros contextos: o limite para a transferência do poder decisório das autoridades democraticamente eleitas é aferido de acordo com a perda de influência dos cidadãos no processo decisório ou, especificamente, na criação, implantação e avaliação da política pública.

A aplicação do referido critério ao controle judicial de políticas públicas indica que, ao avaliar os planos sociais elaborados pelas instâncias majoritárias, o Judiciário deve estar atento às limitações que sua atuação pode provocar na influência do cidadão no planejamento social. Em outras palavras, o juiz deve estar atento para não anular ou reduzir exageradamente o direito do cidadão ser governado por políticos eleitos e não pelo Judiciário.

---

<sup>279</sup> SCHWEIZER, Kerstin. A integração europeia e o papel do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In Revista NEJ, vol. 16, n. 3, p. 295-304/ set-dez 2011. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3413/2119>>, acesso em 15/01/2015.

<sup>280</sup> RECKER, Sebastian. Case note – Euro Rescue Package Case: the German Federal Constitutional Court protects the principle of parliamentary budget. In German Law Journal, volume 12, n. 11, p. 2071-2075. Disponível em <[http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_2071-2076\\_Recker%20FINAL.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_2071-2076_Recker%20FINAL.pdf)>, acesso em 15/01/2015

Desse modo, tendo sido oferecidas reais oportunidades de participação democrática, deve existir maior deferência judicial, pois o direito de influenciar a decisão política foi observado no processo político. Entretanto, se o processo decisório é viciado, não oferecendo chances de os cidadãos, direta ou indiretamente, influenciá-lo, abre-se maior possibilidade de atuação judicial, uma vez que a influência restou obstada ainda nos ciclos políticos.

Como corolário, a cidadania eleitoral exige que, havendo possibilidade de correção do vício no processo político, deve essa medida ser priorizada em detrimento de uma adjudicação direta do direito pelo Judiciário.

## 6.2 Condições procedimentais democráticas

Em um Estado Democrático de Direito, a abertura democrática do ciclo das políticas públicas é uma exigência para sua legitimidade e validade, motivo pelo qual a viabilização de ampla participação de todos os atores interessados, especialmente os da sociedade civil, tem grande significado.

Essa participação, todavia, não se restringe a uma autorização formal, devendo envolver a viabilização concreta de integração ao debate travado na arena política, com liberdade e igualdade de oportunidades entre os atores<sup>281</sup>.

Como esclarece Charles Tilly, a democracia pode ser analisada de acordo com quatro abordagens. A abordagem constitucional é a que se concentra no processo político de elaboração das leis, permitindo identificar a presença de oligarquias, monarquias, repúblicas ou outras formas, pela comparação dos arranjos legais. Já a abordagem substantiva é focada nas condições de vida e de política, avaliando se o regime as promove de modo efetivo. As abordagens procedimentais são focadas na verificação das práticas eleitorais. Há, ainda, as abordagens voltadas para o processo, as quais “*identificam um conjunto mínimo de processos que precisam estar continuamente presentes para que uma situação possa ser considerada democrática*”<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação da deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>282</sup> TILLY, Charles. *Democracia*. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 23.

Este tópico relaciona-se com as últimas abordagens (procedimentais), que têm em Robert Dahl um de seus representantes. Dahl aponta cinco critérios para a caracterização de democracia<sup>283</sup>:

Participação efetiva. Antes da política ser adotada pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para tornar conhecidas aos demais a sua visão sobre como a política deveria ser.

Igualdade de voto. Quando chega o momento em que a decisão sobre a política pública será finalmente tomada, cada membro deve ter oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis para o momento, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas relevantes e suas consequências.

Controle da agenda. Os membros devem ter oportunidades exclusivas de decidir como e, se escolherem, que matérias devem ser colocadas na agenda. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios precedentes nunca é fechado. As políticas da associação sempre são sujeitas a mudanças por parte de seus membros, se eles assim escolherem.

Inclusão dos adultos. Todos, ou pelo menos a maioria, dos adultos com residência permanente devem ter plenos direitos de cidadão que estão implicados os primeiros quatro critérios. Antes do século XX esse critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia.

É importante destacar que a análise feita neste tópico reflete uma discussão menor que a definição de um regime democrático. O que se busca não é definir as condições da democracia ou avaliar se um Estado é, ou não, democrático. O foco do debate que interessa a esta tese é se a formulação das políticas públicas obedeceu, ou não, a parâmetros democráticos. Trata-se de análise importante para direcionar a atuação judicial, seja para impedir a exclusão de atores do processo político, seja para compensar eventuais falhas procedimentais.

Com inspiração nas condições democráticas de Dahl, é possível identificar as exigências para um procedimento de formação e implementação de políticas públicas democraticamente legítimo. A *participação efetiva* e a inclusão dos

---

<sup>283</sup> DAHL, Robert A. *On democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998, p. 37. Tradução livre.

adultos expressam as *condições para a cooperação no processo político*. A possibilidade de *controle da agenda* é também uma condição para uma política pública democrática. Já a *igualdade de voto* e a *inclusão dos adultos* podem ser consideradas dentro da exigência de *igualdade de oportunidades de influenciar a decisão*, condição relacionada com a fase da construção da política. Corolário da igualdade, a *valorização do princípio da subsidiariedade* exige a inclusão dos atores locais e regionais, de modo especial, no processo de implementação. Por fim, uma outra exigência procedimental é a existência de *condições de avaliação*, para as quais contribui decisivamente o *entendimento esclarecido*. Como será detalhado, esses são os critérios de aferição da adequação democrática no ciclo de políticas públicas.

#### 6.2.1 Condições para a cooperação

A arena política deve oferecer oportunidades para que todos os atores interessados exponham e defendam seus projetos para a formulação do plano social, apresentando aos demais “*sua visão sobre como a política deveria ser*”<sup>284</sup>.

Trata-se de abertura que deve estar presente em todas as etapas do ciclo de políticas públicas, não se esgotando na formal possibilidade de participação, mas promovendo as chances de uma efetiva atuação dos atores no processo político.

Para tanto, é necessário o estímulo à cooperação de todos, por meio de condições que promovam a participação. O modelo cooperativo de deliberações democráticas<sup>285</sup> indica as condições necessárias a essa efetiva participação: liberdade e igualdade. Ambas, porém, devem ser consideradas não apenas como funções imediatas da deliberação, mas, também, como instrumentos de estímulo à cooperação. Isso significa que, mesmo quando não relacionadas diretamente com o ciclo da política pública, as exigências de liberdade e igualdade podem ser fundamentais para que os atores sintam-se comprometidos com as deliberações.

---

<sup>284</sup> *Ibid*, p. 37. Tradução livre.

<sup>285</sup> SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 156.

Desse modo, tanto a liberdade, como a igualdade devem ser consideradas como condições para cooperação democrática, como bem expressou Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>286</sup>:

As liberdades protegidas pela democracia deliberativa não são apenas aquelas que exercem uma função imediata no processo democrático. A autonomia privada, em sua dimensão não imediatamente política, também está incluída, pois as pessoas só se dispõem a cooperar quando seus projetos de vida razoáveis são tratados como dignos de igual respeito. (...)

A igualdade também não é interpretada de modo simplesmente procedimental. A democracia deliberativa exige não só a igualdade de “possibilidades” para participar da vida pública, mas também a igualdade de “capacidades” para fazê-lo efetivamente (...)

Desse modo, o Judiciário, como ator externo à arena, deve controlar a participação leal<sup>287</sup> dos diferentes grupos no ciclo da política pública, corrigindo falhas procedimentais e buscando soluções hermenêuticas capazes de compensá-las.

### 6.2.2 Controle da agenda

Os atores políticos, nos quais se inclui a sociedade civil, devem ter oportunidades de definir quais matérias devem ser colocadas na agenda. Assim, é necessário oportunizar sua participação nas duas etapas da formação da agenda, analisadas no capítulo 3: *i.* identificação dos problemas públicos e *ii.* seleção dos que mereceram atenção estatal.

A formação da agenda é essencialmente uma atividade política, não havendo normas jurídicas detalhadas que especifiquem seu procedimento ou exauram seu conteúdo. É certo que há regramentos que alcançam parcialmente essa atividade, merecendo destaque as regras orçamentárias, determinantes da viabilidade da ação estatal. Entretanto, a inclusão no orçamento consiste em uma etapa posterior à decisão de inclusão da política pública na agenda institucional. Se está sendo deliberada a verba para o enfrentamento de um

---

<sup>286</sup> *Ibid*, p. 296-297.

<sup>287</sup> HÄRBELE, *op. cit.* (Hermenêutica...), p. 46.

problema é porque em um momento anterior decidiu-se que a questão é um problema público que deve ser objeto de um plano social.

É necessário investigar, portanto, a existência de parâmetros jurídicos para a identificação e a escolha de um problema a ser enfrentado por meio de um plano social (política pública), capazes de respeitar as deliberações políticas e democráticas. A tarefa não é simples, pois ao mesmo tempo em que não se pode imaginar a existência de um espaço absolutamente livre do Direito, são necessários freios aos meios “não políticos” de controle da atividade estatal, a fim de que o resultado da disputa na arena política seja preservado, mesmo quando houver distanciamento entre as agendas pública e institucional. É necessário que se compreenda que o Estado não é obrigado a – e não tem meios para – tratar de todos os problemas públicos, sendo necessária a construção de uma ordem de prioridade, tendo como foro apropriado para tanto a arena da política competitiva.

Esse foi o raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, quando, ao apreciar um pedido de condenação de um município a construir um abrigo para menores carentes, afirmou que a “*municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.*”<sup>288</sup>

Também foi o reconhecimento de que existe liberdade das instâncias políticas na definição da agenda (isto é, na seleção dos problemas que devem ser enfrentados pelo Estado) que inspirou o Tribunal Constitucional Federal Alemão no famoso caso *numerus clausus*, de 1972, no qual foi cunhada a expressão *reserva do possível* (*vorbehalt des möglichen*). Ao realizar o controle concreto de constitucionalidade de dois casos apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, que discutiam a possibilidade de criação judicial de vagas na Faculdade de Medicina para contemplar estudantes

---

<sup>288</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 208.893/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 263.

que, apesar de preencherem os requisitos de acesso ao ensino superior, não conseguiram ocupar as vagas existentes, a corte alemã afirmou: <sup>289</sup>

mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros.(...) Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados. (...)

Nota-se que, na formação da agenda os conflitos encontram-se relacionados a um embate de interesses que oferecem diferentes respostas a dilemas morais e sociais, configurando estratégias distintas – às vezes antagônicas – para a condução do Estado e da vida social, a tal ponto que “*eleições são perdidas e vencidas com base nessas divergências*”<sup>290</sup>. A inexistência de uma resposta única (“a resposta”) na definição dos limites mínimo e máximo da atuação estatal cria a necessidade de, em um ambiente democrático, permitir que a vontade política defina a solução da controvérsia.

Entretanto, é importante notar que as políticas públicas são planos sociais que se inserem como fragmentos de outro plano de hierarquia superior. Desse modo, o planejamento realizado pela burocracia deve estar, *prima facie*, em harmonia com o plano do legislador, que, por sua vez, deve ser adequado ao plano com a hierarquia máxima: a política constitucional.

Assim, apesar da prevalência do aspecto político, é possível identificar parâmetros de regulação jurídica na formação da agenda, vinculando-os às etapas reveladas pelas políticas públicas. Esses parâmetros podem ser substantivos ou procedimentais. Os primeiros fixam as margens dentro da qual

<sup>289</sup> SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Henning e outros. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 663 e 665.

<sup>290</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 37.

a deliberação deve observar regras procedimentais adequadas. Já os procedimentais indicam como deve ser o comportamento dentro dessas margens.

Os parâmetros substantivos são: *i.* temas proibidos de figurar na agenda; e *ii.* temas obrigatórios na agenda. Entre essas margens é exigido o equilíbrio procedimental.

A primeira atividade na montagem da agenda é a identificação de um problema público, com o esforço de aferição das situações que *podem* ser objeto de atuação estatal. Essa discussão não é exclusivamente política, pois há proibições de natureza jurídica que devem ser observadas. Essas proibições objetivam tanto a proteção do indivíduo – não pode o Estado avançar de modo exacerbado contra a esfera jurídica individual –, quanto a proteção da sociedade contra o favorecimento indevido de atores específicos – o Estado não tem autorização jurídica para tratar de alguns problemas cuja solução deve ser buscada pelo próprio atingindo.

Por outro lado, há temas cuja inclusão na agenda não está submetida a avaliações discricionárias. Se a política de hierarquia superior – especialmente a constitucional – a insere de modo permanente na agenda, não há espaço para deliberações tendentes à sua exclusão. Ao se sagrarem vitoriosas nos embates da arena política superior, passam ao largo das deliberações, barganhas e negociações das instâncias de menor hierarquia. Os atores da política maior, reconhecendo a relevância dessas questões, estabelecem a obrigatoriedade de seu enfrentamento, como estratégia de economia de energia deliberativa e redução de riscos.

Os dois limites substantivos conformam uma moldura procedimental (*procedural framework*) dentro da qual as deliberações devem ocorrer<sup>291</sup>. Assim, o controle judicial não se destinaria a aferir se o direito pleiteado deve ou não ser adjudicado, mas se o procedimento administrativo decisório, no qual a decisão foi tomada, obedeceu à moldura procedimental.

Porém, no interior desse espaço aberto à deliberação, a política competitiva oferece oportunidades desiguais de participação, excluindo setores sociais do

---

<sup>291</sup> NEWDICK, Chistopher. Preserving social citizenship in health care markets: there may be trouble ahead. *McGill Journal of Law and Health*. Volume 2. 2008, p. 98.

processo de discussão, enquanto outros segmentos são supervalorizados<sup>292</sup>. Por isso, a formação da agenda tende a ser dominada por grupos de maior influência, impedindo, em regra, que os mais necessitados sejam incluídos efetivamente na arena política e exerçam pressão a favor de sua pretensão<sup>293</sup>.

Cabe ao Direito, diante desse cenário, aplicar ferramentas capazes compensar as desigualdades procedimentais não combatidas eficientemente pelos atores políticos, seja por ferramentas que imponham a valorização dos interesses dos subincluídos, seja por uma compensação posterior ao debate político<sup>294</sup>, pela sindicância do resultado extraído da arena.

### 6.2.3 Igualdade de oportunidade de influenciar a decisão

Como exposto no capítulo 3, a construção da política envolve as etapas de formulação e de decisão. Na primeira, são apresentadas estratégias relevantes e suportáveis para lidar com um problema público integrante da agenda institucional<sup>295</sup>. É o momento de acumulação de informações e de abertura de diálogos, tanto com a sociedade civil, quanto com especialistas<sup>296</sup>. Já a etapa da decisão consiste na escolha entre as alternativas viáveis apresentadas durante a formulação.

#### 6.2.3.1 Igualdade na formulação de propostas

Diante de um problema público, diversas soluções podem ser propostas. Os interessados devem ter a oportunidade de apresentar seu plano de enfrentamento, a fim de que possa ser submetido à avaliação da coletividade e dos responsáveis pela decisão.

---

<sup>292</sup> NEVES, *op. cit.*, p. 16.

<sup>293</sup> COBB; ELDER, *op. cit.* p. 897, disponível em [www.jstor.org/discover/10.2307/2128415?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101628090651](http://www.jstor.org/discover/10.2307/2128415?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101628090651), acesso em 20/12/2012

<sup>294</sup> HÄRBELE, *op. cit. (Hermenêutica...)*, p. 46.

<sup>295</sup> THEODOULOU, *op. cit. (The structure...)*, p. 290.

<sup>296</sup> THOMAS, H. G. Towards a new higher education law in Lithuania: reflections on the processo of policy formulation. In *Higher Education Policy*, v. 14, n. 3, p. 213-23. Disponível em <[www.palgrave-journals.com/hep/journal/v14/n3/pdf/8390181a.pdf](http://www.palgrave-journals.com/hep/journal/v14/n3/pdf/8390181a.pdf)>, acesso em 07/01/2015.

Ainda na etapa da formulação das políticas, é estabelecido o debate sobre sua viabilidade técnica e política. Desse modo, assim como há o direito à formulação de propostas, também deve ser dada a oportunidade dos atores apresentarem críticas aos projetos concorrentes, de natureza tanto técnica, quanto política. Em resumo, a participação efetiva exige, também, a oportunidade de manifestação quanto à viabilidade das políticas propostas.

Evidentemente, em uma sociedade complexa e plural, é impossível a abertura para a participação pessoal de todos os interessados na política. O critério, todavia, não depende de uma democracia direta para ser atendido. O relevante não é a formulação de proposta pelo indivíduo, mas, sim, a abertura para que todas as propostas sejam consideradas.

Consequentemente, a participação efetiva estará atendida se, na arena política, circularem propostas com as características dos planos elaborados e defendidos pelos atores políticos, ainda que não as tenham apresentado. Em outras palavras, se tiver sido apresentado à arena um plano semelhante ao que o ator político pretendia apresentar, já estará atendida a exigência de participação efetiva, ainda que um ator específico não tenha obtido êxito na apresentação de seu plano. Afinal, seus interesses já estão representados pela proposta semelhante, ainda que apresentada por outro ator.

#### 6.2.3.2 Igualdade na tomada de decisão

A tomada de decisão na política pública é um ato governamental, que independe de votação dos atores políticos, cuja participação pode ser limitada às negociações, barganhas e debates na arena política. O responsável pela decisão tem legitimidade democrática, decorrente dos votos dos eleitores ou da delegação realizada por um político. Dessa forma, a democracia não exige que todas as decisões sejam tomadas por meio de escrutínio. Entretanto, é necessário que seja garantida a oportunidade dos atores legitimamente influenciarem a decisão da autoridade.

Como já exposto no capítulo 3, a tomada de decisão é precedida da análise das propostas apresentadas pelos diferentes atores e a seleção daquelas consideradas viáveis, para submetê-las à decisão sobre qual delas será implementada. Diante de uma gama de projetos viáveis, deve ser escolhida a

alternativa política preferível para enfrentar o problema, o que envolve análise, debate, negociação e ações para promover uma solução em detrimento das demais.<sup>297</sup>

Assim, a decisão sobre a política pública a ser adotada está submetida a distintos critérios de decisão, que influenciarão o resultado da decisão, pois cada critério pode conduzir a uma resposta diferente a respeito de qual é a melhor opção. Logo, para viabilizar uma decisão racional, torna-se necessária a adoção de uma matriz multicritério, capaz de levar em consideração distintos parâmetros, representativos dos interesses envolvidos. Desse modo, torna-se a tomada de decisão mais aberta, explícita e inclusiva, demonstrando terem sido levados a sério os argumentos dos atores políticos.

Argumentos lançados a favor e contra as propostas devem ser verificados e incluídos na matriz multicritério. Em seguida, o responsável pela decisão deve avaliar o impacto que aquele critério terá na decisão. Restará atendida a igualdade de oportunidade de influenciar a decisão, ainda quando, apesar de considerado, o parâmetro receber peso zero, desde que a autoridade justifique sua decisão.

### 6.2.3.3 Valorização do princípio da subsidiariedade

Um procedimento democraticamente legitimado deve considerar, em todo o ciclo da política pública, o princípio da subsidiariedade, a ser ponderado com os demais princípios informativos do processo político. Trata-se de um corolário da *igualdade de oportunidade de influenciar a decisão*, aplicado, porém, de modo mais intenso na fase de implementação da política pública.

De acordo com Silvia Faber Torres, entende-se como princípio da subsidiariedade o

princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade.<sup>298</sup>

<sup>297</sup> THEODOULOU, *op. cit.* (The structure...), p. 292.

<sup>298</sup> TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34.

Apesar de sua importância em todas as etapas do ciclo da política pública, a subsidiariedade chama especial atenção durante a implantação da política, exigindo, na proporção da necessidade e da eficiência, a adoção do modelo *bottom-up*, em detrimento do *top-down*.

Em outras palavras, sempre que as necessidades e as exigências de eficiência autorizarem, a implementação deve ocorrer na modalidade *bottom-up*, valorizando-se a experiência e as aptidões dos atores locais, por estarem mais próximos do problema público.

Como explicado no capítulo 3, essa etapa do ciclo desenvolve-se em dois planos. Os atores centrais executam as decisões governamentais em um plano macro, enquanto no micro, a burocracia e o público alvo criam programas capazes de amoldar a política ao ambiente local, que envolvem decisões tomadas por esses atores responsáveis pela execução.<sup>299</sup>

Desse modo, na análise da política pública, deve ser observado se os atores mais próximos do problema foram envolvidos no processo, especialmente, na fase de implementação da política.

#### 6.2.4 Condições de avaliação da política

Em 22 de abril de 2014, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou o caso *Schuette v. BAMN*, declarando constitucional uma emenda à Constituição do Estado de Michigan, aprovada por votação popular, que proíbe ações afirmativas, por critérios raciais, para acesso a universidades públicas. O tribunal considerou que o ordenamento jurídico não confere ao Judiciário poderes para desconsiderar a vontade majoritária no que se refere ao acesso à universidade. Segundo o Justice Kennedy, o caso não versa sobre o mérito da política pública, mas sobre quem pode decidir, sendo certo que, com a aprovação da emenda, “os eleitores de Michigan exerceram sua prerrogativa de editar uma lei como um exercício básico de seu poder democrático, desconsiderando os agentes públicos que não se mostraram sensíveis às suas preocupações sobre a política de garantia de preferência baseada em raça”<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> MATLAND, *op. cit.*, p. 325-338.

<sup>300</sup> ESTADOS UNIDOS, U.S. Supreme Court. *Schuette, v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any*

Nesse importante paradigma, especialmente na manifestação do Justice Anthony Kennedy, é possível notar que a Suprema Corte reconheceu a falta de confiança tanto na decisão da Administração, quanto na do Judiciário e, mesmo do Legislativo, declarando a preferência pela decisão tomada com a participação direta da população.

Mesmo sujeita a diversos tipos de críticas, especialmente no que se refere à necessidade de proteção contramajoritária às minorias, a posição da Suprema Corte apresenta um importante elemento para o debate sobre o controle de políticas públicas e de decisões do Poder Público, que terão sua intensidade influenciada pelo grau de participação e controle social.

Como alerta Ana Paula de Barcellos<sup>301</sup>, o constitucionalismo busca promover três valiosos bens: limitação do poder político, direitos fundamentais e democracia. A atuação dos tribunais é decisiva – embora distante de ser exclusiva – nos dois primeiros, mas ineficiente na promoção do terceiro. Embora existam divergências nas inúmeras concepções de democracia como forma de exercício do poder político, há alguns conteúdos mínimos intrinsecamente relacionados ao debate democrático e, portanto, sempre presente em qualquer teoria sobre a questão. Dentre esses conteúdos mínimos, destaca-se a possibilidade de controle social: *“trata-se da possibilidade de o povo exercer algum tipo de controle não jurídico – isto é: não por meio de parâmetros jurídicos que venham a ser aplicados pelo Poder Judiciário – sobre a atuação dos agentes públicos”*<sup>302</sup>.

O controle social, todavia, encontra obstáculos muitas vezes insuperáveis como o desinteresse da população, a escassez de tempo e a percepção de falta de efetividade<sup>303</sup>, que promovem grande desestímulo à cooperação, vencido, apenas, em ocasiões cada vez mais raras, como nos protestos de junho de 2013 no Brasil.

Apesar dessas dificuldades – ou, especialmente, em razão delas – quando a sociedade civil se movimenta, seja para propor decisões, seja para criticar aquelas

---

Means Necessary (BAMN). Julgado em 22 de abril de 2014. Disponível em <[http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-682\\_5367.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-682_5367.pdf)>, acesso em 23/04/2014.

<sup>301</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Um debate para o neoconstitucionalismo: papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf>>, acesso em 23/04/2014.

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Ibid, p. 8-9.

que foram tomadas por agentes públicos, indicam uma redução ou mesmo ruptura com a confiança depositada nas instâncias decisórias, razão pela qual devem influenciar a demarcação dos limites da atuação dos tribunais.

Em suma, quando a sociedade participa do controle da política, fica reforçada sua legitimidade democrática, reduzindo-se, comparativamente, a confiança nas decisões tomadas por outras instâncias decisórias, como, por exemplo, a judicial. Logo, quanto maior o controle social, menor a sindicabilidade judicial. Por outro lado, quanto menor tiver sido o controle social, mais largas as fronteiras da atuação do juiz, pois, como afirma Hårbele, “*um minus de representação, acarreta um plus de controle*”<sup>304</sup>.

### 6.3 Prioridade do controle procedimental

A cooperação do Judiciário com o aperfeiçoamento das políticas públicas pode ocorrer de duas formas: *i.* aperfeiçoamento procedimental; e *ii.* controle do conteúdo.

Em um controle procedimental, o Judiciário não interfere no conteúdo da política, mas na forma como ela – ou parte dela – foi construída. Desse modo, o resultado do controle não é a adjudicação imediata do direito pleiteado, que passa a ser protegido de modo mediato, a partir do refazimento do procedimento político.

A judicialização cooperativa exige a prioridade do aperfeiçoamento do processo político, por meio de concessão de oportunidade de atuação dos atores da arena pública. A interferência no conteúdo da política pública somente deve ocorrer quando os ajustes procedimentais se mostrarem insuficientes para a proteção do direito, seja por resistência dos atores *intra* arena, seja pela impossibilidade de esperar pelas deliberações políticas.

A interferência no conteúdo da política pública, todavia, pode ocorrer em intensidades distintas. Em casos extremos, o Judiciário poderia substituir o plano elaborado na arena, fixando uma nova estratégia para o enfrentamento do problema público. Foi o que fez o Supremo Tribunal Federal ao editar o verbete nº 11 da súmula de sua jurisprudência vinculante:

---

<sup>304</sup> HÅRBELE, *op. cit.* (*Hermenêutica...*), p. 46.

só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte de preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

O Tribunal, focando o direito a um julgamento justo e à dignidade, substituiu a política do uso de algemas fixada pelas autoridades administrativas policiais, por uma nova estratégia para a efetivação de prisões. Considerou, desse modo, que no referido caso, a cooperação do Judiciário não deveria ocorrer por meio de diálogo ou de construção conjunta de uma nova política, mas por meio de uma intervenção mais drástica nas diretrizes traçadas pelos demais atores políticos.

Em outros momentos, a interferência na política pública ocorre por meio da adjudicação direta do direito postulado, porém sem a substituição do plano social elaborado pelos demais atores. Dito de outra forma, o Judiciário tutela o direito, apesar da política. Isso ocorreu com os verbetes n<sup>os</sup> 20 e 34 da súmula de jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, que determinam ao Poder Executivo a extensão aos servidores inativos de gratificações genéricas concedidas aos servidores ativos. O Tribunal não determinou a modificação da política remuneratória, tampouco buscou substituir os critérios decorrentes das deliberações na arena. Porém, reconheceu que a política adotada ofendia direitos dos inativos e, portanto, adjudicou-lhes diretamente o reajuste em seus proventos.

Há situações, porém, em que a contribuição do Judiciário, apesar de interferir no conteúdo da política pública, busca cooperar com os demais atores na construção de uma estratégia mais adequada ao enfrentamento do problema público. O Judiciário tutela o direito em cooperação com a política. Trata-se de uma aproximação forte com o controle procedimental, porém dele se distingue por estabelecer diretrizes materiais referentes ao conteúdo do plano. Um exemplo ocorreu no julgamento da constitucionalidade dos critérios para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, V da Constituição da República, o qual garante o pagamento de um salário mínimo ao idoso e à pessoa com deficiência sem condições de prover seu sustento ou tê-lo provido por sua família.

O Tribunal, na década de 1990, por meio de controle abstrato, havia declarado constitucional o critério de renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, previsto, na Lei Orgânica da Assistência Social, como parâmetro definidor da necessidade do auxílio<sup>305</sup>. Anos depois, em controle concreto, a Corte afirmou ter ocorrido um “*processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)*”<sup>306</sup>.

Na deliberação colegiada os julgadores discutiram se o Supremo Tribunal Federal deveria estabelecer, desde logo, um novo parâmetro, para substituir o critério indicado pelo legislador. Prevaleceu o entendimento, todavia, de que caberia ao Legislativo a fixação do novo critério de aferição da necessidade, que, entretanto, deveria considerar os parâmetros indicados pela Corte, especialmente a insuficiência da renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo no atual estágio econômico e social do país.

Verifica-se, portanto, uma abertura ao diálogo institucional, pois se o Judiciário deu a última palavra sobre inconstitucionalidade do critério legal, não o fez em relação ao parâmetro que deve substituí-lo, reconhecendo ser essa uma missão de outros atores políticos. É verdade que, os três casos (tutela por meio da substituição da política, tutela apesar da política e tutela em cooperação com a política) configuram formas do que Mark Tushnet chama de controle judicial forte, pois preservam a possibilidade do Judiciário declarar a inconstitucionalidade de normas legislativas e dar efetividade a essas decisões<sup>307</sup>. Todavia, a última situação, apesar da interferência no conteúdo da política, está conectada com maior força à ideia de uma judicialização cooperativa.

---

<sup>305</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1232, julgado em 27/08/1998, relator para acórdão Ministro Nelson Jobim.

<sup>306</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 580.963, julgado em 18/04/2013.

<sup>307</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. ix.

Situação equivalente ocorreu com a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre uma prestação de assistência social<sup>308</sup>. Os cidadãos questionavam o valor do benefício, pois consideravam que alguns direitos integrantes do mínimo existencial não estavam contemplados pela quantia fixada pelo legislador. Na realidade, para fixar o valor do benefício, o legislador considerava os gastos do indivíduo com uma série de necessidades básicas, mas deixava de incluir (ou incluía de modo incompleto) outras despesas.

O tribunal decidiu que o direito fundamental à dignidade humana, previsto no art. 1.1 da Lei Fundamental de Bonn, conjugado com o princípio do bem-estar social, contido no art. 20.1, garante a todos que precisem de ajuda as condições materiais para a vida física, bem como um nível mínimo de participação na vida social, cultural e política. Por outro lado, reconheceu que esse conjunto de garantias mínimas não é estanque. A lei que estabelece o instrumento para o atendimento a esse direito deve ser constantemente atualizada, ficando atenta ao nível de desenvolvimento da comunidade e às condições de vida.

Em primeiro lugar, o Tribunal realizou um controle procedimental, afirmando que a exclusão de qualquer parcela desse conceito de mínimo existencial deve ser motivada adequadamente, sob pena de ser considerada inconstitucional. Desse modo, ao considerar que a lei alemã não atendia aos critérios constitucionais, determinou que o Parlamento reeditasse a norma, considerando de modo realístico e exaustivo, em um procedimento transparente, com métodos confiáveis e plausíveis, quais despesas são necessárias para uma existência digna.

Porém, avançou sobre o conteúdo da política pública social, quando determinou que além da cobertura das necessidades típicas para a subsistência, deveria ser garantido um benefício adicional para os casos em que houvesse necessidades especiais. Assim, determinou que o Parlamento, ao reeditar a norma, incluísse a previsão do tratamento diferenciado das situações especiais.

---

<sup>308</sup> ALEMANHA. Bunderverfassungsgericht. Primeiro Senado. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09. Decidido em 09 de fevereiro de 2010. Disponível em <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209\\_1bv1000109.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html)>, acesso em 20 de março de 2010.

Essa análise permite notar que a prioridade do controle procedimental apresenta-se sob a forma de duas condições de cooperação: *i.* havendo possibilidade de uma efetiva tutela de direitos por um controle procedimental, este deve ser adotado em detrimento de um controle material; *ii.* sendo necessário um controle material, esse deve ser o mais próximo possível do controle procedimental.

## 7 AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE DECISÓRIA

A raposa sabe muitas coisas, mas o porco espinho sabe uma coisa grande.

*Arquíloco*

Isaiah Berlin utiliza o fragmento da obra do poeta grego Arquíloco para dividir os pensadores em dois grupos: raposas e porcos espinho. Enquanto os primeiros perseguem múltiplos fins, com diversas visões não necessariamente interligadas e, algumas vezes, até mesmo antagônicas, os demais relacionam todo o seu pensamento a uma visão central, um único sistema<sup>309</sup>.

Como exposto no capítulo 2, uma política pública consiste em um plano que contempla um curso de ações ou inações governamentais, para enfrentar um problema público. Como qualquer planejamento, trata-se de um produto incompleto, em constante adequação e adaptação, em razão do dinamismo dos fatos sociais. Esse plano é elaborado em um ambiente de múltiplos interesses, que competem, negociam e barganham na arena política, desde a fase da elaboração da agenda, até a sua avaliação, passando pela construção da política pública e sua implementação. A complexidade desse processo, a multiplicidade das variáveis e os diferentes reflexos das decisões, demonstram que as políticas públicas situam-se em um território de raposas, uma verdadeira síntese de visões e perspectivas distintas.

Por outro lado, conforme analisado nos capítulos 4 e 5, o Poder Judiciário atua na lógica dos direitos. A função jurisdicional tem como meta a tutela de direitos e os juízes, por missão institucional, atuam sob essa lógica, com essa visão. Trata-se de uma atuação conservadora, buscando precauções capazes de garantir uma atuação conforme essa lógica: um verdadeiro porco espinho.

Entretanto, quando os tribunais necessitam interferir em políticas públicas para garantir a proteção de um direito, projetam-se sobre um espaço que vai muito além da sua lógica. Interesses e visões pouco conectadas com a ideia de conservação de direitos compartilham o espaço com a visão central do

---

<sup>309</sup> BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy's view of history*. Nova York: Princeton University Press 2013, p. 1-2.

Direito, como, a título de exemplo, eficiência, lucratividade, cumprimento de metas, competitividade e pragmatismo. Ao visitar as políticas públicas com a sua lógica exclusiva, o juiz se transforma em um porco espinho no território de raposas.

É verdade que, em um plano ideal, moral e ética seriam os valores que deveriam orientar Direito e Política<sup>310</sup>. Todavia, no plano da realidade fática, esses valores competem por espaço e influência nas políticas públicas, dividindo a arena política com outros interesses, tanto de aspectos políticos (*polity*), quanto técnicos. Assim, a manobra do porco espinho, aparentemente eficaz para a proteção do direito, pode produzir consequências não projetadas pelo juiz – porém perceptíveis por outros atores políticos – capazes de produzir graves danos aos interesses que se pretendia tutelar.

Assim, ainda que na maior parte dos casos a jurisdição deva se inspirar no porco espinho, quando sua atuação envolver o controle de políticas públicas, o juiz deve estar atento às habilidades das raposas, buscando aproveitá-las para a construção cooperativa da melhor decisão. Para tanto, deve se conscientizar de que as raposas políticas não são predadoras naturais dos direitos, que devem ser combatidas pelo juiz porco espinho. Apesar de, em alguns momentos, haver graves embates entre ambos – razão pela qual o porco espinho deve estar sempre atento e pronto para se defender – é possível, também, a união de esforços entre eles, com o objetivo de, em cooperação, alcançarem as metas delineadas pela política constitucional.

Essa cooperação exige a avaliação da capacidade decisória dos diferentes atores da política pública, a fim de que seja fixada a prioridade da decisão tomada por aquele com maior capacidade para tanto. Em outras palavras, o juiz pode concluir que outro ator político tem melhores condições de decidir sobre um determinado tema, motivo pelo qual, sem abrir mão do exercício da jurisdição, pode priorizar a solução construída por aquele com maior capacidade decisória.

---

<sup>310</sup> DWORIN, Ronald. *Justice of hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

### **7.1 Capacidade decisória como elemento definidor do modo de cooperação judicial**

Como analisado no capítulo 2, a formação de uma política pública envolve uma série de atores, reunidos na forma da tríade políticos-burocracia-sociedade civil. Todavia, embora sob a influência – legítima ou não – desses atores, a decisão é tomada por uma agência governamental, indicada pelo *design* institucional, seja em razão de sua legitimidade democrática, seja em razão de sua capacidade técnica. O fato é que a atribuição da responsabilidade pela decisão pressupõe o reconhecimento da capacidade decisória do agente responsável.

Quando essa capacidade se demonstra reduzida ou inferior a outras agências com atribuições capazes de interferir na atividade umas das outras, é possível que se provoque uma crise de confiança e a consequente redução da legitimidade.

Observou-se no capítulo anterior a existência de uma preferência pelo controle procedimental, em detrimento do controle substantivo, que só deve ser empregado quando os ajustes no procedimento forem insuficientes para a tutela dos direitos em jogo.

Neste capítulo 7 esclarece-se que a capacidade decisória é um dos elementos autorizadores do controle judicial do conteúdo das políticas públicas, por ser um forte indicador da necessidade de uma interferência substantiva no plano social. Explica-se. Em alguns casos, para cumprir a missão decorrente da atividade jurisdicional, o juiz deve interferir nas políticas públicas, a fim de tutelar o direito prometido pelo ordenamento jurídico. Entretanto, é possível que essa interferência signifique a substituição da decisão da agência originalmente responsável pela ponderação das diferentes alternativas de solução para os problemas públicos. Ocorre que, apesar de ser seu foco e limite de atuação, o direito em julgamento é apenas uma das variáveis da equação, que envolve uma série de outras consequências. Modificar a decisão política para garantir o direito significa priorizar um valor sobre os demais. Assim, o risco dessa atitude é uma exagerada precaução

constitucional<sup>311</sup>, capaz de, para proteger direitos, causar graves prejuízos a outros objetivos da política constitucional.

Desse modo, ao ser chamado a decidir sobre uma política pública, o juiz deve analisar se tem capacidade para proferir uma decisão melhor que aquela que está sendo questionada.

No capítulo anterior, esclareceu-se que a contribuição do Judiciário com o aperfeiçoamento das políticas públicas pode ocorrer de duas formas: *i.* aperfeiçoamento procedimental; e *ii.* controle do conteúdo. Por outro lado, a cidadania eleitoral exige, sempre que houver possibilidade, a priorização do controle procedimental, tanto em sua modalidade pura, quanto quando mesclado com uma interferência substantiva na política. Em outras palavras, havendo possibilidade de uma efetiva tutela de direitos por um controle procedimental, este deve ser adotado em detrimento de um controle material; sendo necessário um controle material, esse deve ser o mais próximo possível do controle procedimental.

Neste capítulo 7 acrescenta-se um novo elemento na definição dos termos de cooperação entre o Judiciário e os demais atores da política pública, especialmente voltado para a análise da necessidade do controle do conteúdo. A definição do responsável pela decisão deve levar em conta a análise comparativa das capacidades decisórias dos potenciais *decision makers*.

Ao outorgar uma margem de decisão a um ator, o ordenamento jurídico, por meio de uma comparação entre as aptidões para decidir, manifesta sua confiança em uma específica entidade governamental, por considerá-la a que tem maior probabilidade de tomar a decisão correta. Considerando aspectos técnicos e políticos, o *design institucional*, em regra elaborado pela Constituição, atribui à entidade na qual reconhece a maior aptidão, o dever de decidir sobre determinada matéria.

Como afirma Vermeule, a Constituição estrutura o poder do governo e o aloca em agências por ela própria constituídas. Para tanto, identifica, compara e pondera as vantagens e desvantagens decorrentes dos diversos *designs* institucionais e formas de alocação de poder nas instituições, permitindo a escolha que ofereça menor risco político, os quais decorrem da alocação de

---

<sup>311</sup> VERMEULE, op. cit. (The constitution...), 2014.

poder entre autoridades e entidades governamentais, bem como do comportamento estratégico das pessoas que as integram. Esse comportamento é definido à luz do que antecipam como comportamento de outros atores<sup>312</sup>, conforme aquilo que Luhmann chama de dupla contingência<sup>313</sup>.

Evidencia-se, portanto, o aspecto pragmático e consequencialista na atribuição do poder-dever de decidir. Não há postulados categóricos na justificação dessa escolha. Seu fundamento é de ordem gerencial, buscando o resultado mais eficiente na promoção dos interesses tutelados pelo ordenamento. Logo, diante das limitações de alguns e da aptidão de outros, direciona-se a confiança àquele que tem melhores condições de decidir.

[...] na esfera política, supõe-se que ela [a confiança] preencha o vazio derivado das dificuldades das pessoas comuns em mobilizar os recursos cognitivos necessários para avaliar e julgar a qualidade das complexas decisões políticas que afetam as suas vidas; nesse caso, ela envolve a crença e as expectativas das pessoas a respeito das funções singulares atribuídas às instituições no regime democrático, algo diretamente relacionado com sua qualidade.<sup>314</sup>

Mas a confiança na capacidade de decidir que fundamenta a escolha da instância política decisória, também justifica a atuação judicial. A desconfiança nas instâncias políticas é constantemente suscitada como forma de legitimar a judicialização, tendo em vista o reconhecimento das imperfeições dos processos de tomada de decisões. Luís Roberto Barroso, ao tratar das causas da judicialização, elenca entre elas a: “*desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral*”.<sup>315</sup>

Em uma paradoxal, porém lógica, equação, afirma-se que o Estado precisa ser controlado, em razão da desconfiança provocada pela probabilidade de captura por interesses privados, corporativistas ou clientelistas<sup>316</sup>; assim,

<sup>312</sup> *Ibid.*, visualizações 101-170.

<sup>313</sup> LUHMANN, *op. cit.* (*Sociologia...* v. I).

<sup>314</sup> MOISÉS, José Álvaro. *A confiança e seus efeitos sobre as instituições democráticas*. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 9.

<sup>315</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ, v. 2, n. 21, jan/jun. 2012.

<sup>316</sup> OLIVEIRA, Ricardo de. *Gestão pública: democracia e eficiência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 53.

para continuar a confiar nas decisões do Estado, é necessário controlá-lo, em típica atitude de desconfiança.

Portanto, a capacidade decisória é determinante na fixação dos limites da atuação dos juízes. Isso porque, quanto maior a confiança nos atores da arena política, mais estreitos os limites da judicialização. No sentido oposto, uma maior confiança depositada nos juízes aumenta a sindicabilidade judicial.

O reconhecimento da aptidão decisória da arena pública, porém, não acarreta a renúncia ao poder jurisdicional, pois a decisão política continua submetida ao controle judicial, a quem caberá avaliar sua adequação à política constitucional. Esse controle envolve dois tipos de juízos: *i.* aferição da observância das margens de decisão; e *ii.* avaliação da qualidade da decisão.

A primeira exigência sempre estará aberta a um irrestrito controle judicial, pois consiste na aferição da observância das margens de decisão abertas pelo ordenamento jurídico aos atores políticos. Ultrapassada essa fronteira, necessariamente haverá um comportamento antijurídico da autoridade governamental, que deve atuar exclusivamente dentro do campo autorizado. Extrapolá-lo significa atuar de modo ilegítimo, passível de correção judicial. Aqui, o juiz assume de modo intenso o papel de porco espinho, armando-se contra investidas de argumentos como os de natureza econômica ou de razão utilitarista.

Entretanto, mesmo entre as margens de decisão há limites para a atuação do *decision maker*, uma vez que a decisão deve ser a mais adequada para a solução do problema público, sem gerar lesão ou ameaça de lesão a direitos. O que se sustenta nesta tese é que essas limitações internas – assim chamadas por estarem dentro das margens decisórias – são diretamente relacionadas à confiança: quanto maior a confiança no ator político em comparação com o Judiciário, menor a será a sindicabilidade judicial; por outro lado, quanto menor a confiança na atuação dos demais atores, maior deve ser a intensidade do controle realizado pelos tribunais.

Em princípio, exige-se a deferência judicial à solução adotada pelo processo político, por ser abstratamente reconhecida como a mais apta a construir e aplicar políticas públicas. Entretanto, quando restar abalada a confiança na aptidão decisória do ator indicado pelo *design* institucional, surgirá o poder-dever do Judiciário avaliar de modo mais intenso a qualidade da decisão advinda da arena política.

A capacidade decisória é, portanto, o elemento fundamental na definição do limite da atuação judicial, devendo a análise de seu grau ser adotada como instrumental para definir os limites da atuação dos juízes.

Se a comparação entre a capacidade decisória decorrente do processo político e aquela vinculada à atividade jurisdicional indicar uma prevalência da primeira, deve o juiz, em atitude de autocontenção, restringir-se a avaliar a observância das margens de decisão, bem como os aspectos procedimentais da construção da política. Entretanto, caso a capacidade decisória do Judiciário seja superior à dos demais atores políticos, abre-se a possibilidade de controle do conteúdo da política pública, avaliando-se as escolhas do *decision maker*.

A análise da capacidade decisória do juiz é extraída de elementos gerais da característica da atividade jurisdicional, bem como de aspectos institucionais específicos. Desses elementos é extraída a confiança no Judiciário. Como afirma Aharon Barak, a confiança pública no juiz é uma condição essencial ao desempenho de seu papel e decorre da independência, justiça e imparcialidade judiciais, assim como pelo fato de que não estão lutando pelo seu poder, mas para proteger a constituição e a democracia<sup>317</sup>.

## 7.2 Margem de decisão

As políticas públicas, como qualquer plano, exigem a tomada de decisões, tanto sobre os problemas públicos a serem enfrentados (agenda), quanto sobre a definição das estratégias para o enfrentamento (construção da decisão).

Não existe, porém, uma liberdade absoluta para essa decisão. Ao contrário, a agência decisória deve atuar dentro de margens mais ou menos estreitas, que podem variar em razão da legitimidade democrática do ator político, sua capacidade institucional, bem como a matéria em questão.

Considerando a *political nexus triad*, analisada no capítulo 2, os fornecedores da política pública dividem-se em políticos e burocratas, que produzem os planos com a participação dos próprios destinatários, membros da

---

<sup>317</sup> BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 109.

sociedade civil. A fase da decisão, portanto, fica concentrada nos agentes governamentais, os quais devem tomá-la dentro das margens autorizadas pelo ordenamento.

Por esse motivo, é necessário aferir a margem de decisão dos políticos e a margem de decisão dos burocratas, com a finalidade de definir os limites autorizados pelo ordenamento.

### 7.2.1 Margem de decisão dos políticos.

A decisão política é atividade que se inicia com atores legitimados pela vontade da maioria (políticos), mas com eles não se encerra. Dito de outra forma, as decisões públicas devem ser tomadas, *prima facie*, pela vontade majoritária, expressada por meio da lei, mas pode ser delegada a outros agentes, desde que respeitados a cidadania eleitoral.

Porém, mesmo os políticos têm um campo limitado que restringe suas possibilidades de decisão. Obviamente, sua liberdade para decidir é, em regra, significativamente maior que a dos demais atores do ciclo das políticas públicas. Mas, ainda assim, sua atenção deve respeitar as fronteiras do ordenamento jurídico.

Na categoria “políticos”, da *political nexus triad*, estão inseridos tanto os atores eleitos, quanto aqueles designados politicamente. Como políticos eleitos são considerados os chefes dos Poderes Executivos, bem como os membros dos Poderes Legislativos. Os designados politicamente são aqueles que assumem a posição na arena política por força de relação com o político eleito, sendo variável a intensidade dessa relação.

A margem de decisão dos políticos está intimamente relacionada com sua legitimação democrática, decorrente do processo eleitoral, representativo da vontade majoritária. Quanto mais próximo dos políticos eleitos, maior a legitimidade *prima facie* do poder decisório, como corolário dos direitos da cidadania eleitoral.

Assim, ampla margem decisória é conferida à atuação dos membros dos Legislativos e dos chefes dos Executivos Federal, Estaduais e Municipais. O *design* institucional, entretanto, pode distribuir competências, estabelecendo

divisões horizontais e verticais, de acordo com análise da política constitucional a respeito da capacidade decisória dos políticos eleitos.

No plano vertical, a distribuição de competências no âmbito federativo indica a confiança da política constitucional nas decisões das três esferas da Federação. Nessa análise, não é considerado apenas o potencial de decidir uma situação específica, porém uma análise macro da capacidade decisória, que considera, inclusive, as vantagens e desvantagens de uma homogeneização da política pública. Em alguns casos, a política constitucional considera mais adequado que o problema público seja enfrentado com a mesma estratégia em todo o país, motivo pelo qual reconhece nos políticos federais os únicos com capacidade de construir a política pública. Em outros momentos, o *design institucional* impõe a valorização de aspectos locais, sendo os políticos municipais os mais aptos à elaboração do plano.

A política constitucional também estabelece uma distribuição horizontal de competências, outorgando atribuições políticas entre Legislativo e Executivo. No caso brasileiro, o *design institucional* confere prioridade ao legislador, sendo o princípio da legalidade um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito. Entretanto, permanece um amplo campo aberto às decisões políticas do Executivo, seja pela possibilidade de sua atuação no processo legislativo (*e.g.*: medidas provisórias, leis de sua iniciativa, veto), seja por sua atividade regulamentar e de escolhas estratégicas na forma de execução da política pública.

Essa segunda hipótese de atuação dos políticos do Executivo (sua atividade regulamentar e de escolhas estratégicas na forma de execução da política pública) se estende àqueles designados politicamente (*e.g.*: ministros e secretários), que, todavia, vão encontrando margens mais estreitas para sua atuação.

Desse modo, todos os políticos – eleitos ou designados – têm uma margem dentro da qual podem decidir, fixada de acordo com a sua capacidade de tomar as melhores decisões, estabelecida de acordo com o *design* institucional. Esse desenho é estabelecido, inicialmente, pela Constituição, especialmente, no que se refere aos políticos eleitos. Por sua vez, os planos elaborados por esses atores vão delimitando os espaços de decisão dos políticos designados.

Percebe-se, portanto, que o controle das margens de decisão dos políticos não é um tema exclusivo da jurisdição constitucional, pois, além da Constituição, esses limites podem ser fixados pelo legislador e pelas autoridades administrativas. Assim, especialmente para os políticos designados, a avaliação da observância da margem de decisão aproxima-se radicalmente do modo de controle da margem de decisão burocrática.

### 7.2.2 Margem de decisão burocrática

Por uma exigência gerencial, a necessidade de superar a velocidade, a variedade e a especificidade dos fenômenos sociais impõe o municiamento da burocracia com uma *margem de decisão*. Essa não é uma novidade do debate político e jurídico atual<sup>318</sup>, nem uma exclusividade dos Estados Democráticos de Direito.<sup>319</sup>

Em diversos campos de normatização, é possível – e necessário – conferir uma margem de decisão à burocracia, a qual, além das fronteiras da política constitucional, também se submete a margens mais estreitas, decorrentes do princípio da legalidade e dos atos regulamentares de maior hierarquia.

Dito de outra forma, a subordinação à legalidade deve estar sempre presente, mas sem transformar a atividade administrativa em uma mera atividade de execução de leis. Ao contrário, a burocracia administrativa é portadora de uma vontade autônoma a ser manifestada concretamente para a realização das finalidades que lhe compete atingir.<sup>320</sup> Isso significa que, no caso concreto, a burocracia pode impor a sua vontade, desde que essa possibilidade tenha sido estabelecida abstratamente por um planejamento hierarquicamente superior, cuja origem está em um ato primário

---

<sup>318</sup> “É evidente a imprescindibilidade desse poder de livre manifestação de vontade, pois de outro modo não seria possível à administração acomodar-se à singularidade das situações concretas e, especialmente, desincumbir-se a contanto de assuntos para os quais sejam necessários suplementos técnicos que só ela própria tenha, e nunca o legislador.” In FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: D.A.S.P., 1960, p. 61.

<sup>319</sup> Aristóteles, ao discutir sobre as vantagens do governo das leis em relação ao governo de um homem, afirmava que os partidários do último sustentam que a letra fria da lei não é capaz de prever todas as situações fáticas dos casos particulares. Cf. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985, p. 110.

<sup>320</sup> FALCÃO, *op. cit.*, p. 59.

de origem legislativa, cuja aplicação pressuponha um ato concreto por parte da Administração.<sup>321</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade atribui à Administração Pública e à sua burocracia o papel de executar o programa previsto em uma lei, tornando-o mais concreto e aplicando-o a situações específicas. O comando legal manifesta-se como um plano geral e abstrato, motivo pelo qual não é capaz de regular integralmente todos os casos a ele submetidos, sendo inevitável a existência de situações sem uma definição prévia e absoluta do pressuposto fático de aplicação. Por esse motivo, cabe ao Executivo densificar a norma legal por meio de regulamentos, bem como decidir sobre aspectos não alcançados por uma reserva de lei.

Esse campo aberto à decisão administrativa, em muitos casos, não ficará restrito aos núcleos centrais da burocracia, se estendendo mesmo àquele agente mais próximo do público-alvo da política. Na medida em que surjam os problemas locais, os responsáveis pela implementação do plano maior devem elaborar soluções próprias, decidir por uma das soluções possíveis e implementá-la.

Decisões tomadas pela burocracia de maior hierarquia, com grande proximidade de atores políticos, solucionam alguns dos problemas da implantação da política estabelecida pelo legislador. Todavia, conservam abstração e generalidade, produzindo lacunas a serem colmatadas por escalões inferiores da Administração. Cada uma dessas instâncias elabora planos sobre a implementação dos planos superiores, para conseguir adequá-los à realidade específica. Assim, as margens decisórias ficam cada vez mais estreitas, mas permanecem existentes mesmo nas decisões cotidianas tomadas pelos burocratas “da ponta” (*street-level bureaucrats*), soando irrealista a expectativa de um *designer* político retirar de modo absoluto todo e qualquer grau de liberdade decisória dos escalões inferiores da burocracia<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução para o Espanhol de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, p. 182.

<sup>322</sup> MATLAND, *op. cit.*, p. 326.

Essa abertura à decisão administrativa decorre da necessidade de se manter o ordenamento jurídico *resiliente*<sup>323</sup>, capaz de evitar o efeito de *ressonância*<sup>324</sup>, adequando-se às necessidades sociais, porém, conservando a força da lei na condução dos destinos da sociedade. Ou seja, a margem de decisão administrativa, ao provocar a resiliência normativa, constitui antídoto contra a ressonância e permite o fortalecimento da legalidade e do Estado de Direito. O remédio, porém, deve ser administrado em doses adequadas, a fim de não provocar danos colaterais, decorrentes de uma atribuição exagerada de poder decisório à burocracia.

Essa margem de decisão burocrática pode decorrer tanto das dificuldades políticas para a implementação das políticas públicas, quanto de problemas técnicos, motivo pelo qual pode se apresentar de duas formas: discricionariedade administrativa e margem de apreciação<sup>325</sup>.

#### 7.2.2.1 Discricionariedade administrativa

A discricionariedade, tradicionalmente, identifica-se com o reconhecimento de um campo livre para a ação da Administração<sup>326</sup>, muito embora limitado e orientado pelo Direito. Desse modo, o burocrata não é livre para fazer prevalecer sua vontade. Limita-se a discricionariedade a reconhecer em um ator da Administração a instância decisória mais apta a tomar uma decisão concreta e específica, capaz de viabilizar a política pública.

---

<sup>323</sup> Sobre a resiliência do ordenamento jurídico, cf. DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional*. São Paulo: Direito GV, 2013.

<sup>324</sup> Ressonância é o fenômeno físico que faz com que um sistema oscile, produzindo vibrações de grande amplitude, com potencial de destruição de estruturas rígidas, não adaptáveis à força vibracional. O exemplo mais famoso do efeito de ressonância ocorreu com a Ponte de Tacoma Narrows. Construída no estreito de Tacoma (Washington, Estados Unidos), ficou mundialmente famosa por sua queda, em 7 de novembro de 1940, decorrente da ação do vento que a fez entrar em ressonância.

<sup>325</sup> É possível identificar uma terceira modalidade de abertura de margem de decisão administrativa: discricionariedade técnica. Todavia, para a finalidade desta tese, é suficiente e recomendado restringir a análise às duas modalidades tradicionais. Sobre a discricionariedade técnica, cf. SILVA, Fábio de Souza. *Discricionariedade técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial*. 2014. 191 f. Tese (Doutorado em Sociologia e Direito) – Instituto de Ciência Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

<sup>326</sup> Como exemplo, cf. FALCÃO, *op. cit.*, p. 60.

Quando a norma jurídica delega ao burocrata a atribuição de decidir sobre alguns aspectos do seu plano, especialmente quanto a questões de conveniência e oportunidade, cria-se uma margem de discricionariedade. Na verdade, abre-se um leque de opções para a decisão da burocracia, criando uma margem decisória composta por um determinado número de alternativas, igualmente lícitas, que o administrador pode adotar, seja para definir se deve atuar (discricionariedade de resolução), seja para a escolha de qual medida deve ser adotada, dentre aquelas contidas em um rol autorizado pela lei (discricionariedade de seleção).<sup>327</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define discricionariedade como “*faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*”.<sup>328</sup> A atuação burocrática fica, portanto, limitada às opções oferecidas pelo plano hierarquicamente superior, já incorporado ao Direito, indicando que a liberdade decisória seria balizada por alternativas, fora das quais a escolha seria antijurídica. Esse plano superior fixa as fronteiras que não podem ser ultrapassadas, mas, dentro das quais, há uma liberdade de escolha, cujo resultado é indiferente ao Direito: qualquer decisão tomada dentro do espaço fixado pelas normas jurídicas seria, em princípio, válida.

Isso porque, “*na discricionariedade administrativa não há, como na interpretação jurídica, a busca por uma solução [mas ...] uma pluralidade de decisões legítimas*”<sup>329</sup>. Dentro dos limites fixados pela lei, haveria liberdade para a Administração Pública, que não pode ser objeto de controle judicial<sup>330</sup>, o qual deve se limitar a aferir se as margens de decisão foram observadas, uma vez que, no

---

<sup>327</sup> MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2001, p. 48.

<sup>328</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 67.

<sup>329</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 146.

<sup>330</sup> BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo: margenes de discrecionalidad y de apreciación. In BLANKE, Hermann-Josef (coord.). ABERASTURY, Pedro (coord.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y europa*. Buenos Aires: Eudeba – Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 44.

campo aberto à sua decisão, o burocrata se deixa “guiar menos por considerações jurídicas, que por considerações de oportunidade”<sup>331</sup>.

Não é possível, todavia, considerar a escolha realizada dentro das margens de decisão como um total indiferente jurídico, soando contraditório com a ideia de um Estado de Direito afirmações como as que, supervalorizando a liberdade burocrática, sustentam que “*a medida adotada pelo órgão administrativo é conforme o Direito se se achar no âmbito da sua margem de discricionariedade, mesmo que outra fosse, eventualmente mais oportuna*”.<sup>332</sup>

Na verdade, os atores da política pública têm obrigação de decidir do modo mais adequado à concretização dos planos aos quais estão vinculados. Logo, dentro das margens de decisão, existe uma *diretriz maximizadora*, que os obriga a tomar a decisão mais adequada à satisfação da finalidade do plano social.<sup>333</sup> Isso significa que, além de estar balizada por um rol de alternativas admitidas pelo Direito, a decisão da burocracia deve ser a mais adequada a maximizar o interesse tutelado pela política pública.

Identifica-se, por conseguinte, o dever do burocrata de adotar a melhor decisão, de acordo com a sua avaliação discricionária, tendo em vista a diretriz maximizadora que orienta o manejo da margem de decisão administrativa. No mesmo sentido, afirma Afonso Rodrigues Queiró<sup>334</sup>:

Se, pois, uma autoridade administrativa não utiliza aquela medida que, em seu juízo, é a melhor para a prossecução do interesse público específico que lhe incumbe realizar, e, pelo contrário, utiliza outra que, sendo embora lícita, por fazer parte do quadro daquelas entre as quais ela pode escolher, não é, em todo o caso, aquela que a própria autoridade considerou a melhor para aquêlê fim, é-nos lícito concluir que essa autoridade não observou a lei, no seu mais profundo e íntimo sentido.

A capacidade de identificar qual é essa alternativa mais adequada é o que define a aptidão decisória do burocrata. Quanto maior sua aptidão, em comparação com a do Judiciário, menor a possibilidade de interferência no conteúdo da política pública determinado pela decisão burocrática.

---

<sup>331</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 356.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>333</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

<sup>334</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, número 97, julho/setembro 1969, p. 6.

### 7.2.2.1.1 Discricionariedade administrativa como aptidão para decidir em favor do interesse público

As políticas públicas têm como objetivo enfrentar um problema público, o que significa a existência de uma meta consubstanciada na proteção de um interesse da sociedade em combater situações capazes de lhe trazer malefícios.

No exercício da discricionariedade na implementação da política pública, o burocrata deve, portanto, identificar o interesse público tutelado e optar pela alternativa que o promova com maior intensidade. Deve, em outras palavras, escolher a solução mais oportuna considerando o interesse público no caso concreto.

Aqui é válido destacar que os cenários sociais apresentam, quase sempre, um plexo de interesses públicos e privados, muitas vezes de difícil identificação e segmentação. Por esse motivo torna-se necessário o esforço para revelar e classificar o interesse público, sendo apropriada a sua divisão em dois grupos: interesses específicos e interesses cooperativos.

A classificação proposta pouco tem a ver com a dicotomia tradicionalmente acolhida pela doutrina brasileira em interesses primários e secundários. Aproxima-se, mais, do critério proposto por Massimo Severo Giannini, para quem o interesse público pode *i.* relacionar-se com a atribuição ou a competência da autoridade administrativa ou *ii.* apresentar-se como um interesse sem relação direta com a atribuição conferida ao agente público específico<sup>335</sup>.

Também se aproxima do pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando distingue entre interesse público originário e derivado, sendo o primeiro a “*expressão do interesse geral ou do bem comum, cuja satisfação é constitucionalmente cometida ao Estado*” e o segundo, “*definido de modo imediato*”

---

<sup>335</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Volume 1. Milão: A. Giuffrè Editore, 1970, p. 479-480. Apesar de dividir o interesse público em primário e secundário, o autor atribui significado a essas expressões muito diferente da classificação tradicional referida no texto principal. Seria primário o interesse diretamente relacionado com a atribuição da autoridade e secundário todos os demais. O autor chega a afirmar que entre os interesses secundários estão, também, os interesses privados. Nesta tese, todavia, adota-se o entendimento de que os interesses privados apenas têm relevância para a escolha discricionária quando se identificam com algum interesse público, como ocorre, exemplificativamente, com a proteção dos direitos fundamentais, que apesar de individuais, têm uma dimensão pública.

*pela legislação infraconstitucional e, de modo mediato, pela administração pública*".<sup>336</sup>

Os termos "primário" e "secundário", assim como "originário e derivado" não representam adequadamente, todavia, o sentido proposto, pois transmitem uma ideia de valoração ou de hierarquia, inadequada para a classificação oferecida. Por esse motivo, é mais adequado falar-se em *interesse público específico e interesse público cooperativo*<sup>337</sup>.

Não se trata, portanto, de uma valoração dos interesses, tampouco de uma divisão entre interesses principais e acessórios, mas de uma classificação pautada em razão pragmática: é específico, para aquele agente público, o interesse para o qual recebeu, especificamente, atribuição ou competência para proteger. Cooperativos são os demais interesses que merecem proteção do Estado, mas que o burocrata apenas deve atender como forma de cooperar para o cumprimento das finalidades estatais. Logo, o que é interesse específico para um agente, pode não ser para outro (e.g.: para o burocrata do seguro social, o interesse específico é a proteção do segurado e de seus dependentes; para o técnico da Fazenda Pública, o interesse é o equilíbrio das contas governamentais; entretanto, o burocrata do seguro social deve cooperar para o equilíbrio financeiro do Estado, assim como o técnico fazendário tem o dever de agir cooperativamente para a promoção da segurança social).

A exigência de uma decisão mais adequada à satisfação da finalidade pública é, entretanto, difícil de ser aferida e controlada.

Logo, em um caso hipotético, em que há apenas um único interesse público envolvido, estar-se-ia diante de uma exigência de maximização desse interesse específico. Afinal, os burocratas só exercem adequadamente o seu poder discricionário quando decidem "*orientando-se pelo propósito de servirem da melhor maneira o interesse público específico a realizar, e procedam de acordo com a escolha assim efetuada*"<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> MOEREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

<sup>337</sup> SILVA (Fábio), *op. cit.*

<sup>338</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, número 97, julho/setembro 1969, p. 6.

Todavia, não se pode olvidar que as políticas públicas, em muitos casos, direcionam-se ao enfrentamento de um plexo de problemas públicos, voltando-se, portanto, à proteção de variados interesses públicos e privados relacionados com a atuação estatal.

Assim, apesar da existência de um ou alguns *interesses específicos*, mais facilmente percebidos, a autoridade deve estar atenta a todos os demais *interesses públicos cooperativos*, uma vez que sua atuação não pode ser míope, devendo ampliar a visão até o limite de suas possibilidades institucionais, a fim de valorar em sua decisão outros interesses além daqueles diretamente colocados a seu cargo, de modo a que os agentes públicos cooperem para o alcance das metas estatais.

Da mesma forma que os interesses individuais sofrem limitações no *jogo cooperativo*, as competências discricionárias das autoridades administrativas também encontram restrições consistentes na obrigatoriedade de buscar a decisão que produza o melhor resultado para a sociedade – ainda que não seja o melhor para o interesse específico – a fim de promover uma situação de equilíbrio cooperativo entre os interesses atribuídos às diversas autoridades estatais.

A ideia de cooperação com os interesses tutelados por outras agências governamentais é bem representada na Constituição da África do Sul, que estabelece, em seu art. 4º, o dever de cooperação mútua entre as esferas do governo<sup>339</sup>:

(1) Todas as esferas do governo e todos os órgãos do Estado, dentro de suas esferas, devem (...) (h) cooperar uns com os outros em confiança mútua e boa-fé: i. fomentando relações amigáveis; ii. assistindo e dando suporte um ao outro; iii. informando um ao outro sobre, e consultando um ao outro a respeito, de matéria de interesse comum; iv. coordenando suas ações e legislação um com o outro; v. aderindo ao procedimento acordados; e vi. evitando procedimentos legais um contra o outro.

A partir da necessidade de cooperação entre os atores da política pública, é possível aproximar a ideia de discricionariedade ao conceito proposto por Massimo Severo Giannini: “ponderação comparativa entre interesses secundários e um interesse primário, considerando que os interesses secundários podem ser públicos, coletivos ou privados, enquanto o interesse primário é sempre público.”<sup>340</sup>

<sup>339</sup> ÁFRICA DO SUL. Constituição. Disponível em <www.gov.za>, acesso em 10/01/2015.

<sup>340</sup> GIANNINI, *op. cit.*, p. 481. Como já referido acima, o que o autor chama de interesse primário esta tese denomina interesse específico, enquanto os interesses secundários são chamados de cooperativos.

Adaptando esse conceito à classificação dos interesses públicos acima proposta, constata-se que a discricionariedade administrativa atribuí ao burocrata a competência para realizar a ponderação entre o interesse público específico e os interesses públicos cooperativos, de modo a encontrar a situação de equilíbrio que melhor os promova conjuntamente.

Não se trata de atuar com desvio de finalidade, fugindo ao atendimento do interesse público específico. O burocrata deve cumprir a sua missão institucional, porém é necessário valorar em sua decisão os demais interesses públicos, tomando a decisão que melhor equilibre a promoção desse interesse específico e a conservação (ou mesmo a promoção) dos interesses públicos.

As regras desse jogo cooperativo são, em grande parte, materializadas na Constituição, na Lei e nos atos regulamentares editados pelos atores políticos. Desse modo, quando essa análise já foi realizada por um plano hierarquicamente superior, o burocrata fica *vinculado* às decisões previamente tomadas pelos atores como maior aproximação à legitimidade eleitoral.

Entretanto, como constatado no início deste tópico, apesar do respeito à cidadania eleitoral exigir a prioridade das decisões tomadas pelos atores democraticamente eleitos, a quem cabe papel de dirigir os destinos da sociedade e definir os interesses públicos tutelados, há situações em que, diante da complexidade da vida social, é necessário permitir que um procedimento mais dinâmico, célere e especializado possa suprir a lentidão e a generalidade do processo legislativo. Assim, os próprios atores políticos conferem às autoridades burocráticas “*certa margem, maior ou menor, de poder discricionário, por entender que elas se encontram melhor colocadas do que ele próprio para escolher [...] o comportamento mais oportuno e conveniente à consecução do interesse público [...]*”.<sup>341</sup>

A realidade exige a adaptação da teoria filosófica: os políticos eleitos não são capazes de identificar todos os pontos de interesse público, que devem ser revelados e protegidos por outros atores. “*O Estado de direito curva-se ao pragmatismo, conformando a ele o seu projeto teórico*”<sup>342</sup>, a fim de admitir uma margem de decisão discricionária à burocracia.

---

<sup>341</sup>QUEIRÓ, *op. cit.*, p. 6.

<sup>342</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 196.

A margem de decisão aberta ao administrador para que possa identificar e escolher alguns aspectos da estratégia de enfrentamento dos problemas públicos é justificada, portanto, por questões pragmáticas. O risco do efeito de ressonância, em razão da impossibilidade de deliberações majoritárias ágeis, específicas e diversificadas exige a abertura da margem de decisão discricionária.

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico confia à burocracia um campo de liberdade decisória. Insiste-se: o faz por necessidade pragmática e, não, por um imperativo categórico, uma vez que o corpo burocrático, em sua maior parte, é composto por agentes públicos cujo ingresso na Administração se deu por critério de mérito técnico (concurso), sem qualquer elemento político no processo de escolha.

O exercício da discricionariedade, portanto, não se vincula à legitimidade democrática, mas a uma exigência prática e organizacional. O Constituinte, o legislador e as altas autoridades do Executivo consideram, ora explícita, ora implicitamente, necessário que a decisão sobre “qual e como” o interesse público deve ser tutelado seja delegada ao agente que tenha a melhor condição de decidir sobre o tema. Trata-se de um voto de confiança no burocrata, por considerá-lo o mais apto a tomar a decisão em questão.

Em síntese, a ideia de discricionariedade traz a preocupação com a definição sobre *quem é o melhor ator* para tomar a decisão em um caso concreto: quem merece ser titular da confiança da sociedade para decidir<sup>343</sup>.

Por isso, pode-se conceituar discricionariedade administrativa como o reconhecimento, por meio de planos que assumem a forma de normas jurídicas, da maior aptidão do administrador burocrata para ponderar os interesses públicos imediatos e cooperativos, confiando-lhe a decisão sobre o melhor comportamento estatal para maximizar o interesse resultante da referida ponderação, dentro dos limites fixados pelo Direito<sup>344</sup>.

#### 7.2.2.2 Margem de apreciação

---

<sup>343</sup> Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Melo, “*aquele que seja apto no caso concreto a atender com perfeição à finalidade da norma*”. In MELLO, *op. cit.* (Curso...), p. 374.

<sup>344</sup> SILVA (Fábio), *op. cit.*

Na discricionariedade administrativa, a margem de decisão da burocracia pode relacionar-se com uma questão política: quem tem maior capacidade de ponderar os interesses em jogo. Todavia, há outra possibilidade de uma abertura de um espaço decisório aos burocratas: a margem de apreciação.

Em casos excepcionais, o reconhecimento da maior capacidade decisória da burocracia para a realização de avaliações de questões técnicas complexas provoca a abertura de uma margem de decisão. Nesses casos, confia-se à burocracia a decisão sobre o melhor comportamento estatal sobre temas que envolvam conceitos técnicos, na forma de uma margem de apreciação.

#### 7.2.2.2.1 Conceito técnico

O debate sobre a *margem de apreciação* pressupõe uma discussão prévia a respeito do manejo de conceitos técnicos existentes em normas jurídicas, avaliando o comportamento do Estado diante de decisões que exijam uma *apreciação técnica*, a fim de ser verificada a existência, ou não, de uma margem de decisão aberta à burocracia em razão da complexidade.

Inicia-se essa análise pela constatação de que os enunciados das normas jurídicas podem conter *i.* conceitos objetivos, *ii.* conceitos jurídicos indeterminados<sup>345</sup> e *iii.* conceitos técnicos. Quanto aos primeiros, o conteúdo da norma é identificado por meio de processo racional e intelectual, porém com restritas possibilidades de dúvidas quanto ao seu alcance, em razão da objetividade das expressões normativas. Logo, a relevância para a tese está nos dois outros tipos de conceitos, especialmente o técnico.

Uma das formas de reconhecimento da maior aptidão da Administração Pública para decidir em alguns temas ocorre por meio da utilização de conceitos jurídicos indeterminados:

expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído.<sup>346</sup>

<sup>345</sup> Eros Roberto Grau sustenta a existência de *termos indeterminados de conceitos*, ao invés de conceitos indeterminados, uma vez que a indeterminação não é do conceito, mas do texto que o veicula. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 224.

<sup>346</sup> BARROSO, *op. cit.* (Curso...), p. 312.

O grande debate travado em torno dos conceitos jurídicos indeterminados versa sobre a atribuição, ou não, de discricionariedade administrativa pelas normas redigidas com a utilização desses conceitos fluidos. Sobre o tema podem ser identificadas três grandes correntes<sup>347</sup>.

De um lado, há os que não reconhecem a existência de discricionariedade, pois os conceitos jurídicos indeterminados

são juízos em tese, vagos, amplos, necessitando de precisão (...), mas que postos sob hipótese, sob um ponto de vista estritamente lógico, só admitirão uma única interpretação aplicativa legalmente adequada diante de determinada moldura de fatos, ou seja, comportam apenas uma única opção juridicamente correta do administrador<sup>348</sup>.

Ainda que se reconheça a existência de um campo para o exercício da vontade do aplicador da norma, trata-se de espaço restrito, que se insere na atividade de interpretação e, não, na de decisão.<sup>349</sup> Como a questão não comporta mais que uma resposta justa, o problema do conceito jurídico indeterminado se situa no terreno da apreciação pelo juiz<sup>350</sup>.

Por outro lado, há os que consideram que “*não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade*”<sup>351</sup>:

Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – desassistirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de inteligências, igualmente possíveis. Ora, se a inteligência administrativa não contrariava o direito – este é o pressuposto do tópico sub exame – faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato, conforme dantes se disse.<sup>352</sup>

<sup>347</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 200.

<sup>348</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 228.

<sup>349</sup> PIRES, *op. cit.*, p. 94-103.

<sup>350</sup> MAURER, Hartmut. *Droit administratif allemand*. Tradução para o francês de Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994, p. 138

<sup>351</sup> MELLO, *op. cit.* (*Discricionariedade...*), p. 23.

<sup>352</sup> *Ibid.*

Por fim, há os defensores da tese de que os conceitos indeterminados poderiam conceder margem de discricionariedade à Administração nos casos em que representem um *conceito de valor*, fato que não ocorreria caso o conceito fosse *técnico* ou de *experiência*<sup>353</sup>.

Em amparo a esse critério classificatório, é válido destacar que, tratando da apreciação jurídica da situação de fato, Karl Larenz<sup>354</sup> afirma que as apreciações a serem realizadas pelo aplicador da norma podem demandar, dentre outros, *i.* juízos proporcionados pela experiência social e *ii.* juízos de valor. Isso ocorrerá quando não for possível uma decisão pautada exclusivamente em simples juízo de percepção, ou seja, avaliação dos fatos sustentada na percepção própria do julgador ou a ele comunicada por terceiros. Assim, haverá casos, em que o juízo de percepção será insuficiente, sendo necessário que o juízo seja construído com auxílio de *experiências sociais*. Em outros casos, a percepção será insuficiente, pois a norma exige que o aplicador adote um juízo de valor.

Logo, apesar de haver, na doutrina, quem sustente que os conceitos jurídicos indeterminados seriam restritos àqueles que requerem do intérprete uma valoração<sup>355</sup>, considerando que sua característica principal é a indeterminação, torna-se mais razoável afirmar-se que a indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados pode estar associada tanto a causas valorativas, quanto a questões de conhecimento adquirido pela experiência ou pela técnica.

Percebe-se, portanto, que o *conceito técnico* é uma espécie do gênero conceito jurídico indeterminado, que se caracteriza pela veiculação de conteúdo vinculado a um campo de saber extrajurídico. Nesses, não há discricionariedade, mas uma *apreciação técnica*.

A análise dos conceitos técnicos, portanto, não envolve ponderação de interesses públicos, mas tão somente, a tradução, para o jurídico, de conteúdos de outras searas do saber.

---

<sup>353</sup> DI PIETRO, *op. cit.* (*Direito...*), p. 200.

<sup>354</sup> LARENZ, *op. cit.*, p. 343-353.

<sup>355</sup> BINENBOJM, *op. cit.*, p. 212.

#### 7.2.2.2.2 Margem de apreciação como excepcional margem de decisão administrativa

Se, por um lado, a aplicação de conceitos técnicos e a discricionariedade administrativa se afastam em razão das características de cada instituto, por outro se aproximam, tendo em vista os motivos justificadores de suas existências. Como destacado acima, o elemento central da discricionariedade não é o “poder de escolha”, mas a “aptidão” para realizar a melhor escolha. Assim, o reconhecimento da maior aptidão da burocracia para revelar o conteúdo de um conceito técnico gera aproximação com a discricionariedade, apesar de com ela não se confundir.

O que se busca afirmar é que a utilização de conceitos técnicos pode deixar à mostra a maior aptidão dos burocratas para avaliar questões técnicas, a fim de definir o comportamento estatal a ser adotado. Nesses casos, se estará diante de uma margem de apreciação, decorrente da impossibilidade de uma tradução integral do técnico ao jurídico<sup>356</sup>.

A margem de apreciação é o campo no qual a burocracia tem a faculdade de ter a última palavra na determinação do conteúdo de um ou mais elementos do tipo normativo, especialmente os *conceitos jurídicos indeterminados*<sup>357</sup>. Ou seja, trata-se de um espaço deixado à apreciação e à decisão da autoridade burocrática, insuscetível de controle posterior.

Em razão da autorização constitucional, legislativa ou regulamentar, abre-se uma margem para a atuação burocrática, por meio da qual é feito um juízo de avaliação, que leva a *uma* decisão lícita, em meio a uma variedade de possibilidades. Trata-se de uma decisão administrativa que determina o conteúdo de um elemento do tipo normativo. A complexidade de algumas matérias e a variedade de circunstâncias fáticas fazem com que o legislador e, em alguns casos, a autoridade administrativa superior não consigam – ou não considerem adequado – decidir, delegando ao burocrata essa tarefa, por considerá-lo detentor de maiores conhecimentos e experiência, além de estar mais próximo dos problemas administrativos concretos<sup>358</sup>. Exemplos marcantes

---

<sup>356</sup> MAURER, *op. cit.*, p. 138

<sup>357</sup> BLANKE, *op. cit.*, p. 34.

<sup>358</sup> MAURER, *op. cit.*, p. 139

são as decisões de prognósticos (ex: se uma determinada situação produz riscos para a segurança do país) e as avaliações de qualidade (ex: avaliação dos cursos de graduação).

Como regra, essa decisão administrativa está integralmente submetida ao controle judicial. Se há apenas *uma* resposta certa, o Judiciário pode e deve verificar se a decisão burocrática a alcançou.

Porém, segundo a doutrina do *poder de apreciação*, há uma *margem* na qual se encontram exceções à sindicabilidade judicial, em razão da ausência de *capacidade institucional* do Judiciário. Assim, há casos em que a decisão da burocracia não estará sujeita ao controle judicial, uma vez que o ordenamento jurídico delega a ela o poder de decisão, que, caso exercido dentro das margens autorizadas, não poderia ser tachado de arbitrário.

Assim como na discricionariedade administrativa, não existe, na margem de apreciação, um espaço livre do Direito, mas uma restrição do controle judicial, para avaliação da observância das margens de decisão. O Judiciário verifica, por exemplo, “*se existe prerrogativa de decisão, se o devido processo legal foi respeitado, se os tomadores de decisão partiram de uma análise completa da situação, se não foram feitas considerações estranhas ao caso e se foram respeitadas as normas gerais de exame e avaliação*”<sup>359</sup>.

Porém não é suficiente a existência de um conceito técnico. Conforme decidido pelo Tribunal Federal Administrativo alemão – país em cuja jurisprudência foi desenvolvido o conceito em análise –, só existe margem de apreciação burocrática quando a questão ultrapassa os limites da capacidade cognitiva dos juízes<sup>360</sup>. Em verdade, a impossibilidade de judicialização decorre da capacidade institucional e, não, de motivos relacionados à legitimidade.

De acordo com o Tribunal Federal Constitucional alemão:

Conceitos jurídicos indeterminados podem, todavia, em razão da sua grande complexidade ou da dinâmica especial da matéria regulamentada, ser tão vagos e sua concretização na interpretação da decisão administrativa ser tão difícil, que o controle judicial esbarre nos limites funcionais do Judiciário. À autoridade administrativa aplicadora da lei é garantido, em tais casos, sem ofensa ao princípio do Estado de direito, um espaço delimitado de liberdade de decisão (cf. BVerfGE 54, 173 [197]; 61, 82 [114]; 83, 130 [148]; Schmidt-Aâmann em: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19 IV, comentário n. 184 com maiores referências bibliográficas). Essa questão não requer, porém, aqui

<sup>359</sup> HIEN, Eckart. *O controle judicial das decisões administrativas discricionárias*. In: Revista CEJ, Brasília, nº 27, p. 18-23, outubro/dezembro 2004, p. 23.

<sup>360</sup> BLANKE, *op. cit.*, p. 41.

[em face do presente caso], maiores esclarecimentos. Para a avaliação de exames para admissão profissional, como aqueles que formam o objeto das decisões atacadas, existem, no entanto, peculiaridades.<sup>361</sup>

No direito americano, o caso emblemático é o *Chevron U.S.A., Inc v. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>362</sup>, em que é afirmada a doutrina da deferência administrativa. No caso, a lei americana sobre a qualidade do ar (*Clean Air Act*), após modificação, passou a determinar a observância de parâmetros a serem fixados por agência de proteção ambiental (*Environmental Protection Agency – EPA*). A referida agência, algum tempo depois, alterou esses parâmetros, tornando-os mais flexíveis, o que aproveitou à Chevron. Discordando dos parâmetros fixados pela autoridade burocrática, o *Natural Resources Defense Council* ajuizou ação em face da empresa, sustentando a ilegalidade do critério administrativo. Quando a matéria chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, aquele tribunal afirmou que, na ausência de resposta clara na lei, o Judiciário deve se limitar a avaliar se a matéria está baseada em uma construção permitida. Dito de outro modo, a Suprema Corte determinou que o controle judicial, no caso da questão técnica, deveria se limitar à análise do respeito às margens de decisão, por ser a autoridade burocrática a mais apta a decidir sobre a questão técnica.

É possível perceber que margem de apreciação é a margem de decisão burocrática, decorrente da falta de capacidade institucional do Judiciário para traduzir adequadamente um conceito técnico empregado pela norma jurídica.

### 7.3 Aferição da capacidade decisória

Uma das condições para a judicialização cooperativa é a auto avaliação judicial de sua capacidade decisória, em comparação com a dos demais atores da política pública, a fim de que, em postura de autocontenção, o Judiciário

---

<sup>361</sup> Bundesverfassungsgericht, BVERFGE 84, 34. In SCHWABE, Jürgen (organizador da coletânea original). MARTINS, Leonardo (organizador). Tradução de Beatriz Hennig et. al. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 815.

<sup>362</sup> 467 U.S. 837 (1984), disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=467&page=837>>, acesso em 22/01/2015.

aprecie suas condições para oferecer uma decisão melhor que aquela construída pelos atores *intra arena*.

Quando a capacidade decisória judicial for superior, é possível uma maior sindicabilidade da diretriz maximizadora mencionada acima, permitindo ao juiz avaliar se a escolha realizada pelos demais atores foi a mais adequada ao enfrentamento da política pública.

Todavia, quando o juiz concluir que a capacidade decisória dos atores *intra arena* é superior, deve se restringir ao controle procedimental e à análise da observância das margens de decisão, o que inclui a razoabilidade da escolha.

Considerando as margens de decisão dos atores políticos e burocratas, a aferição da capacidade decisória deve levar em consideração dois aspectos principais: capacidade de superar dificuldades políticas e capacidade de enfrentar dificuldades técnicas.

### 7.3.1 Avaliação da capacidade política

As decisões que integram as políticas públicas muitas vezes envolvem a superação de desafios políticos, que podem ser apresentados em duas modalidades quase antagônicas: *i.* dificuldades para a formação de consenso; e *ii.* dificuldades de representação do interesse de minorias.

Em casos de grandes divergências políticas, em que as decisões são tomadas em um ambiente de grande desacordo, seja com uma maioria pouco expressiva (nos procedimentos legislativos), seja, até mesmo, contra a vontade majoritária (decisões administrativas), fica demonstrada a dificuldade do tomador da decisão. Nessas hipóteses, um diálogo institucional mais franco e direto, por iniciativa do Judiciário, pode ser travado, uma vez que resta demonstrada a deficiente capacidade da autoridade decisória para solucionar os problemas políticos que envolvem essa decisão.

Por outro lado, quando minorias, apesar de procedimentalmente terem oportunidades de participação no processo de formação da decisão, são vitimadas pela decisão majoritária, fica evidente que o processo político não teve habilidade de lidar com o direito desse grupo minoritário como trunfo contra a vontade majoritária, de forma a garantir a mesma consideração e respeito a todos.

### 7.3.2 Avaliação da capacidade técnica

A impugnação judicial de uma decisão governamental traz implícita ou explicitamente a confiança de que o Judiciário possa oferecer uma solução melhor que a adotada pela autoridade decisória.

Entretanto, a argumentação jurídica permanece focada essencialmente em discursos abstratos e normativos que apontam para a melhor interpretação das normas sem uma base empírica capaz de permitir uma verdadeira comparação entre as capacidades decisórias. Sofisticadas teorias interpretativas constroem métodos sedutores para a identificação da decisão perfeita, muitas vezes construídas por um Juiz Hércules (Dworkin), capaz de tomar a decisão ideal, ponderando de modo preciso todos os interesses em jogo (Alexy).

As teorias abstratas não desconsideram que juízes, administradores e legisladores erram<sup>363</sup>. Reconhecem que como o julgador é imperfeito, torna-se, quase sempre, impossível chegar à melhor decisão abstratamente considerada (*first-best*). Por isso, indicam a busca da melhor decisão faticamente possível, uma *second-best decision*, por meio da maior aproximação dos modelos contrafáticos, que apontam uma solução ideal. Em outras palavras: a melhor decisão possível é aquela que mais se aproxima da melhor decisão considerada no plano abstrato.

Esse raciocínio interpretativo tradicional tem como resultado prático a desconsideração da análise da capacidade institucional. Isso porque, mesmo reconhecendo a existência de imperfeições reais do juiz, parte-se do pressuposto de que a decisão judicial será melhor que a dos demais atores políticos, desde que busque adotar os parâmetros ideais traçados pela teoria normativa que estiver sendo aplicada. Há uma clara tendência de abertura amplíssima para a sindicabilidade judicial das decisões administrativas.

Sunstein e Vermeule<sup>364</sup> alertam, porém, que a solução das teorias baseadas na lógica da proximidade com a *first-best decision* é insuficiente, pois esse esforço de aproximação pode conduzir a resultados incoerentes e inseguros por falta de

---

<sup>363</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n° 30, jan/jun, 2011, p. 33-34.

<sup>364</sup> SUNSTEIN, Cass. R. VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper n° 28*. The Law School – The University of Chicago, p. 23-24.

capacidade institucional do julgador. Segundo esses autores, a melhor decisão possível – *second-best* – não deriva, necessariamente, de uma aproximação com a melhor decisão – *first-best*. Se um juiz imperfeito sabe que ficará aquém do padrão de perfeição definido pelo domínio do critério da melhor interpretação [*first-best*], não é claro, por qualquer meio, que ele deva tentar se aproximar ou alcançar esse padrão o máximo possível.<sup>365</sup> Os resultados dessa tentativa podem ser tão frustrantes e se distanciarem tanto da *first-best decision* que a melhor decisão possível – *second-best* – poderia ser construída por um critério distinto daquele que indica a aproximação em relação à melhor decisão abstratamente considerada.

O critério de aproximação da *first-best decision* seria portanto insuficiente, pois a ele devem ser somadas considerações sobre a capacidade institucional das instâncias decisórias.

Mas, para além da necessidade, Sunstein e Vermeule sustentam que haverá casos em que a avaliação da capacidade institucional será suficiente para a construção da melhor solução possível. Isso ocorreria especialmente diante de um consenso sobreposto ou de um acordo com base em um argumento incompletamente teorizado, capazes de permitir a superação de divergências teóricas, uma vez que a melhor decisão possível será a mesma, seja qual for a trajetória interpretativa adotada<sup>366</sup>.

Quando se trata de interpretação de textos normativos, o consenso ou o acordo tendem a se formar quando é adotada uma postura formalista, caracterizada pela valorização dos significados superficiais e aparentes extraídos com clareza do texto legal, sem apelo a fontes externas, como princípios, história ou suposições a respeito da intenção do legislador. É mais fácil chegar ao consenso quando a decisão se baseia no significado clarividente do texto normativo, ainda que se acorde por um minimalismo teórico, que dispense o aprofundamento em argumentos tendentes a provocar divergências desnecessárias e indesejadas.

Sunstein e Vermeule indicam uma preferência pelo formalismo, apenas afastada quando ficar demonstrado que uma decisão não formalista produz melhores resultados. Assim, é importante avaliar a capacidade de o julgador lidar com elementos não formalistas, ou seja, fontes alternativas para a decisão. O juiz tem

---

<sup>365</sup> Ibid, p. 23.

<sup>366</sup> Ibid, p. 25.

condições de lidar adequadamente com argumentos técnicos relacionados ao caso? Há condições para uma avaliação criteriosa? Para uma ponderação cuidadosa? Existe informação suficiente para a identificação do contexto histórico em que a norma foi editada? Assim, para uma corte assoberbada, produzindo suas decisões sob a pressão do tempo e do grande volume de casos, bem como com poucas fontes de informação, provavelmente será melhor ignorar essas fontes externas, especialmente aquelas relacionadas a campos do saber distintos do Direito, tendo em vista a grande probabilidade de erro judicial. Diferentemente, uma corte especializada, com possibilidade fática real de aprofundamento na análise do caso e com acesso a informações estratégicas terá mais facilidade para apreciar o caso e identificar significados normativos não evidenciados *prima facie* nos textos legais.

Quando, ao invés da simples interpretação, o Judiciário estiver analisando a impugnação de uma decisão administrativa baseada em conhecimentos técnicos, o juiz deve avaliar se tem capacidade institucional de produzir uma decisão melhor que a questionada. Em muitos casos, outros atores da arena política têm uma posição melhor para decidir, tendo em vista o grau de competência técnica e o municiamento de informações estratégicas. Se o juiz constatar que suas condições para decidir são inferiores, a teoria das capacidades institucionais indica uma preferência pela manutenção da decisão tomada pelos atores *intra arena*.

A análise do índice de capacidade institucional do Judiciário deve ser realizada em comparação com o dos demais atores. Quanto maior o índice de capacidade institucional judicial em comparação com o dos demais, mais aberta a decisão está à sindicância judicial, pois haverá mais chances de ratificar a confiança em uma decisão melhor advinda do Judiciário em comparação com aquela tomada pelos demais atores políticos. Porém, se esses atores possuírem capacidade institucional maior que a do Tribunal, o fato deve servir de alerta ao juiz, que deve considerar as dificuldades de superar a confiança depositada no acerto da decisão.

O juiz trata de questões políticas, históricas, antropológicas e sociológicas com a mesma habilidade discursiva com que se refere a problemas de engenharia, geologia, física e botânica, sem prejuízo de uma fala eloquente sobre medicina, biologia ou farmacologia. O problema é que discursos sedutores podem ocultar desconhecimento e ignorância, decorrentes da incapacidade de traduzir para o jurídico os temas discutidos por outros sistemas peritos.

Basta um pequeno erro da tradução para mudar todo o significado de um texto, o que a desqualifica, ainda que bem escrita e de leitura atraente. Da mesma forma, um discurso dogmaticamente sofisticado, caso esconda uma falha de tradução do técnico ao jurídico, pode distorcer os resultados de décadas de pesquisas ou reflexões de outros campos do saber.

A inclusão de dados empíricos nas razões de decidir torna-se fundamental. A teoria das capacidades institucionais propõe a superação dessa dificuldade técnica por meio da seguinte recomendação: antes de responder à pergunta “qual é a melhor decisão?”, os tribunais devem questionar “quem tem mais condições de chegar à melhor decisão possível?”.

Necessário avaliar a capacidade institucional do órgão administrativo decisório e compará-la com a do próprio órgão judicial, como método para identificar quem tem maior chance de tomar a melhor decisão ou, mais precisamente, quem tem menos chance de decidir mal. Trata-se de uma análise comparativa do campo de incerteza dentro do qual atores *intra arena* e o Judiciário formarão sua decisão.

A lógica comparativa dos índices de capacidade institucional é a de estabelecer quem está dotado da maior capacidade para decidir. Como já afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão, a “*diferenciação e [a] separação organizacional e funcional dos Poderes também têm por fim que as decisões estatais sejam tomadas de maneira mais correta possível, isto é, pelos órgãos que disponham das melhores condições, segundo a sua organização, composição, função e modo procedimental*”.<sup>367</sup>

A avaliação da capacidade técnica passa, portanto, pela análise da capacidade institucional do Judiciário e dos atores políticos para o enfrentamento das questões técnicas. É necessário medir as condições disponíveis para a tomada de decisão pela instituição. Na realidade, o que interessa é a comparação entre a capacidade institucional judicial e a da autoridade decisória. Para tanto, devem ser aferidos os seguintes elementos: (a) conhecimento técnico; (b) acesso e manejo de informações estratégicas; (c) experiência pretérita; (d) acesso a tecnologias e equipamentos; e

---

<sup>367</sup> ALEMANHA, Bundesverfassungsgericht, BVERFGE 49, 126, *apud* KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

(e) autonomia da autoridade decisória<sup>368</sup>; bem como (f) as condições para uma decisão célere<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> O conhecimento técnico, o acesso e manejo de informações estratégicas, a experiência pretérita, bem como o acesso a tecnologias e equipamentos, têm sua importância significativamente reduzida se a autoridade não possuir autonomia para decidir, uma vez que, nesse caso, ao fim e ao cabo, a decisão seria verdadeiramente tomada pela autoridade hierarquicamente superior, que pode não possuir a mesma capacidade institucional. Com autoridades independentes, o nível da qualidade das decisões aumenta e os erros diminuem, aumentando também a confiança na credibilidade do sistema. Por isso, influencia diretamente no índice de capacidade institucional elementos que garantam a autonomia do gestor, como transparência em sua seleção, baseada especialmente em critérios de qualificação técnica; irremovibilidade do cargo decisório, exceto por falta disciplinar; ausência de subordinação hierárquica no que concerne ao poder decisório; inacumulabilidade das atividades decisória e investigativa, para evitar atuações inquisitoriais. Cf PERLINGEIRO, Ricardo In: *Justiça administrativa no Brasil: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida?*. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 71-78, jan/abril 2014.

<sup>369</sup> “É muito bonita a lei; mas é necessário haver tempo para fazê-la e de não estar morto antes que sejam feitas.” In HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal de Conflits*. Tomo troisième. Sirey, Paris, 1929, p. 173. Tradução livre.

## 8 POTENCIAL DE UNIVERSALIZAÇÃO

O controle judicial de políticas públicas, ao interferir nos planos elaborados a partir das discussões na arena política, relaciona-se a dois processos comunicativos que, apesar de distintos, exercem e recebem influências recíprocas.

O primeiro processo de comunicação é estabelecido na tríade política (*political nexus triad*), entre os atores políticos, burocratas e sociedade civil. Nessa arena, mesclam-se formas de agir comunicativas e estratégicas, uma vez que diferentes atores em momentos distintos atuam em busca de consenso ou da imposição de seu interesse. A síntese desse caldo argumentativo, portanto, pode gerar produtos que representem o resultado de argumentos racionalmente ponderados sob um agir comunicativo ou estratégias interessadas na prevalência de um ponto de vista.

No debate desenvolvido no interior da arena política, portanto, raramente estarão presentes as condições ideais de fala, pois, apesar da abertura à participação dos interessados, o uso de argumentos racionais será afetado pelas negociações e barganhas do jogo político. Nesse ponto vale destacar que a substituição do agir comunicativo pelo agir estratégico não provoca, necessariamente, a ilegitimidade da política pública originada desse processo. Se o interesse que prevaleceu no debate estiver em harmonia com a política constitucional, mesmo sob um agir estratégico, o processo político consegue produzir um plano que se insere nas margens fixadas pelo plano de hierarquia superior.

Entretanto, atores e integrantes do público alvo da política pública podem se sentir prejudicados pelo resultado acatado pela autoridade decisória a partir das discussões da arena política. Nesse caso, estabelece-se uma relação de tensão dual entre os destinatários da política e a agência governamental decisória. Esses conflitos da fase pós-decisão permanecem no âmbito da arena política, por meio de negociações, barganhas e discussões. É possível e provável que a discussão se encerre ou, ao menos, se estabilize na própria seara política, seja por meio de um consenso alcançado por um agir comunicativo das

partes nessa nova etapa discursiva; seja pela rendição de um dos lados e sua submissão ao interesse dos outros, após pressões e negociações.

É possível, porém, que o espaço da arena política não seja suficiente para a composição dos interesses. Inviabilizado o consenso e subjugado o destinatário da política, a batalha pode ser estender além das fronteiras da arena, alcançando os tribunais. Como alertamos no capítulo 5, porém, esse deslocamento de cenário só é legítimo se estiver em jogo a discussão de direitos prometidos no ordenamento jurídico e, supostamente, violados pelas deliberações políticas.

Nessa nova etapa comunicativa, estabelece-se um novo processo de comunicação, com uma tríade distinta, adotada como modelo para a resolução do conflito entre autoridade política e o destinatário de sua atuação. A impossibilidade ou o alto custo da construção de uma decisão dual fazem com que um terceiro substitua as partes na promoção de uma justa composição da lide. O juiz solucionará a controvérsia, avaliando se a decisão política viola algum direito prometido pelo ordenamento jurídico ao destinatário da política pública.

A metodologia tríade de solução de conflito configura, portanto, um processo de comunicação gravado por características peculiares, pois pressupõe a impossibilidade de dois comunicantes chegarem, por conta própria, a um consenso, levando à delegação a um terceiro da tarefa de estabelecer a solução para a controvérsia.

As partes substituem o risco de uma prorrogação ilimitada e descontrolada do debate pela aposta na resposta a ser oferecida pelo terceiro. Não é uma substituição que elimine o risco, mas muda a sua configuração, que passa a ser a possibilidade desse terceiro errar na solução do conflito. Essa é uma possibilidade real. Para buscar reduzir esse risco a um nível tolerável, exige-se que o responsável pela solução pretenda oferecer a resposta correta.

### **8.1 A pretensão de correção das decisões judiciais**

A decisão judicial, ao oferecer a solução para os litígios entre as partes da relação processual, tem um nítido caráter normativo, pois pretende regular uma relação social, por meio da determinação do comportamento a ser adotado

por cada um dos envolvidos. Quando a questão envolve, incidentalmente, o controle de uma política pública, o aspecto normativo da decisão é ampliado, em função do caráter cooperativo da judicialização, que enxerga no Judiciário um colaborador para o aperfeiçoamento do plano social.

Para chegar às suas conclusões, o juiz integra-se no processo de comunicação entre os litigantes, recebendo estímulos racionais prévios ao provimento jurisdicional. Em um plano ideal, as partes agem comunicativamente<sup>370</sup> e lançam seus argumentos, com pretensão de validade, para que se alcance uma solução racional.

A pretensão de validade dos argumentos dos litigantes traduz tanto uma pretensão de verdade, no que tange aos aspectos fáticos (mundo objetivo), quanto uma pretensão de correção dos reflexos jurídicos extraídos dos fatos (mundo social).<sup>371</sup> Desse modo, o juiz recebe as provocações racionais das partes, para que adira aos seus argumentos. Assim, no controle de políticas públicas, haverá, de um lado, a alegação da existência de um direito desrespeitado pelo resultado das deliberações ocorridas na arena. De outro, se sustentará o argumento de que o plano respeita os direitos de todos os envolvidos.

É verdade que em um processo judicial também não se configura a situação ideal de fala,<sup>372</sup> tendo em vista a estrutura da comunicação. Tal assertiva ampara-se, pelo menos, em dois argumentos: (a) os litigantes têm oportunidades limitadas de manifestação; e (b) o juiz não debate, no plano real,

---

<sup>370</sup> “Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo a ser alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez.” HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

<sup>371</sup> “No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado).” *Id.*

<sup>372</sup> “A situação ideal de fala foi um recurso utilizado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático elaborado em seu texto ‘Teorias da verdade’, de 1972. O filósofo de Frankfurt denomina ‘ideal a uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêm impedidas por influxos externos contingentes como tampouco pelas coações que se seguem da própria estrutura da comunicação.” MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

com as partes. O julgador recebe os argumentos racionais e lança a sua decisão (ato de fala regulador), com a pretensão de convencer as partes e todos os demais sobre a correção de seus argumentos.

É importante frisar que o auditório para o qual se fala determina a qualidade da argumentação<sup>373</sup>. Assim, especialmente nos casos que interferem em políticas públicas, o juiz não pode falar para um auditório restrito às partes do processo. Seu discurso deve ser direcionado a um auditório universal, capaz de considerar o maior número de argumentos e com maior qualidade comunicativa.

O processo comunicativo no processo de formação judicial se desdobra em duas relações discursivas. A primeira é caracterizada por um agir comunicativo forte, na relação entre os litigantes. Autor e réu dialogam buscando demonstrar a racionalidade de seus argumentos, não apenas ao juiz, mas um ao outro. Por meio das sucessivas manifestações no processo, os litigantes podem aderir ao argumento da parte contrária e chegar a uma solução de consenso, materializada em transação, reconhecimento do pedido, renúncia ou desistência.

Porém, diante da necessidade de promoção da segurança jurídica e da solução relativamente célere do conflito, não é possível garantir a continuação do debate por tempo indeterminado. Por isso, o procedimento impõe limites ao discurso, por meio da fixação de prazos e oportunidades de manifestação, que ocasionam a preclusão em suas variadas espécies.

Trata-se de medida exigida pela necessidade de obtenção, em tempo razoável, de um provimento jurisdicional capaz de solucionar o conflito submetido à decisão. O prolongamento indeterminado do debate acarretaria a total inadequação do processo judicial como ferramenta de garantia do direito das partes. Isso porque há situações que não permitem uma espera indefinida pela formação de um consenso. Dessa forma, apesar do agir comunicativo forte dos litigantes, se não houver a formação de um consenso, o juiz deve atuar em um agir comunicativo fraco.

---

<sup>373</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Explica-se. A decisão judicial não surge por meio de um debate real entre o juiz e as partes. Na verdade, o julgamento substitui, subsidiariamente, o consenso. Restando inviabilizada a formação de um consenso racional entre as partes, o juiz se apresenta para oferecer a solução ao conflito. Em um primeiro momento, na expectativa de formação de uma solução entre as partes, o juiz permanece como um integrante passivo do debate, que se limita a receber e avaliar os argumentos dos interessados. Constatada a impossibilidade da formação do consenso dentro dos limites impostos pela estrutura de comunicação no processo judicial, o juiz manifesta-se indicando o que, para ele, deveria ter sido alcançado consensualmente pelas partes.

Ao agir desse modo, o juiz elabora a norma para a situação concreta (ato de fala regulador), com pretensão de correção, pautada nos argumentos das partes aos quais aderiu, bem como em seus próprios argumentos. Veicula, portanto, por meio da linguagem, um comando que produzirá efeitos no mundo social, oriundo da síntese da discussão travada entre os litigantes.

Esse comando tem uma pretensão de validade, mais especificamente, uma pretensão de correção: pretende ser a solução correta para o conflito, ou, em outras palavras, pretende ser o consenso a que os litigantes chegariam se continuassem a agir comunicativamente. O juiz, portanto, apenas antecipa o (provável) consenso, que não pode ser aguardado em razão da necessidade de solução tempestiva do conflito.

Neste ponto há uma constatação que merece destaque. A decisão judicial é necessária mesmo quando os litigantes agem comunicativamente, sempre que não houver condições de se aguardar por prazo indefinido o consenso racional. Em outras palavras, a existência de um julgador não decorre, apenas, do agir estratégico das partes, mas das limitações impostas pelos fatos da vida.

Basta imaginar uma decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos ou a prestação de um benefício previdenciário. Ainda que autor e réu adotem uma fala comunicativa – em que lancem argumentos racionais e estejam dispostos a aderir aos argumentos do outro se lhe parecerem adequados – é possível que o debate dure um tempo maior do que aquele que as partes podem esperar. Para evitar a decisão judicial, seria necessário não apenas o agir comunicativo, mas a garantia de que o consenso seria alcançado dentro de um prazo razoável.

Porém, se a atuação judicial é necessária mesmo em um cenário em que todos os envolvidos adotam um agir comunicativo, sua importância é ainda maior quando os debatedores adotam um agir estratégico. Se as partes não pretendem alcançar um consenso, mas apenas impor a sua tese, inviabiliza-se a solução consensual, ainda que fora das limitações do processo judicial. Nesse caso, o direito – e especialmente a decisão judicial – funciona como “*meio de intercâmbio*”<sup>374</sup> entre a ação comunicativa e a estratégica.

Se for adotado um discurso eticamente neutro e orientado ao próprio êxito (agir estratégico), corre-se o risco de imposição da vontade dos mais fortes sobre os mais fracos. Por isso o Estado Civil assume o monopólio do uso da força e garante aos cidadãos o direito de acesso à justiça.<sup>375</sup> Cabe ao juiz oferecer a solução que as partes não são capazes de alcançar, por agirem estrategicamente.

O direito positivo garante a validade dessa decisão, cuja observância será imposta por meio de coerção estatal. Porém, apesar de sua validade ter a garantia do ordenamento jurídico positivo, a decisão, como ato normativo concreto, deve manter a pretensão de correção, fundamentada na síntese dos argumentos dos litigantes somada a argumentos racionais do próprio julgador. É a fundamentação – e a possibilidade de resgatar os argumentos nela contidos – que confere faticidade à atuação judicial.

Logo, apesar da missão institucional do Judiciário garantir a validade jurídica de sua atuação, a vigência social (faticidade) não é obtida apenas com meras previsões positivistas legalistas. Faz-se necessário que a fundamentação seja capaz de produzir uma pretensão de correção das decisões.

Uma decisão que diz “*estou errado, meus argumentos são ruins, mas decido desse modo*” não é dotada de faticidade (vigência social), pois não tem pretensão de correção. Mesmo diante do agir estratégico das partes, permanece o papel do juiz de proferir uma decisão substitutiva do consenso, pautada em argumentos que se pretendem corretos.

---

<sup>374</sup> DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre faticidade de validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008, p. 16.

<sup>375</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade validade*. v. I. 2ª Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

Porém, essa pretensão de correção não deve ficar restrita apenas ao juiz (falante). O julgador deve almejar que os argumentos fundamentadores da decisão sejam aceitos como válidos no círculo daqueles a quem são endereçados<sup>376</sup> ou, de modo ainda mais amplo, perante um auditório universal.<sup>377</sup> É necessário, pois, construir uma ponte entre as razões singulares do julgador e as hipóteses universalmente aceitas.<sup>378</sup>

É evidente, todavia, que essa é apenas uma pretensão do julgador. Afinal, não é possível impor a todos os destinatários da decisão – inclusive aqueles que atuam estrategicamente – que reconheçam nela o consenso a que chegariam. A validade (legitimidade), garantida pelo direito positivo, pode estar em tensão com a faticidade (vigência social). Por isso, alguns agirão conforme a decisão e outros por respeito à decisão (conforme a lei ou por respeito à lei).<sup>379</sup>

De todo modo, o juiz deve buscar solucionar essa tensão entre validade e faticidade, fundamentando sua decisão em argumentos racionais, com a pretensão de vê-la reconhecida como correta por todos os envolvidos.

Isso significa que uma das regras de argumentação, a ser utilizada pelo julgador em sua fundamentação, traduz-se no princípio moral da universalidade. Como alerta Habermas, todas as investigações a propósito da lógica da argumentação moral conduzem imediatamente à necessidade de introduzir um princípio moral com essas características, que, aliás, podem ser extraídas da ideia subjacente no imperativo categórico de Kant, de que os mandamentos morais devem ser universais (ou impessoais).<sup>380</sup>

Se a decisão judicial funciona como substitutivo do consenso, o julgador deve ter em mente que “*o princípio-ponte possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal*”.<sup>381</sup> Destarte, a decisão não pode ser pautada

---

<sup>376</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 83.

<sup>377</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>378</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 83

<sup>379</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 17.

<sup>380</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 84.

<sup>381</sup> *Ibid.*

exclusivamente na opinião do julgador, mas, sim, fundada em argumentos universalmente aceitos.

É verdade que a inexistência de debate entre o juiz e os litigantes dificulta o atendimento a essa regra de argumentação, principalmente porque, segundo Habermas, o princípio da universalização não pode ficar restrito a uma visão monológica – como pretendem Kant e Rawls<sup>382</sup> – o que significa não ser suficiente uma reflexão individual sobre o litígio. Seria necessária uma argumentação real da qual participassem, comunicativamente, todos os concernidos.

Todavia, apesar desse agir comunicativo fraco do juiz tornar mais difícil a tarefa de aplicação do princípio da universalidade, não se pode olvidar que os litigantes participaram do debate e expuseram seus argumentos, permitindo que o juiz adira, ou não, a eles fundamentadamente. Desse modo, a decisão judicial não representará tão somente o que o julgador considera uma razão universal, pois, como a decisão representa a síntese dos argumentos das partes, o juiz terá levado em consideração a postura de todos os concernidos no debate.<sup>383</sup>

É evidente que, quanto mais estratégico for o discurso dos litigantes, mais difícil será a tarefa do juiz de extrair a parcela racional dos argumentos, para chegar à conclusão substitutiva do consenso. Porém, mesmo nessas circunstâncias, deve o julgador atuar buscando conferir eficácia social à sua decisão, mantendo firme a pretensão de correção, pautada na universalidade de seus argumentos.

---

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>383</sup> “... todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo.” In HABERMAS, *op. cit.* (Direito e democracia...), p. 288. “Contra isso Neumann argumentou, mais tarde, que a posição de Habermas trata das partes do processo não como participantes do discurso, mas como fontes de informação, pois se trata de um procedimento onde o juiz – o único participante – decide e fornece os argumentos, ao passo que todos os outros só providenciam informações. Um processo assim tem estrutura monológica e não dialógica, o que, segundo Neumann, contrariaria as ideias básicas da teoria discursiva do direito. Em defesa do modelo de Habermas e do seu próprio, Alexy argumenta que a posição de Neumann subestima a complexidade implicada na institucionalização da racionalidade discursiva. Nela, se o juiz quiser operar com correção, terá que ouvir todos os aspectos relevantes para decidir e argumentar auditor et altera parte.” DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 133-134.

## 8.2 Teste do potencial de universalização

Como exposto acima, a decisão judicial é uma necessidade provocada tanto pelas urgências da vida (exige-se da solução do conflito em prazo razoável), quanto pelo agir estratégico dos litigantes (que impede a formação de um consenso racional).

Todavia, o juiz não pode perder de vista que a discussão continua mesmo após a sua decisão, seja no próprio procedimento judicial, por meio do manejo de recursos às instâncias superiores, seja no meio social, leigo ou acadêmico, em razão dos debates travados acerca do conteúdo do provimento jurisdicional.

Desse modo, uma decisão tem um duplo caráter: (a) no caso específico, é um substitutivo do consenso racional; (b) em um processo comunicativo mais amplo, é mais uma fala racional que contribui para o debate.

Tal fato redobra a necessidade de respeito aos pressupostos argumentativos, pois além de tentar demonstrar a todos a correção de sua decisão, o juiz deve perceber que não deu a última palavra no debate, tendo apenas sido integrado à discussão. A sua decisão encerra uma etapa discursiva, mas não esgota a discussão<sup>384</sup>, que permanece no diálogo institucional.

Manifesta-se, assim, a necessidade do juiz, como falante, atender a uma coerência lógico-semântica em seu discurso. Como norte orientador nessa tarefa, Alexy identifica as seguintes condições necessárias a possibilitar qualquer comunicação linguística com pretensão de correção:<sup>385</sup>

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

---

<sup>384</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In FELLET, André (organizador). NOVELINO, Marcelo (organizador). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podium, 2014.

<sup>385</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 191.

Merece destaque especial o item 1.3 (todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes), representativa de uma regra de coerência, que Alexy identifica como uma formulação do princípio da universalidade de Hare<sup>386</sup>. Habermas comenta essa ideia (de Hare), afirmando que seu objetivo é evitar “*contradições tais como as que surgem quando casos iguais são tratados desigualmente e casos desiguais igualmente*”.<sup>387</sup> Desse modo, o juiz deve estar disposto a aplicar a mesma solução para todos os casos iguais ou equiparados que lhe forem submetidos.

Isso significa que, ao decidir um caso concreto, o juiz deve verificar, com auxílio das partes, se aquela solução, substitutiva do consenso entre os litigantes, se sustentaria caso fosse universalizada, ou seja, aplicada a todos os casos iguais ou equiparados.

Em outras palavras, o juiz deve verificar se está disposto a aplicar a mesma solução a todas as pessoas que estejam na mesma situação do autor. Trata-se de um pressuposto argumentativo, para que o discurso do julgador mantenha um padrão de coerência. Deve o juiz perguntar: considerando os argumentos racionais das partes, estou disposto a aplicar essa decisão a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação da parte autora?

Trata-se de uma postura argumentativa especialmente importante nos casos de controle de políticas públicas, pois permite ao ator judicial, de modo cooperativo, relembrar que o direito em questão é reflexo de uma política pública resultante de uma síntese das deliberações, negociações e barganhas travadas em uma estrutura comunicativa prévia, desenvolvida no interior da arena política. Assim, não se trata, exclusivamente, da proteção daquele direito considerado de modo isolado, mas de uma intervenção em um plano projeto por meio de uma outra estrutura argumentativa: a deliberação política.

Os tribunais são instituições políticas, que “*podem produzir relevante reforma social, mesmo quando outros ramos do governo estão inativos ou se*

---

<sup>386</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>387</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 85.

*opõem a ela*".<sup>388</sup> Esses efeitos, que não se restringem ao campo judicial (decorrente da autoridade da corte) para avançarem mesmo na seara extrajudicial (em razão da persuasão dos argumentos)<sup>389</sup>, conduziram a judicialização ao rol de estratégias ativistas de grupos minoritários ou defensores das causas mais diversas. Essa assertiva, que atualmente soa como uma obviedade, torna necessária a análise sobre como, quando e em que grau podem os juízes assumir o papel de agentes políticos.

O teste do potencial de universalização permite uma adequada análise de restrições à proteção do interesse individual, decorrentes de aplicação de lentes capazes de realizar uma visualização da situação por um plano macro. Por exemplo, a reserva do possível fática pode ser legitimamente analisada sem que a jurisdição descuide de sua missão primeira, a tutela dos direitos. Nesse sentido, Daniel Sarmiento afirma que a reserva do possível fática corresponde à *"razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes"*, empregando *"um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta"*<sup>390</sup>.

Mantendo o foco na tutela dos direitos, apesar de reconhecer uma limitação fática para esse objetivo, a racionalidade proposta considera o conjunto de direitos de pessoas impactadas da mesma forma pelo problema público e que, portanto, merecem igual consideração e respeito, não se justificando a proteção daquele que recorre ao Judiciário, em detrimento dos demais que não tiveram acesso à Justiça.

Em resumo, o juiz, ao decidir sobre o caso concreto, deve verificar o potencial de universalização da decisão, por meio da análise da possibilidade de aplicá-la a todo o universo de pessoas que se encontrem na mesma situação.

---

<sup>388</sup> ROSENBERG, Gerald. The hollow hope: can courts bring about social change? In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova Iorque: Pearson, 2013, p. 254.

<sup>389</sup> ROSENBERG, Gerald. The hollow hope: can courts bring about social change? In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2ª edição. Nova Iorque: Pearson, 2013, p. 257.

<sup>390</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 572.

Para tanto, deve ponderar entre o impacto da decisão, potencialmente universalizada, e o direito individual.

É possível que o juiz, racionalmente, não esteja disposto a estender concretamente a proteção de um direito a todas as pessoas no caso concreto, especificando a extensão e a forma dessa proteção. Isso não significa, entretanto, a impossibilidade de proteção judicial, mas, apenas sinaliza a necessidade de adoção de uma estratégia protetiva, mas aberta à cooperação e ao diálogo. Afinal, quanto menos o juiz avança sobre o aspecto político, mais universalizável fica a decisão. Poderia, por exemplo, concluir por uma determinação de proteção do direito, mas deixando a definição da extensão e da forma para o debate político.

Desse modo, mantendo o foco no direito, mas atento aos impactos políticos de sua decisão, o juiz pode optar por estratégias de tutela mais cooperativas, como por exemplo, a determinação do aprimoramento do procedimento de construção da política, a fim de contemplar a proteção do direito em jogo, sem que o tribunal adentre demasiadamente em aspectos substantivos.

## 9. PRECARIEDADE DA DECISÃO

Nós não somos definitivos porque somos infalíveis, mas somos infalíveis pois somos definitivos.

*Justice Robert H. Jackson*<sup>391</sup>

A jurisdição é constantemente associada à ideia de definitividade, sendo essa uma de suas principais características diferenciadoras das atividades administrativas e legislativas. Este traço marcante da jurisdição, entretanto, vem sendo flexibilizado, seja por uma redução da proteção de seu principal corolário – a coisa julgada –, seja pela compreensão de que, apesar de encerrar a atuação dos tribunais, a relação jurídica entre as partes pode ser alterada caso concordem com uma solução distinta daquela outorgada pela jurisdição.

Neste capítulo, constata-se que, em razão do caráter imperfeito e incompleto das políticas públicas, que necessitam de contínuo aperfeiçoamento e adaptações, as decisões jurisdicionais que controlam esses planos sociais não podem ser gravadas pela definitividade, devendo, ao contrário, ter natureza precária, adaptável às mudanças políticas.

Desse modo, a ponderação entre a definitividade da jurisdição e a mutabilidade da política conduzem a uma flexibilização das tradicionais normas processuais, dando lugar à coisa julgada segundo o plano vigente.

### 9.1 Definitividade da jurisdição

Uma das características centrais da jurisdição é a definitividade, que corresponde à impossibilidade de modificação da solução adotada pelo juiz para a solução de uma controvérsia, a qual não poderá ser novamente trazida a exame. Trata-se de uma condição necessária para garantir a segurança das relações jurídicas e dar tranquilidade às partes acerca do resultado final daquela disputa<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Juiz da Suprema Corte Americana de 1941 a 1954.

<sup>392</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

Essa definitividade transforma o Judiciário no resolutor final dos problemas que lhe são confiados, impedindo a continuidade da controvérsia. Tendo o Estado-Juiz atuado na solução da controvérsia entre duas partes, substituindo a vontade e os interesses dos litigantes por uma vontade funcional e pelo interesse do Estado de garantir os direitos por ele prometidos, a atividade jurisdicional tende a tornar-se imutável, sendo a coisa julgada o maior símbolo dessa imutabilidade, corolário do princípio da segurança jurídica:<sup>393</sup>

A imutabilidade das decisões nestes casos justifica-se para evitar a eternização dos litígios, para evitar a possibilidade de serem representados para solução os mesmos litígios e as mesmas situações que já tenham sido antes suficientemente apreciadas pelo Estado-juiz. Trata-se, em última análise, de uma inarredável consequência de um princípio maior de todo o ordenamento jurídico, que é o da “segurança jurídica”.

A tradicional e quase sacra proteção devotada à coisa julgada pode ser constatada no famoso dístico de Scassia: *“a coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro”*.

## 9.2 Flexibilização da definitividade

Entretanto, o desenvolvimento do Direito Processual à luz dos valores constitucionais revelou que, assim como os demais direitos e princípios constitucionais, a imutabilidade da coisa julgada, como corolário da segurança jurídica, perdeu sua natureza de direito absoluto. A flexibilização do instituto, seja por autorização legislativa, seja por construções doutrinárias e jurisprudenciais, pauta-se na ideia de que, como qualquer outro princípio constitucional, a segurança jurídica – e os institutos dela derivados – precisam ser ponderados com outras normas constitucionais que, em alguns casos, podem ter maior densidade e, por isso, prevalecem sobre a proteção à coisa julgada.

Desse modo, em que pese a grande importância da segurança jurídica e da definitividade dela decorrente, ambas disputam lugar em meio a uma diversidade de interesses constitucionais, cedendo diante daqueles com peso específico maior.

---

<sup>393</sup> BUENO, Cassio Sacarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

Assim a definitividade não pode ser considerada essencial à jurisdição, pois sua proteção pode entrar em tensão com outros interesses constitucionalmente protegidos, devendo a decisão sobre qual deverá prevalecer ser realizada por meio de ponderação, por tratar-se de um conflito aparente de normas, incapaz de ser solucionado pelos métodos tradicionais<sup>394</sup>.

Essa ponderação, em alguns casos, pode ser realizada abstratamente pelo legislador (*e.g.*: normas contidas na legislação processual), mas sempre haverá espaço e necessidade de avaliação das circunstâncias do caso concreto, pela via judicial, bem como, com mais restrições, administrativamente.

Por outro lado, mesmo nos casos em que deva prevalecer a proteção à coisa julgada, não há, em regra, óbice à construção de uma nova solução para a controvérsia por uma estratégia *dual*. Isso porque a definitividade da jurisdição, em regra, limita-se ao impedimento da renovação da lide, não proscrevendo as partes interessadas de preservar espaços para deliberações, negociações e barganhas, capazes de conduzi-las a uma solução distinta para controvérsia. Assim, não fere a definitividade da jurisdição a busca *dual* de uma solução distinta daquela outorgada pelo juiz, proibindo-se, apenas, a renovação de um novo pedido judicial.

Isso significa que a definitividade da jurisdição, apesar de oferecer garantias também ao Estado (como a afirmação de respeito às instituições e o óbice a repetições de processos), configura, essencialmente, uma proteção ao beneficiado pela tutela jurisdicional, pois impede que o seu adversário da demanda prorrogue o debate e impeça o gozo do direito pelo seu titular reconhecido judicialmente. Trata-se, porém, de uma proteção renunciável, não para permitir o início de um novo processo judicial, mas para manter a relação sempre aberta a uma solução construída pelas partes, sem o comando de um terceiro que as substitua na outorga da solução da controvérsia.

Em termos práticos, mesmo após a coisa julgada as partes podem transacionar ou renunciar, hipótese na qual o provimento jurisdicional perde sua eficácia. Se as partes desistirem de executá-lo e, consensualmente, construírem uma solução alternativa para a controvérsia, distinta da que foi

---

<sup>394</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

imposta pelo provimento judicial, poderão compor a lide, abrindo mão do resultado da atividade jurisdicional. Essa atitude não configuraria uma afronta à jurisdição, nem seria contrária ao Direito.

Em dois casos, todavia, a ideia de definitividade da jurisdição recebe aportes distintos do debate processual tradicional: *i.* na jurisdição constitucional, o tema é mesclado com a discussão sobre qual instituição tem competência para dar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição; e *ii.* no debate sobre o controle de políticas públicas, deve ser considerado o caráter precário dos planos sociais, avaliando-se a razoabilidade de fixar um comando definitivo sobre uma política essencialmente transitória.

O primeiro caso extrapola as questões meramente processuais, pois incorpora ao debate a discussão sobre o papel dos juízes no controle de constitucionalidade. O tema relaciona-se, com prioridade, com a definição do *design* institucional e a coordenação da relação entre as diversas entidades responsáveis por garantir a adequação do ordenamento jurídico à Constituição.

Como alerta Bickel, enquanto os gestores públicos podem ter suas decisões revistas por uma deliberação legislativa, o Judiciário tem o poder de aplicar e construir a Constituição contra a vontade do legislador majoritário, que fica impotente para afetar a decisão judicial.<sup>395</sup> De modo radical, a Suprema Corte Americana, no julgamento do caso *PICS*, tratou o caso *Brown* como um precedente a ser entendido e cumprido, mais que revisitado e, talvez, revisado; em outras palavras foi tratado como parte da própria Constituição, algo a ser profundamente entendido e cuidadosamente aplicado, mas, certamente, não abandonado ou, mesmo, marginalmente ajustado.<sup>396</sup>

Porém, se, por um lado, na jurisdição constitucional a discussão sobre a definitividade ganha ares específicos, em razão da discussão sobre a existência de uma supremacia constitucional, por outro, essa abordagem é insuficiente para a reflexão a respeito da judicialização das políticas públicas, uma vez que o controle dos tribunais, em muitos casos, não envolverá a discussão sobre a constitucionalidade. Haverá situações em que a atuação judicial focará na

---

<sup>395</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª edição. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 20.

<sup>396</sup> TRIBE, *op. cit.*, p. 2.

atuação da burocracia administrativa e a disputa sobre a prioridade na interpretação constitucional não será colocada.

Por esse motivo, este capítulo 9 objetiva analisar a precariedade da decisão judicial no controle de políticas públicas pelo ângulo da precariedade dos planos sociais.

### 9.3 Mutabilidade das políticas públicas

Toda decisão coletiva resulta inevitavelmente provisória, não sendo diferente com as políticas públicas, constituídas por uma série aberta de debates e revisão de decisões. Mas, além de cada decisão coletiva isolada, existe uma tendência histórica na qual a comunidade se reconhece e a partir da qual constrói sua identidade. O insuportável mal-estar existencial e a desordem social que podem derivar da falta de uma decisão definitiva configuram, portanto, um problema grave. Uma sociedade necessita estimar o preço que está disposta a pagar para facilitar ou impedir a mudança, avaliar quanto ganha e quanto perde em cada instância da divisão institucional do trabalho.<sup>397</sup>

Não é sem motivo que o ciclo de uma política pública tem como última fase a sua avaliação, por meio da qual é verificado o êxito do plano executado, aferindo-se a qualidade, o alcance dos objetivos, a efetividade do programa, seu impacto social e os custos envolvidos.<sup>398</sup>

Como alertado no capítulo 2, além da importante prestação de contas do governo perante a sociedade, a avaliação orienta a decisão sobre a continuidade, modificação ou encerramento da política. Como qualquer plano, as políticas públicas precisam se ajustar e aperfeiçoar constantemente. É possível que, em um determinado momento, a política seja avaliada como adequada para aquela conjuntura, sem necessidade de alteração. Em outros casos, apesar do reconhecimento de sua importância, a avaliação pode revelar

---

<sup>397</sup> MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (organizador). Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2014.

<sup>398</sup> THEODOULOU, Stella Z. KOFINS, C. The assessment of executed policy solutions. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) Public Policy: the essential readings. 2ª edição. Nova York: Pearson, 2013, p. 341.

a necessidade de modificações. Em outros casos, seja porque o plano atingiu todas as metas, seja porque se mostrou ineficiente, é possível que se decida por seu encerramento. As políticas públicas são, portanto, intrinsecamente dinâmicas e mutáveis. Entretanto, para que qualquer uma dessas decisões seja tomada com o mínimo de racionalidade são necessárias informações sobre o desempenho da política implantada.

A avaliação, assim como as etapas anteriores do ciclo, não se restringe a estudos técnicos, envolvendo também julgamentos políticos<sup>399</sup> sobre diversos aspectos da política, tais como: o processo de formação e implementação, os resultados, o impacto no público alvo, bem como a relação entre custo e benefício<sup>400</sup>. Desse modo, muitas vezes a verificação do sucesso de uma política escapa aos cálculos dos técnicos, para ser definida por meio de barganhas e negociações na arena política.

Diferentes avaliações podem ser realizadas sobre a mesma política, variando os atores, os critérios e o foco. Em uma avaliação administrativa, critérios como os métodos organizacionais, o esforço para a implementação, o desempenho, a eficiência e a eficácia são mais frequentes<sup>401</sup>.

Como já alertado no capítulo 3, diversas avaliações políticas assumem caráter bem distinto entre elas, pois podem ser realizadas por qualquer ator com interesse na vida política, sem sistematização ou técnica, sendo muitas delas partidárias e parciais<sup>402</sup>. Trata-se de poderosa ferramenta no jogo eleitoral, muitas vezes acompanhadas de promessas e compromissos para continuidade, modificação ou interrupção da política.

Ao lado das avaliações políticas, há a judicial, que avalia a compatibilização da política pública, bem como do seu processo de formação e implantação, ao ordenamento jurídico.

Ao se proferir um comando jurisdicional tornando imutável uma política pública, ou parte dela, interfere-se de modo radical na atividade dos demais

---

<sup>399</sup> KRAFT, Michael. FURLONG, Scott. *Public policy: politics, analysis and alternatives*. 3ª edição. Tradução livre. Washington: CQ Press, 2010, p. 86.

<sup>400</sup> THEODOULOU; Z. KOFINS, *op. cit.* (The assessment...), p. 343.

<sup>401</sup> HOWLETT; RAMESH; PERL, *op. cit.*, p. 208.

<sup>402</sup> *Ibid*, p. 212.

atores políticos, comprometendo o futuro das deliberações políticas e reduzindo permanentemente o espaço da arena.

#### 9.4 Coisa julgada segundo o plano vigente

A fim de equilibrar a definitividade da jurisdição, o papel do Judiciário como guardião da Constituição e as exigências democráticas de preservação das deliberações políticas, é necessário ponderar o efeito preclusivo com a necessidade de modificações das políticas públicas. O caminho para tanto é o reconhecimento de uma coisa julgada segundo o plano vigente. Preserva-se, assim, o comando jurisdicional diante da manutenção da política pública. Isso, todavia, não impede a modificação do plano social, fato que provocaria mudança conjuntural, fazendo com que a nova situação não seja abrangida pela coisa julgada permitindo que os atores se desvinculem do preceito judicial anterior.

Situação semelhante relaciona-se com o controle judicial de atos da administração que indeferem benefícios previdenciários. Quando transita em julgado uma sentença julgando improcedente a pretensão ao recebimento da prestação social, uma eventual renovação do pedido gera uma situação de tensão entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da não preclusão do Direito Previdenciário. De um lado, a definitividade da prestação jurisdicional tende a proscrever uma renovação da apreciação do pedido. Por outro, o caráter fundamental de alguns benefícios previdenciários chama a atenção para a necessidade de proteção das promessas constitucionais. Da ponderação desses princípios, que atendem a interesses antagônicos, surge o reconhecimento da coisa julgada *secundum eventum probationes*, admitindo-se a renovação da pretensão diante da existência de novas provas<sup>403</sup>.

No controle judicial de políticas públicas, deve ser aplicado pensamento semelhante, porém com o objetivo de impedir o engessamento da arena política, abrindo possibilidade de atualização dos planos, sem o óbice da coisa julgada.

---

<sup>403</sup> SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 5ª edição. Curitiba: Alteridade, 2014, p. 86-93.

## CONCLUSÃO

Édipo: Crês tu que assim continuarás a falar, sem consequências?

Tirésias: Certamente! Se é que a verdade tenha alguma força!

Édipo: Sim! Ela a tem; mas não em teu proveito! Em tua boca, ela já se mostra fraca... Teus ouvidos e tua consciência estão fechados, como teus olhos.

Tirésias: E és tu, ó rei infeliz! - que me fazes agora esta censura... mas um dia virá, muito breve, em que todos, sem exceção, pior vitupério hão de formular contra ti!

Édipo: Tu vives na treva... Não poderias nunca ferir a mim, ou a quem quer que viva em plena luz. (...)

Tirésias: Se tu possuis o régio poder, ó Édipo, eu posso falar-te de igual para igual! Tenho esse direito! Não sou teu subordinado, mas sim de Apolo; tampouco jamais seria um cliente de Creonte. Digo-te, pois, já que ofendeste minha cegueira, - que tu tens os olhos abertos à luz, mas não enxergas teus males, ignorando quem és, o lugar onde estás, e quem é aquela com quem vives. (...) Vês agora tudo claramente; mas em breve cairá sobre ti a noite eterna. (...)

Édipo: Podes insultar-me... Hás de me engrandecer ainda.

Tirésias: Essa grandeza é que causa tua infelicidade!

Édipo: Se eu já salvei a cidade... O mais, que importa?

O que tem quatro pés pela manhã, dois ao meio dia e três à tarde? O enigma lançado pela esfinge era a chave para Tebas salvar-se de terrível praga, responsável pela miséria e morte de seus cidadãos, os quais, sem encontrar a resposta, sofriam, desprovidos de esperança. Inesperadamente, todavia, um viajante em fuga visita a cidade e enfrenta a questão enigmática, respondendo-a: o homem! Porque engatinha pela manhã da vida, andando sobre dois pés pela tarde da existência e se ancora na bengala durante noite de seus dias. A resposta certa livra Tebas da maldição e eleva Édipo à condição de herói, com direito a desposar a rainha viúva e tornar-se o grande rei. Durante anos, governa soberano, até que tragédias anunciadas pelo cego Tirésias acabam de revelar verdades mais fortes que o Édipo pode suportar, provocando a desgraça em sua vida.

Diversas “pragas” sociais afetam a vida de pessoas e comunidades, na forma de problemas públicos, sem que os responsáveis tradicionais pela busca de soluções consigam dar a elas respostas satisfatórias. Em alguns casos, seguem em deliberações pouco efetivas, enquanto cidadãos padecem os males da ineficiência política, o que produz desconfiança, perda de credibilidade e de legitimidade dos responsáveis pelo enfrentamento dos problemas públicos. Como consequência, a sociedade é levada a buscar novas formas de produção de soluções para as “pragas”, fugindo das estruturas comuns por necessidade – ou, até mesmo, desespero – de encontrar a resposta ao enigma da esfinge.

Nesse contexto, o Judiciário apresenta-se como o viajante em visita à cidade, capaz de oferecer sedutoras respostas aos enigmas sociais, enfrentando a esfinge sob a lógica dos direitos. Soluções para os problemas públicos podem ser impostas mesmo contra a vontade majoritária, pois uma pretensão moral pode ser juridicamente adjudicada em razão de sua fundamentalidade<sup>404</sup>. Desse modo, há respostas, traduzidas na forma de direitos, mais importantes que o

---

<sup>404</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gegerio. *Leciones de derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 44. Sobre os direitos fundamentais como direitos morais, cf. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos – un ensayo de fundamentación*. 2ª edição. Buenos Aires: Ástrea, 1989, p. 47.

princípio da separação de poderes<sup>405 406</sup>, e que, portanto, podem ser oferecidas mesmo por aqueles que, *prima facie*, se limitariam a aplicar as soluções produzidas em outros ambientes, por atores distintos.

Desvelando meios para superar a ineficiência política e garantir direitos prometidos pelo Estado aos cidadãos, o Judiciário se une aos anseios da sociedade, essa rainha viúva das deliberações políticas, conquistando papel proeminente entre os atores políticos. Assim como Édipo, o Poder Judiciário se transforma, para muitos, em soberano, ao ponto de, em alguns momentos, desconsiderar as deliberações decorrentes da arena política.

A solução imediata, entretanto, tem potencial para se transformar no problema futuro, pois a saída – quase mágica – advinda da caneta de um juiz provoca graves riscos para o Estado e a sociedade. Por não integrar um planejamento, as soluções judiciais tendem a ser míopes, enxergando muito bem o problema imediato que lhe é apresentado, mas com pouca capacidade de realizar prognósticos, além de reduzida capacidade de aferir dificuldades e possibilidades políticas.

É fato que o Judiciário desvendou alguns enigmas e produziu alguns bons resultados no combate a mazelas sociais de diversas espécies. Isso não significa, todavia, que suas respostas foram as melhores, tampouco que será capaz de desvendar todos os enigmas. Ao contrário, a judicialização da política produz sérios riscos, sendo o maior deles a tentação que sofre o juiz de impor sua própria vontade ao decidir sobre aspectos políticos da vida social, ignorando e desprestigiando os planos elaborados pelos demais atores. Agindo como o Rei Édipo, que desacreditou Tiríades por se julgar mais inteligente, o Judiciário pode se sentir tentado a se sobrepor à política competitiva, extraíndo limitações jurídicas apenas visíveis sob a ótica do julgador, como se dissesse aos atores políticos: “*teus ouvidos e tua consciência estão fechados, como teus olhos...*”.

Decisões judiciais populares e de efeitos imediatos podem criar a sensação de que os juízes são destinados a decifrar todos os enigmas da esfinge

---

<sup>405</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 446.

<sup>406</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 36-37.

e salvar a sociedade da peste dos problemas públicos. Assim, ao dizerem “*se eu já salvei a cidade... o mais, que importa?*”, assumiriam o papel quase teológico, do soberano com poderes de decidir o estado de exceção que comporta a intervenção judicial em detrimento dos planos e ações provenientes das discussões na arena pública.

O cenário político brasileiro é propício a esse comportamento judicial, uma vez que nele ainda não se desenvolveu a cultura de um planejamento eficaz. Muitas políticas públicas nacionais se apresentam como planos imperfeitos, repletos de improvisos e de medidas desamparadas de análises profundas e realistas. Sua implementação também é extremamente falha, com flexibilizações exageradas do plano. Entretanto, ainda que repletos de vícios, permanecem sendo planos sociais, que devem ser valorizados tanto como planejamento, quanto como concretização das deliberações dos atores políticos inseridos na arena.

Em resumo, planos e estratégias elaborados no âmbito da política competitiva podem ser perigosamente desconsiderados e substituídos pela “política judicial”, em uma espécie de juristocracia. Entretanto, como o porco espinho acostumado com uma única estratégia defensiva, o Judiciário tradicionalmente cumpre sua função de tutela direitos, desconsiderando os planos governamentais, suas consequências e possibilidades. O preço da imposição judicial pode ser extremamente alto, sendo inspiradora a advertência de Tirésias a Édipo:

Se tu possuis o régio poder, ó Édipo, eu posso falar-te de igual para igual! Tenho esse direito! Não sou teu subordinado, mas sim de Apolo; tampouco jamais seria um cliente de Creonte. Digo-te, pois, já que ofendeste minha cegueira, - que tu tens os olhos abertos à luz, mas não enxergas teus males, ignorando quem és, o lugar onde estás, e quem é aquela com quem vives. (...) Vês agora tudo claramente; mas em breve cairá sobre ti a noite eterna. (...)

Ao desacreditar a política competitiva, impondo sua leitura particular, o julgador assume uma missão e um ônus que não são seus. Ao não se contentar com o papel de defensor das fronteiras entre Política e Direito, assume a função de formulador da política, submetendo-se ao risco de governar sem ouvir os governados e de expor que, apesar de decifrar alguns enigmas da esfinge, não é capaz de solucionar todas as questões sociais.

Destarte, a força política de hoje semeia o desprestígio de amanhã (“*Essa grandeza é que causa tua infelicidade!*”). A reação da política competitiva é

natural e inevitável, manifestando-se não apenas com investidas contra a função jurisdicional, mas, sobretudo, pelo esforço de politização dos julgamentos, na tentativa de levar a disputa política aos tribunais, de forma a obnubilar a visão do Judiciário e impedi-lo de enxergar as fronteiras que originalmente deveria defender (*“tu tens os olhos abertos à luz, mas não enxergas teus males (...) Vês agora tudo claramente; mas em breve cairá sobre ti a noite eterna.”*). O fiscal passa a exercer a atividade fiscalizada e, como um integrante da arena política, o julgador corre o risco de ceder à preocupação de emitir decisões simpáticas às opiniões públicas e publicadas, com temor de desagradar a maioria de ocasião e a mídia, o que deixaria a sociedade sem um real defensor da política constitucional.

A judicialização cooperativa propõe uma postura distinta do Judiciário no controle de políticas públicas. Reconhece os tribunais como atores políticos, porém excluídos da arena pública. O juiz não é e não pode comportar-se como um ator político competitivo, pois seu papel não é disputar pela prevalência da sua opinião e suas preferências. A missão institucional do Judiciário é a proteção dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico e, não, a sua criação. Assim, o papel do juiz é cooperar para o aperfeiçoamento das políticas públicas, com o objetivo de proteger direitos.

## **I. Política pública: objeto e parâmetro do controle judicial**

Constatada a importância do controle judicial, mas também identificados os seus riscos, é necessário elaborar estratégias para reduzi-los. Essa, aliás, é a função dos planos, categoria na qual estão incluídas as políticas públicas. O planejamento existe para reduzir os riscos e os custos das deliberações coletivas, pois, ao seguir o plano, o responsável pela decisão adere ao que foi previamente deliberado, sem a necessidade de renovação da etapa de discussões, negociações e barganhas sobre os temas e aspectos já previstos no plano<sup>407</sup>.

Ao desconsiderar a política pública como plano, o Judiciário assume o ônus de retomar todas as deliberações, reavivando os riscos e os custos dessa

---

<sup>407</sup> SHAPIRO, *op. cit.*, visualização 1818-1843.

deliberação, produzindo incertezas, desnaturando a atividade jurisdicional e arriscando a confiança institucional. Assim, analisar a existência de um direito, confrontando-o com a política pública que o integra, exige mais que a verificação isolada da existência desse direito. É necessário que o Judiciário compreenda que aquele direito existe vinculado a um plano e, somente a partir deste, pode ser reconhecido, compreendido e bem aplicado.

A judicialização cooperativa defende a participação do Poder Judiciário no processo político, como um ator externo à arena, com a missão de cooperar com os demais atores na tarefa de construir, aperfeiçoar, implementar e avaliar planos para o enfrentamento de problemas públicos, tutelando e promovendo direitos prometidos pelo ordenamento jurídico, à luz do planejamento social democraticamente estabelecido.

Portanto, para haver legitimidade no controle judicial de políticas públicas, devem estar presentes as condições de cooperação, analisadas ao longo desta tese: *i.* a jurisdição deve manter seu foco na proteção dos direitos, interferindo nas políticas tão somente quando for absolutamente necessário para o cumprimento de sua missão institucional; *ii.* o controle procedimental deve ter prioridade sobre o controle material, a fim de prestigiar as decisões produzidas pela arena política, apenas balizadas pela análise judicial, salvo se não houver outras possibilidades de proteção ao direito; *iii.* a definição das balizas para a decisão política deve variar de acordo com a capacidade decisória dos atores da arena em comparação com a judicial, aumentando-se ou reduzindo-se a sindicabilidade de acordo com a diferença de capacidade para bem decidir; *iv.* a proteção judicial de um direito não pode observar apenas o caso concreto, devendo o julgador analisar se a tutela pretendida pode ser incluída em uma política pública e generalizada para todos em idêntica situação, sendo o teste do potencial de universalização da decisão a ferramenta adequada para essa análise; *v.* as decisões judiciais que envolvam a interferência em políticas públicas, por se mesclarem a planos que necessitam de constantes modificações e aperfeiçoamentos, não podem ser gravadas pela definitividade, pois devem estar abertas a uma flexibilização suficiente para permitir a criação e a implementação de novos planos para o enfrentamento de problemas públicos.

O atendimento às condições de cooperação provoca um curioso, mas salutar efeito: a política pública assume, simultaneamente, os papéis de objeto e de paradigma do controle judicial.

Não há contradição nesta afirmação. Para delimitar o conteúdo dos direitos e a forma de sua proteção o juiz deve consultar as políticas públicas, objetivando compreender o seu papel no plano de enfrentamento do problema público. Assim, a formatação do direito está, em grande parte, relacionada com a política pública à qual está vinculado e que, portanto, torna-se um paradigma para a tutela judicial do direito.

Porém, por outro lado, as políticas públicas não podem avançar contra direitos garantidos por planos superiores. Desse modo, é proscrito a uma política pública delineada pelo Executivo prejudicar direitos garantidos pelo Legislativo, que por sua vez não pode contrariar a política constitucional. O Judiciário deve, com a finalidade de proteger direitos, fiscalizar as políticas. Aqui elas assumem o papel de objeto do controle judicial.

A afirmação acima é o resultado final de uma judicialização que atenda aos parâmetros de cooperação propostos nesta tese. Se o controle judicial ocorre de modo cooperativo, sua culminância é a efetiva proteção do direito e o consequente aperfeiçoamento da política pública, a partir da própria política. O plano criado dentro da arena é o ponto de partida, como também o limite para uma judicialização cooperativa.

A judicialização cooperativa exige, portanto, que os tribunais julguem por políticas, isto é, os limites, o conteúdo e a forma de implementação dos direitos devem ser aferidos conforme o plano social, deixando o juiz a posição de “mônada ensimesmada”, mas sem chegar ao extremo de se considerar portador de olho de Hórus, para assumir o papel de ator cooperativo com a missão compartilhada de combater os problemas públicos, por meio da proteção de direitos.

Afirmar que o juiz deve julgar por políticas pode produzir um impacto negativo. Como exemplo, Lenio Luiz Streck, ao analisar a questão “*julgar por políticas ou por princípios?*”, afirma: “*juízos nunca devem ser ‘por políticas’, ou, melhor dizendo, juízos não devem ser políticos jamais;*

*dever ser, sim, por princípios*”<sup>408</sup>. Ao estabelecer a diferença entre as duas formas de julgar, esclarece:<sup>409</sup>

- a) A diferença entre esses dois julgamentos é a seguinte: quando decide conforme princípios o Judiciário reconhece a existência de um direito que as partes possuem e que está inscrito no contexto mais amplo da moralidade da comunidade política;
- b) Já quando decide por políticas o Judiciário assenta sua decisão, não no conhecimento de um direito preexistente, mas, sim, em algum tipo de argumento que anuncia uma avaliação de resultados que podem trazer maior benefício para o bem-estar social.

Porém, o que Streck busca, verdadeiramente, combater não é o “julgamento por políticas”, mas o “julgamento político”. A utilização do próprio plano como um dos paradigmas de controle da política pública reduz a necessidade de deliberações judiciais sobre aspectos políticos, reduzindo o espaço oficial para barganhas e negociações, além de aumentar a previsibilidade e a segurança, sem prejuízo da proteção dos direitos. Desse modo, reduz as chances de um julgamento político.

O Judiciário, porco espinho armado contra lesões a direito, conserva a importante missão constitucional de, no exercício da jurisdição, proteger os direitos individuais e transindividuais garantidos pelo ordenamento jurídico. Parte desses direitos se origina diretamente das deliberações majoritárias, fruto da atividade legislativa. Outros decorrem de decisões burocráticas, focadas nas instituições e nos aspectos técnicos, extraíndo apenas indiretamente fundamento de validade nas leis. Todos, porém, devem observar as previsões constitucionais, que, por um lado, orienta as atividades dos Poderes Constituídos e, por outro, outorga diretamente alguns direitos aos indivíduos e a diferentes coletividades.

Tradicionalmente, afirma-se que a missão de tutelar direitos é orientada pelo critério da hierarquia das normas, motivo pelo qual, segundo o pensamento formatado por Kelsen<sup>410</sup>, os atos administrativos cedem perante as leis, que são inválidas caso se manifestem em desacordo com a Constituição.

---

<sup>408</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Supremo Tribunal Federal deve julgar por princípios ou por políticas? In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 262.

<sup>409</sup> *Ibid*, p. 260.

<sup>410</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Entretanto, quando a proteção aos direitos envolve a interferência em políticas públicas, a análise a ser realizada desloca-se da comparação entre direitos, para que se possa comparar planos. Assim, o juiz não pode se limitar a verificar se um ato administrativo ofende a um direito previsto em lei. A comparação deve ser realizada em relação ao plano: esse ato ofende ao plano traçado pelo legislador. Desse modo, a política pública deixa de ser exclusivamente o objeto de controle, para se transformar no parâmetro a ser utilizado no controle de outras normas ou atos. Atos e planos administrativos devem estar em harmonia com a política pública desenhada pelo legislador. Por sua vez, o ordenamento legal, incluindo as políticas públicas dele originadas, deve se submeter à política constitucional.

O controle, portanto, deve ser realizado considerando a adequação do direito ao plano, o que significa que a judicialização cooperativa reconhece a força normativa das políticas públicas, as quais devem ser levadas a sério na definição sobre o conteúdo e a forma de exercício dos direitos.

Utilizar a política pública como parâmetro de controle significa reconhecer uma maior flexibilidade no conteúdo e na forma de materialização dos direitos, uma vez que os planos devem se adequar às necessidades para o enfrentamento dos problemas públicos. Com isso, fica evidente a sua resiliência. Desse modo, abre-se espaço para deliberações das instâncias políticas de hierarquia inferior, reduzindo-se a possibilidade de “respostas únicas” advindas da Constituição ou da Lei.

O Judiciário, então, deve respeitar essa margem de decisão, prestando deferência aos planos traçados pelos atores políticos, desde que contidos nesses limites. Para fazer essa análise, o Juiz deve aferir as condições democráticas, institucionais e políticas.

No aspecto democrático, quanto mais perto a política estiver das deliberações majoritárias, menor a liberdade do juiz; por outro lado, quanto maior a participação da sociedade na elaboração do plano, também o juiz torna-se menos livre para interferir. No aspecto institucional, quanto mais evidente a existência de alternativa técnica mais eficiente, maior a possibilidade de interferência; logo, quanto maior a capacidade institucional de analisar esses aspectos técnicos, mais possibilidades de controle judicial.

Todavia, a fixação de parâmetros para a superação das dificuldades democráticas e institucionais, apesar de necessária, é insuficiente para garantir a cooperação. Ao lado dos aspectos democráticos e técnicos, deve ser acrescida a capacidade política, isto é, a possibilidade de manutenção de uma visão global da situação. Como a comparação deixa de ser realizada exclusivamente em relação aos direitos, passando a ser feita em relação aos planos, o juiz deve considerar a sua capacidade de enxergar o plano como um todo, sempre se abrindo às informações dos atores políticos sobre o projeto em sua integralidade.

## II. Última etapa do movimento pendular: da competição à cooperação

Os modelos de controle judicial da atuação governamental variam no tempo e em cada modelo histórico-social. Em um extremo, já superado no Brasil, a atuação judicial é extremamente restrita, pautada na ideia de que “o rei não erra” (*the king can do no wrong*). De outro lado, há modelos que admitem uma intervenção judicial forte, com a substituição da vontade política pela judicial. Há, ainda, modelos intermediários, onde se encontra uma atuação judicial fraca, porém suficiente à proteção dos direitos. De acordo com Mark Tushnet, existe a tendência a um movimento pendular, em que uma atuação judicial fraca é substituída por um forte ativismo, para em seguida tornar-se novamente fraca, embora com métodos mais eficazes<sup>411</sup>.

O Brasil encontra-se na segunda fase do movimento pendular. Após um longo período de resistência do Judiciário em interferir nas políticas públicas, vivencia-se hoje um controle judicial extremamente forte. Ao assumir o papel de guardião das promessas constitucionais<sup>412</sup>, o Judiciário provoca apreensão e perplexidade em relação aos limites e às formas de sua atuação. Afinal, são raros os debates excluídos do atuar judicial.

A judicialização cooperativa se apresenta como uma ferramenta de condução à última etapa do movimento pendular, por meio de uma redução da

---

<sup>411</sup> TUSHNET, *op. cit.* (Weak courts...), p. 249.

<sup>412</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião de promessas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

intensidade do controle. Em hipótese alguma, isso significa a diminuição da tutela dos direitos, mas sim a percepção de que a melhor forma de proteger os indivíduos e concretizar as promessas constitucionais não é por meio de um ativismo exacerbado, mas, sim, com um atuar judicial efetivo e equilibrado, capaz de respeitar a legitimidade democrática e a capacidade técnica dos demais poderes, sem se arvorar no papel de intérprete exclusivo da constituição.

Especificamente no que se refere às políticas públicas, a judicialização cooperativa afirma a necessidade de respeito aos planos políticos, como forma a contribuir para que, no lugar de “país do futuro”, o Brasil possa ser reconhecido como um dos países que eficientemente planeja o seu futuro e o do seu povo.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Others*. Decisão de 01 dez. 2005.

Disponível em: < <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/hP7cJ6Sfuw/MAIN/142890008/5/0#TOP>>. Acesso em 27 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Constitutional Court of South Africa. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Others*. Decisão de 01 dez. 2005. Tradução livre.

Disponível em: < <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/hP7cJ6Sfuw/MAIN/142890008/5/0#TOP>>. Acesso em 27 nov.2014.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 89, 155. Julgado em 12 out. 1993. Disponível em:< <http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>. Acesso em 14 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional Federal. 2 BcE 2/08. Julgado em 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>, acesso em 14 jan.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional Federal. 2 BvR 987/10. Julgado em 07 set. 2011. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>, acesso em 14 jan.2015.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução para o Espanhol de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. *O conceito e a natureza do Direito*. Tradução de Thomas de Rosa Bustamente. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas e no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

ARENDDT, Hannah. *O que é Política?* Editado por Ursula Ludz. Tradução de Reinaldo Guarany. 10.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985.

ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. V.1.

AURELLI, Arlete Inês. Função social da jurisdição e do processo. In: ZUFELATO, Camilo (coord.). YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 10-20.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1963.

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Um debate para o neoconstitucionalismo: papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. Disponível em: < <http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em: 23/04/2014.

BARDACH, Eugene, *A practical guide for policy analysis: the eightfold path to more effective problem solving*. 3.ed. Washington: CQ Press, 2009.

BARNES, Javier. Tres generaciones de procedimiento administrativo. In: ABERASTURY, Pedro (coordenador); BLANKE, Hermann-Josef (coordenador). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 119-164.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan/jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARTON, David. *Restraining judicial activism*. Aledo (Texas): WallBuilder Press, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy's view of history*. Nova York: Princeton University Press 2013.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINGHAM, Tom. *The rule of law*. Nova York: Penguin Books, 2010.

BINMORE, Ken. Introduction. In NASH, John F. *Essays on game theory*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1996.

\_\_\_\_\_. *Game theory: a very short introduction*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

BITTENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BLANKE, Hermann-Josef. La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo: márgenes de discrecionalidad y de apreciación. In BLANKE, Hermann-Josef (coord.). ABERASTURY, Pedro (coord.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y europa*. Buenos Aires: Eudeba – Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 21-52.

BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RMS 29.542/DF. Julgado em 30 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet 3.388/RR. Julgado em 19 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADI 1946 MC/DF, julgada em 29 abr. 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 631.240-RG. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 03 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>. Acesso em 24 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 208.893/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, julgado em 19/12/2003.

BREWER, Garry. DELEON, Peter. *The foundations of policy analysis*. Homewood (New Jersey): Dorsey, 1983.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHN, Matthew A. Institutional and noninstitutional actors in the policy process. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2.ed. Nova Iorque: Pearson, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução por Douglas Dias Ferreira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CAMPOS, Germán J. Bidart (coordenador) *Economía, constitución, y derechos sociales*. Buenos Aires: Ediar, 1997.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_.; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Volume 1. Pádua: Cedam, 1936.

CARRESE, Paul O. *The cloaking of power: Montesquieu, Blackstone, and the rise of judicial activism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial – uma perspectiva interdisciplinar. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador); FRAGALE FILHO, Roberto (organizador); LOBÃO, Ronaldo (organizador). *Constituição e ativismo judicial: limite e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 259-274.

CASAR, María Amparo. MALDONADO, Claudia. Formación de agenda y procesos de toma de decisiones: una aproximación desde La ciência política. In MERINO, Mauricio (coord.). CEJUDO, Guilherme M. (coord). *Problemas, decisiones y soluciones: enfoques de política pública*. Tradução livre. México: FCE CIDE, 2010, p. 207-238.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Tradução para o espanhol de Jose Casais Y Santaló. Madri: Instituto Editorial Reus.

CHRISTOPHER, C. Hood. MARGETTS, Helen Z. *The tools of government in the digital age*. 2.ed. Londres: Palgrave Macmillam, 2007.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COBB, Roger W. ELDER Charles D. The politics of agenda-building: an alternative perspective for modern democratic theory. *The Journal of Politics*, vol 33, nº 4, nov. 1971, disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/2128415?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101628090651>>. Acesso em 20 dez.2012.

\_\_\_\_\_.; ROSS, J. K.; ROSS, M. H. Agenda building as a comparative political process. *American Political Science Review*, v. 70, n. 1, 1976. Disponível em: <[http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/Cobb\\_Ross\\_and\\_Ross\\_1976.pdf](http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/Cobb_Ross_and_Ross_1976.pdf)>. Acesso em 06 jan.2014.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-614.

COUTO, Cláudio. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring Judicial Activism*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

CUNHA, José Ricardo (organizador). *Direitos humanos, poder judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

DA MATTA, Roberto. *Fé em Deus e pé na tábua: ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*. Edição eletrônica. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2010.

DAHL, Robert A. *On democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional*. São Paulo: Direito GV, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DODGSON, J. S.; SPARCKMAN, M.; PEARMAN, A.; PHILLIPS, L. D.. *Multicriteria analysis: a Manual*. Department for Communities and Local Government. UK, London, 2009. Disponível em: <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/7612/1132618.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/7612/1132618.pdf)>. Acesso em 10 out. 2014.

DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre faticidade de validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Justice of hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs (NJ): Prentice-Hall, 1972.

ENTERRÍA, Eduardo García. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 11.ed. Madri: Thomson Civitas, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *United States v. Scrap*, 412, U.S. 669 (1973). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/412/669/case.html>>. Acesso em 24 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. U.S. Supreme Court. *Schuette, v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary (BAMN)*. Julgado em 22 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-682\\_5367.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-682_5367.pdf)>. Acesso em 23 abr.2014.

\_\_\_\_\_. U.S. Supreme Court *Hollingsworth et al. v. Perry et al.* Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144\\_8ok0.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf)>. Acesso em 25 nov.2014.

\_\_\_\_\_.U.S. Supreme Court. *Clapper, Director of National Intelligence, et al. v. Amnesty International USA et al.*, disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1025\\_ihdj.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1025_ihdj.pdf)>. Acesso em 27 nov. 2014.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Atualizado por Gustavo Binenbojm. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: D.A.S.P., 1960.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n° 2013-669 DC, de 17 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>>. Acesso em 27/11/2014.

FRASER, Nancy. *Sacales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. Nova York: Columbia University Press, 2010.

GAIER, Reinhard. Análise do recente acórdão do Tribunal Constitucional Federal sobre a estabilização da moeda comum europeia. Tradução de Márcio Flavio Mafra Leal. *Cadernos do CEJ*, Brasília, nº 28, p. 92-108, 2011.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião de promessas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARZÓN, Juan Antonio Robles *et al.* *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. Madri: Editorial Tecnos, 2008.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Volume 1. Milão: A. Giuffrè Editore, 1970.

GICQUEL, Jean. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 19.ed. Paris: Montchrestien, 2003.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Edição Digital Nova York: Cambridge University Press, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coordenadora); WATANABE, Kazuo (coordenador). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUIZOT, François. *Des conspirations et de la justice politique*. Paris : Librairie Française de Ladvocat, 1821.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. Paradigms of law. In ROSENFELD, Michel (coord.). ARATO, Andrew (coord.) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia entre facticidade validade*. v. I. 2ª Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V.2 (The Mirage of Social Justice) Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

HEINEMAN, Robert A. [et al.] *The world of the policy analyst: rationality, values, and politics*. 2.ed. New Jersey, 1997.

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

HIEN, Eckart. O controle judicial das decisões administrativas discricionárias. *Revista CEJ*, Brasília, nº 27, p. 18-23, outubro/dezembro 2004.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOURS, Bernard. *L'idéologie humanitaire ou le spectacle de l'altérité perdue*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1998.

HOWLETT, Michael. RAMESH, M. PERL Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JANNUZZI, P. M.; MIRANDA, W. L.; SILVA, D. S. G. Análise Multicritério e Tomada de Decisão em Políticas Públicas: Aspectos Metodológicos, Aplicativo Operacional e Aplicações. *Informática Pública*, nº 11, pp. 69-87, 2009. Disponível em: <[http://www.ip.pbh.gov.br/ANO11\\_N1\\_PDF/analise\\_multicriterio\\_e\\_tomada\\_de\\_decisao\\_em\\_Politiclas\\_Publicas.pdf](http://www.ip.pbh.gov.br/ANO11_N1_PDF/analise_multicriterio_e_tomada_de_decisao_em_Politiclas_Publicas.pdf)>. Acesso em 10/08/2014.

JENKINS, William I. *Policy analysis: a political and organizational perspective* (government and administration series. Londres: Martin Roberts, 1978.

KEENEY, Ralph L. RAIFFA, Howard. *Decisions with multiple objectives: preferences and value tradeoffs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KINGDON, John W. *Agendas, alternatives and public policies*. Boston: HarperCollins, 1995.

KRAFT, Michael. FURLONG, Scott. *Public policy: politics, analysis and alternatives*. 3.ed. Washington: CQ Press, 2010.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional – 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I. Tocantins: Intelectos, 2003.

LIMA, Eusébio de Queiroz. *Teoria do Estado*. 8.ed. Rio de Janeiro: Record Editora, 1957.

LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics and choice. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, p. 298-310. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/974990.pdf>>. Acesso em 07/01/2015.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volume I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. Volume II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (organizador). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Nova York: European University Institute, 1987, p. 12-35.

\_\_\_\_\_. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo *et al* (org.). *Il futuro della costituzione*. Roma: Einaudi, [1990], p. 129-166.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAKHOVA-GREGG, Anna Nikolaevna. Russian Civil Service Reform: a step toward democratic consolidation or bureaucratic authoritarianism? Tese de doutorado em filosofia. Southern Illinois University Carbondale. Departamento de Ciência Política. Maio, 2008. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=adtiu6kylM4C&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 05 nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Maurício Vieira. É o direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo. In: MELLO, Marcelo Pereira (org.). *Justiça e Sociedade*. Rio de Janeiro: LTr-UFF.

MASSÉS, Ramiro Cabezas. *La administración pública, más arte que ciencia: política, administración y financiamiento los órganos de gobierno de estado*. La Paz (Bolívia): Comunicaciones El País, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de planejamento governamental: foco nas políticas públicas e nos indicadores sociais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MATLAND, Richard E. *Synthesizing the implementation literature*. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) *Public Policy: the essential readings*. 2.ed. Nova York: Pearson, 2013.

MATURANA R., Humberto. VARELA G, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy, 1995.

MAURER, Hartmut. *Droit administratif allemand*. Tradução para o francês de Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994, p. 138

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, nº 58, novembro 2000.

MEIER, Kenneth J. Regulation: politics, bureaucracy and economics. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2.ed. Nova Iorque: Pearson, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira da. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle judicial*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (organizador). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2014, p. 25-

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOISÉS, José Álvaro. *A confiança e seus efeitos sobre as instituições democráticas*. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 9-22.

MONTESQUIEU, Charles de Seconderat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação e a divisão de poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOON, Myung-Jae. INGRAHAM, Patricia. Shaping administrative reforms and governance: an examination of the political nexus triad in three Asian countries. *Governance – an international journal of policy, administration, and institutions*. v. 11, n. 1, p. 77-100, 1998. Disponível em <[http://www.readcube.com/articles/10.1111%2F0952-1895.581998058?r3\\_referer=wol&show\\_checkout=1](http://www.readcube.com/articles/10.1111%2F0952-1895.581998058?r3_referer=wol&show_checkout=1)>. Acesso em 25 out. 2014.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Administração pública transparente e responsabilidade do político*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 9.ed. Paris: Montchrestien, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEWDICK, Chistopher. Preserving social citizenship in health care markets: there may be trouble ahead. *McGill Journal of Law and Health*. Volume 2. 2008.

NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985.

\_\_\_\_\_. *Ética y derechos humanos – um ensayo de fundamentación*. 2.ed. Buenos Aires: Ástrea, 1989.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo de. *Gestão pública: democracia e eficiência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OMANN, I. How can multicriteria Decision Analysis contribute to environmental policy making? A case study on macro-sustainability in Germany. Third International Conference of the European Society for Ecological Economics. Austria, Vienna, 2000, p. 1. Disponível em: <[http://seri.at/wp-content/uploads/2010/05/Multi\\_criteria\\_Decision\\_Analysis\\_contribute\\_to\\_environmental\\_policy\\_making.pdf](http://seri.at/wp-content/uploads/2010/05/Multi_criteria_Decision_Analysis_contribute_to_environmental_policy_making.pdf)>, acesso em 10 out. 2014.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gegorio. *Leciones de derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004.

\_\_\_\_\_. *La constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. Madri: Tecnos, 2005.

PERLINGEIRO, Ricardo. Justiça administrativa no Brasil: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida?. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 71-78, jan/abril 2014.

PETERS, B. Guy. *American public policy: promise and performance*. 9.ed. Tradução livre. Los Angeles: SAGE, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIRANDELLO, Luigi. *Il fu Mattia Pascal*. 2.ed. eletrônica. Milão: Mondadori, 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

POWERS, Stephen P; ROTHMAN, Stanley. *The least dangerous branch? Consequences of judicial activism*. Westport (Connecticut): Praeger, 2002.

POZEN, Robert C. Boring is productive. In: Harvard Business Review. Setembro 2012. Tradução livre. Disponível em: <<https://hbr.org/2012/09/boring-is-productive.html>>. Acesso em 02 jan. 2015.

PRADO, Rodrigo Murad do. *A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigos da corte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. Estudo introdutório: o conceito e a natureza do Direito segundo Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *O conceito e a natureza do Direito*. Tradução de Thomas de Rosa Bustamente. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 7-28.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, número 97, julho/setembro 1969.

RAWLS, John. *El liberalismo político*. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 1996.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria de justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RECKER, Sebastian. Case note – Euro Rescue Package Case: the German Federal Constitutional Court protects the principle of parliamentary budget. *German Law Journal*, volume 12, n. 11, p. 2071-2075. Disponível em: <[http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_2071-2076\\_Recker%20FINAL.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_2071-2076_Recker%20FINAL.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2015

RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: quem manda, por que manda, como manda*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2.ed. Nova Iorque: Pearson, 2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. (organizador). TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. (organizador); GALDINO, Flavio (organizador). *Direito fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. (coordenador). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 5.ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SCALIA, Antonin. A doutrina do *standing* como um elemento essencial da separação de poderes. Tradução de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Volume 9, nº 1, 2014, p. 1-34.

SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Henning e outros. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SCHWEIZER, Kerstin. A integração europeia e o papel do Tribunal Constitucional Federal Alemão. *Revista NEJ*, vol. 16, n. 3, p. 295-304/ set-dez 2011. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3413/2119>>. Acesso em 15 jan. 2015.

SCMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Luiza Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Edição digital. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHEPSLE, Kenneth A. *Analyzing politics: rationality, behavior, and institutions*. 2.ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2010.

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

SILVA, Fábio de Souza. *Discricionariedade técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial*. 2014. 191 f. Tese (Doutorado em Sociologia e Direito) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

SILVA, José Afonso da. Ativismo judicial e seus limites. In FURTADO, Marcus Vinicius (coordenador). *Reflexões sobre a Constituição: uma*

homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus, OAB, 2013, p. 383-390.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-602.

SIMON, Herbert A. Rational decision-making in business organizations. Nobel Memorial Lecture, 8 de dezembro de 1978. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1978/simon-lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1978/simon-lecture.pdf)> Acesso em 10 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. 4.ed. (digital). Nova York: The Free Press, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação da deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizador); SARMENTO, Daniel (organizador). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-552.

\_\_\_\_\_. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.79-12.

\_\_\_\_\_. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In FELLET, André (organizador); NOVELINO, Marcelo (organizador). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodium, 2014.

SCHATTSCHENEIDER, E. E. *The semisovereign people: a realist's view of democracy in America*. Hinsdale (Illinois): The Dryden Press, 196-.

STEINBERGER, Peter J. Typologies of Public Policy. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) *Public Policy: the essential readings*. 2.ed. Nova York: Pearson, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a “refundação positivista”. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador); FRAGALE FILHO, Roberto (organizador); LOBÃO, Ronaldo (organizador). *Constituição e ativismo judicial: limite e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal deve julgar por princípios ou por políticas? In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodium, 2013

SUN, Milan Tung-Wen. Transformation of Governance in Taiwan: a critical assessment. Disponível em: <file:///C:/Users/F%C3%A1/Downloads/The\_Transformation\_of\_Governance\_in\_Taiwan\_\_A\_Cri.pdf>. Acesso em 05 nov. 2014.

SUNSTEIN, Cass. R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, nº 28. The Law School – The University of Chicago.

SWEET, Alec Stone. Judicialization and the construction of governance. In SHAPIRO, Martin. SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. Nova York: Oxford, 2002.

TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Neal C. (coord.); VALLINDER, Torbjörn (coord.). *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TEUBNER, Gunther. Introduction to autopoietic Law. In: TEUBNER, Gunther (organizador). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Nova Iorque: European University Institute, 1987.

THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: starting to understand. Tradução livre. In: THEODOULOU, Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2.ed. Nova Iorque: Pearson, 2013.

\_\_\_\_\_. Z. KOFINS, C. The assessment of executed policy solutions. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) *Public Policy: the essential readings*. 2.ed. Nova York: Pearson, 2013.

\_\_\_\_\_. The structure and context of policy making. In THEODOULOU, Stella Z (org.); CAHN A. Matthew (org.) *Public Policy: the essential readings*. 2.ed. Nova York: Pearson, 2013.

THOMAS, H. G. Towards a new higher education law in Lithuania: reflections on the processo of policy formulation. *Higher Education Policy*, v. 14, n. 3, p. 213-23. Disponível em: <www.palgrave-journals.com/hep/journal/v14/n3/pdf/8390181a.pdf>. Acesso em 07 jan. 2015.

TILLY, Charles. *Democracia*. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBE, Laurance H. *American Constitutional Law*. 3.ed. Volume 1. Nova York: Foudation Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Edição eletrônica. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, Neal C. (coord.); VALLINDER, Torbjörn (coord.). *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 10.ed. Campinas: Papirus, 2013.

VELASQUEZ, M.; HESTER, P. T. An Analysis of Multi-Criteria Decision Making Methods. *International Journal of Operations Research*, vol. 10, n. 2, pp. 56-66, 2013. Disponível em <[http://www.orstw.org.tw/ijor/vol10no2/ijor\\_vol10\\_no2\\_p56\\_p66.pdf](http://www.orstw.org.tw/ijor/vol10no2/ijor_vol10_no2_p56_p66.pdf)>. Acesso em 10 out.2014.

VERDAGUER, Francisco Pera. *Jurisdiccion contencioso-administrativa*. Barcelona: Bosch, 1976.

VERMEULE, Adrian. *The constitution of risk*. Nova York: Cambridge University Press, 2014.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador); FRAGALHE FILHO, Roberto (organizador); LOBÃO, Ronaldo (organizador). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. *et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Tradução para o espanhol de Xohana Bastida Calvo. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Volume 1. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WEBER, Max. *O que é burocracia*. Tradução do Conselho Federal de Administração. Brasília: CFA, 2012.

WILSON, James Q. The rise of the bureacratic state. In: THEODOULOU , Stella Z. (org.). CAHN, Matthew A. (org.). *Public policy: the essential readings*. 2.ed. Nova Iorque: Pearson, 2013.

WOOTTON, B. *Freedom under planning*. Londres: Allen and Uwin, 1945.

ZAHARIADIS, Nikolaos. The multiple streams framework: structure, limitations, prospects. In SABATIER, Paul A. (coord.). *Theories of policy process*. 2.ed. Cambridge: Westview Press, 2007.