

ROSA JR. Luiz Emygdio da. Curso de Direito Financeiro e Tributário, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS. Sérgio Honorato dos. Royalties do Petróleo à luz do Direito Positivo, Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM): Natureza Jurídica, Competência Normativa e Prescrição. In: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 3, 2006.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Natureza Jurídica da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, São Paulo: Dialética, v. 2, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Concessões, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Direito Administrativo Regulatório, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Rubens Gomes de. Normais gerais de direito financeiro. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 155, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros, p. 393, 2002.

TAVEIRA, Heleno Torres. A Compensação financeira devida pela utilização de recursos hídricos, exploração de recursos minerais ou produção de petróleo, xisto betuminoso e gás natural (art. 20, §1º, Constituição Federal) – sua natureza jurídica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Grandes questões atuais do direito tributário, São Paulo: Dialética, v.2, 1998.

TEIXEIRA, Álvaro. Perspectivas do Setor do Petróleo Pós-Descobertas do Pré-Sal. Palestra apresentada no IV Seminário de Petróleo e Gás no Brasil, em 14 de abril de 2008, na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

XAVIER, Alberto. Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais. In: Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, v. 33, pp. 7-15, 1998.

Internet

ANP: <http://www.anp.gov.br/doc/participacoes_governamentais/consolidado_2007.pdf>

_____. Nota Técnica nº 021/2007-SCM. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/>>. Consulta em 16/06/2008.

PRATES, Jean Paul. Brasil pós - pré - sal: partilha não paga royalties, entre outras coisas. Disponível em: http://www.oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=110375. Consulta em 03, de julho de 2008

DESENHO INSTITUCIONAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUNS PARÂMETROS GERAIS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL

Felipe de Melo Fonte*

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da separação de poderes. 3. O problema da escolha institucional. 4. As instituições públicas. 4.1. Processo político. 4.2. O Poder Judiciário. 5. Parâmetros institucionais em políticas públicas 5.1. Preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição de políticas públicas. 5.2. Preferência da tutela coletiva sobre tutela individual quando em sede judicial. 5.3. Preferência pelo formalismo e minimalismo nas decisões judiciais. 6. Breve conclusão

1. Introdução

O objetivo deste artigo é demonstrar que o controle judicial de políticas públicas¹ é mais do que uma singela questão de interpretação constitucional, caminho que muitas vezes é trilhado pela doutrina que cuida do tema². Ele envolve também a avaliação do mérito relativo das instituições públicas destinadas à concretização do direito, o que inclui a análise do modo que são constituídas e de como tomam suas decisões. Isto porque, atribuídas de forma difusa a diversos órgãos e entes constitucionais, as competências para a implementação e defesa dos direitos fundamentais acabam provocando atritos que não são solucionáveis pela singela referência a determinados princípios abstratos (como o da dignidade da pessoa humana, para ficar no exemplo mais óbvio). O trabalho a ser realizado, em consonância com a proposta delineada acima, consiste precisamente em determinar os parâmetros gerais de controle de políticas públicas que este tipo de análise pode fornecer. Por se tratar de um tema afeto à repartição horizontal de funções no Estado, o princípio da separação de poderes deve ser o ponto de partida.

2. O princípio da separação de poderes³

O princípio da separação de poderes foi incorporado ao discurso jurídico pelo

* Mestrando em direito público pela Universidade Estado Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Para uma definição de políticas públicas e a discussão a respeito de algumas objeções ao controle judicial, v. o nosso trabalho: FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público, v. 20, pp. 91 a 126, 2008.

² Sobre o tema: BARCELLOS, Ana Paula de, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas". Revista de Direito Administrativo, n. 240, pp. 83 a 103, 2005, e "Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático". Revista de Direito do Estado, n. 03, pp. 17 a 54, 2006. APPIO, Eduardo Fernando. O controle judicial das políticas públicas no Brasil, 2007. AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha, 2001. BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no Estado constitucional, 2007. DIAS, Jean Carlos. O controle judicial de políticas públicas, 2007. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O Controle Judicial de Políticas Públicas, 2005. SOUTO, Marcos Juruena Villela, "Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas". Revista de Direito Público da Economia, n. 17, 2007.

³ Não se desconhece que o poder político do Estado é uno e indivisível. A rigor, a especialização das

célebre art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴, e desde então se tornou um elemento onipresente nos Estados liberais⁵. A Constituição Federal de 1988 albergou-o em seu art. 2º, protegendo-o inclusive com o *status* de cláusula pétrea⁶. Em termos genéricos, o princípio da separação de poderes impõe a decomposição do poder político em múltiplos órgãos estatais, titularizados por diferentes atores, fundamentando-se na idéia simples, porém poderosa, de que a sua concentração favorece o arbítrio. Conforme perfilha a doutrina sobre o tema, sua aplicação serve a três propósitos distintos, a seguir analisados⁷.

Do ponto de vista histórico, seu objetivo inicial é claro e já foi anunciado: evitar o arbítrio potencial que decorre da concentração de poderes na figura de um só titular. O reconhecimento de que a reunião das capacidades de ditar normas abstratas, aplicá-las e julgar os casos concretos em uma só pessoa ou órgão conduz ao abuso de poder é um axioma na filosofia política, conforme bem percebeu Montesquieu, divulgador mais célebre da idéia⁸. Logo, o princípio da separação de poderes procura viabilizar, em primeiro plano, a realização do projeto democrático de autogoverno de um povo, protegendo-o contra a *tiranía minoritária* (do rei, do clero, dos magistrados, etc.). Esta foi a primeira versão da doutrina da separação de poderes, conforme esclarece Nuno Piçarra em sua monografia sobre o tema⁹.

atividades estatais significa dividir funções, e não poderes. Contudo, no texto, optou-se por manter a terminologia clássica, que é amplamente disseminada na literatura jurídica brasileira. Sobre o ponto, VERDÚ, Pablo Lucas; DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. Manual de derecho político, v. 1, 1994, p. 186: “Al atribuir las funciones del Estado a tres grupos distintos de órganos, a los llamados tres poderes, no se fracciona La unidad orgánica estatal, ya que cada uno de los tres poderes actúa siempre como órgano del Estado”.

⁴Veja-se o texto: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁵V. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. “O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado”, mimeo, s/d.

⁶Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (...) Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;”.

⁷ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”, *Havard Law Review*, vol. 113, no. 3, 2000: “More concretely, I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the question, ‘Separation power on behalf of what?’. The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny”.

⁸MONTESQUIEU, Do espírito das leis, 197, p. 157: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências entre os indivíduos”. Note-se que, segundo Nuno Piçarra, a origem da *separation of powers* é inglesa, encontrando suas raízes na *rule of law*, de modo que a formulação de Montesquieu não é original. In: A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, 1989, pp. 17 a 19. De toda forma, em função da pretensão universalista que marcou a Revolução Francesa, a obra de Montesquieu é a mais divulgada, razão pela qual foi adotada neste texto como marco teórico original do princípio.

⁹PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, 1989, p. 49: “Como arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento, a necessidade de separação dos poderes era invocada com o preciso sentido de limitar aquele órgão ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveriam caber”.

Em segundo lugar, as funções são separadas para que haja efetivo resguardo dos direitos fundamentais¹⁰. O papel aqui é exatamente igual ao da primeira hipótese, com o detalhe de que a proteção dirige-se a outro tipo de perigo político. De nada vale a contenção do arbítrio de um órgão ou indivíduo se o aparato estatal estiver a serviço de uma *tiranía majoritária*. No exercício deste mister enfatiza-se o papel do Poder Judiciário, que assume a função de julgar com independência os litígios que envolvem a sociedade e o Estado (e também no interior da própria sociedade), resguardando os direitos fundamentais das investidas ilícitas dos demais poderes (e atores privados).

Nesta linha de raciocínio, o princípio da separação de poderes assume a delicada função de garantir o equilíbrio entre minorias e majorias na direção das decisões públicas, ora resguardando as minorias mediante a proteção do Poder Judiciário, ora impedindo que qualquer órgão e/ou pessoa tome para si a condução isolada das decisões públicas. Note-se que esta dupla função do princípio transformou-o em fundamento tanto para uma maior intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas quanto para a defesa das funções institucionais tradicionalmente atribuídas à Administração Pública e ao Poder Legislativo. Pois se, de um lado, é correto afirmar que o agigantamento do poder dos magistrados em detrimento dos demais traz consigo o risco de uma ditadura dos juízes, também não é equivocado dizer que os direitos fundamentais, previstos no texto constitucional em grande quantidade e com enunciados normativos pouco densos, são garantias contra estes mesmos poderes constituídos pelo exercício do voto.

Muito embora já se reconheça um caráter fluido na separação de poderes, que aponta para atribuições *preferenciais* e não *exclusivas* de funções, as causas para o atual estágio de entrelaçamento entre as funções estatais no Brasil merecem ser abordadas, e o serão adiante¹¹. Desta forma, verifica-se que a remissão pura e simples ao princípio da separação de poderes, abstratamente considerado, pouco contribui para o deslinde do problema proposto: delimitar espaços de atuação de cada um dos poderes do Estado¹².

Em terceiro lugar, o princípio da separação de poderes preconiza a especialização funcional das atividades estatais, de modo a prevalecer a competência técnica. Logo, separar as funções do Estado também tem por escopo atender a um imperativo de racionalização das atividades públicas, função especialmente importante se considerada a ampliação demasiada de tarefas do Estado nos últimos séculos e a escassez de recursos

¹⁰PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, 1989, p. 191: “A separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode ‘resistir’ às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estatal”.

¹¹VERDÚ, Pablo Lucas; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. Manual de derecho político, v. 1, 1994, p. 190: “Por eso insistimos en que la doctrina de la separación de poderes ha de estimarse como un principio de organización jurídica y de atribución no exclusiva, sino tendencial y prevalente, a cada órgano, del ejercicio de sólo una de las diversas actividades fundamentales del Estado”.

¹²É preciso ressaltar que o arranjo político-constitucional de divisão de poderes por vezes dá solução definitiva aos problemas jurídicos sobre competências. Não há dúvidas, e.g., que decidir definitivamente sobre a internalização de tratados compete ao Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal de 1988), mas o controle de constitucionalidade das leis pelo chefe do Poder Executivo é uma questão que ainda gera polêmicas doutrinárias (sobre o ponto, v. BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira, 2004, pp. 232 e ss.). Como se verá adiante, o problema cinge-se de maneira mais forte no que tange às políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais, assunto em que houve forte entrelaçamento entre atribuições administrativas, legislativas e judiciais.

para concretizá-las, assuntos que são corriqueiramente abordados pela doutrina¹³. Assim, ao lado da função de contenção, a separação de poderes requer que as tarefas públicas sejam designadas aos órgãos com capacidade de exercê-las da maneira mais adequada e eficiente, de modo que suas decisões sejam as melhores possíveis. Em resumo, a separação de poderes é uma técnica¹⁴ a serviço de três propósitos: (i) resguardar a democracia; (ii) proteger os direitos fundamentais; e (iii) permitir a racionalização no exercício das funções públicas. Sintetizando ainda mais seus intentos, pode-se afirmar que suas funções são: (a) equilibrar adequadamente os interesses das maiorias e minorias, impedindo abusos de qualquer natureza (função político-social); e (b) permitir que as decisões públicas sejam eficientes e racionais na maior medida possível (função orgânico-funcional).

Estas duas funções gerais, ao menos em tese, deveriam ser alcançadas pela divisão de tarefas públicas, de cunho setecentista, entre três poderes do Estado: (i) *legislativo*, cuja atividade consiste na produção de normas gerais e abstratas (atos normativos primários); (ii) *judiciário*, cujo mister é a aplicação do direito aos conflitos concretos, quando provocado para tanto; e (iii) *executivo*, o qual possui atribuição definida de forma residual, por exclusão das demais, ou, na lição clássica de Seabra Fagundes, consiste em *aplicar a lei de ofício*¹⁵. Por regra geral, a escolha dos juízes pelo mérito técnico, de legisladores e administradores por meio do voto, os quais são coadjuvados pela burocracia, composta por servidores públicos selecionados também pelo mérito, ressalvadas exceções pontuais, também procura atender os objetivos acima elencados. Este quadro deve ser complementado pela contribuição do direito norte-americano, onde foi cunhada a noção de *freios e contrapesos*, a qual procura temperar esta rígida divisão de exercício de funções permitindo que haja interpenetração entre elas. Enfim, este é o conhecimento clássico e convencional sobre o assunto.

Em linhas gerais, a questão da escolha institucional surge quando há mais de uma instituição governamental responsável por interpretar textos jurídicos e implementar decisões, tais como cortes judiciais de diversas instâncias, agências reguladoras, Administração Pública direta, autarquias, três níveis de federação, etc..¹⁶ É dizer: *quando há divisão interna do poder político*¹⁷. Como se vê, a adoção do princípio da separação de poderes automaticamente traz consigo este tema. O ponto se torna especialmente problemático quando, em dada ordem jurídica estabelecida, ocorre a sobreposição de atribuições institucionais, exatamente o caso brasileiro. Quanto às políticas públicas em particular, este emaranhado de tarefas resulta de um conjunto de razões exposto a

seguir¹⁸: (i) a possibilidade de submeter qualquer questão ao Poder Judiciário devido à cláusula do acesso à justiça; (ii) a expansão dos instrumentos e dos legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada, assim como a tutela coletiva de direitos; (iii) a possibilidade de que todos os juízes, mesmo os de primeiro grau de jurisdição, efetuem o controle de constitucionalidade das normas e atos administrativos; e (iv) a adoção da técnica das normas programáticas pela Constituição Federal de 1988.

As duas primeiras razões acima elencadas estão diretamente relacionadas com a abertura do Poder Judiciário à participação da cidadania. Assim, o princípio do amplo acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 é a primeira e mais evidente razão para o processo de avanço do Poder Judiciário sobre questões consideradas tipicamente políticas ocorrido nos últimos anos¹⁹. Além de coibir qualquer medida legislativa destinada a obstaculizar o acesso imediato à instância judicial, referido princípio veda ao juiz proferir *non liquet*. É dizer: uma vez estabilizada a relação processual, presente todos os requisitos para o exercício regular do direito de ação, o juiz está obrigado a proferir uma decisão compondo o litígio. Por seu turno, o dogma da completude do ordenamento jurídico – tese oriunda do positivismo jurídico – exige que o magistrado “descubra” no sistema a solução para a lide, ainda que evidentemente ela não esteja nele contida²⁰. Não raras vezes a decisão judicial representará antecipação de questões que deveriam ter solução coletiva pela via legislativa, atropelando os procedimentos parlamentares tendentes à tomada de decisões públicas, os quais, por demandarem a formação de maiorias cuja composição não é singela, são necessariamente mais vagarosos.

Ainda no campo do acesso à justiça, não se pode olvidar a ampliação dos legitimados para a propositura das ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade

¹⁸Cf. MARINS, Leonardo Vieira. “Interpretação constitucional e desenho institucional. A jurisdição constitucional entre o ativismo e a autocontenção”. Revista de Direito do Estado n. 12, 2008, p. 150.

¹⁹Dos quais são exemplos os julgamentos sobre a cláusula de barreira (Supremo Tribunal Federal, ADI nº. 1351-3-DF e ADI nº. 1354-8-DF), fidelidade partidária (Supremo Tribunal Federal, MS nº. 26.602-DF, MS nº. 26.603-DF e MS nº. 26.604-DF) e inelegibilidade dos candidatos com “ficha suja” (ADPF nº. 144-DF). Sobre estas questões, v. SILVA, Alexandre Garrido, “Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas”, Revista de Direito do Estado nº. 12, 2008, pp. 107 a 142.

²⁰O dogma da completude do ordenamento jurídico é essencial às demais teses positivistas, a saber: a atividade jurisdicional é sempre de descoberta; e o juiz não pode proferir *non liquet*. A propósito, v. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico, 1995, p. 207. Com efeito, se todas as decisões judiciais correspondem a uma atividade de descoberta, e se para todos os problemas há uma solução jurídica implícita ou explícita no sistema, então os juízes estão aparelhados a julgar qualquer questão. Estas teses conduziram à chamada “crise da vinculação legal”, situação em que os órgãos de aplicação do direito acabam por definir suas próprias regras decisórias, erodindo o marco de divisão de poderes. Sobre este tema, v. GRIMM, Dieter. Constituição e política, 2006, pp. 19 e 20: “Onde faltam critérios legais que determinem a conduta dos destinatários da norma de forma suficiente, a jurisdição também não pode fiscalizar se os destinatários se comportaram legalmente ou não. Porém, se ela aceitar sua missão de fiscalização, ela não vai mais utilizar critérios preestabelecidos, mas impor suas próprias noções de exatidão. Dessa maneira, ela se transforma, em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação”. A criação de direito sem referencial democrático é estimulado pela doutrina pós-88, com o que não se pode concordar. Veja-se: KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, 2002, p. 98: “Num Estado Social, modelo adotado pela Carta Brasileira de 1988, o Poder Judiciário é exigido a estabelecer o sentido ou a completar o significado da legislação constitucional e ordinária que já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica, o que o dá o papel de ‘legislador implícito’”. Acrescente-se que postulado positivista encontra-se em discussão, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento

das leis²¹ e também dos mecanismos de tutela coletiva, muito bem manejados pelo Ministério Público e, de modo residual, por outros atores sociais legitimados. A superação dos mecanismos intersubjetivos de tutela jurisdicional, oriundos do processo civil clássico, permitiu aos magistrados exercer a tutela de interesses *coletivos*²² através do processo, os quais eram tradicionalmente confiados à Administração Pública. Décadas atrás era inimaginável a possibilidade de um juiz singular determinar a construção de estabelecimentos públicos, tais como hospitais, escolas e prisões, no campo de um litígio individual. Esse caminho abriu-se com a tutela coletiva, operando genuína revolução no papel da magistratura²³. A ela deve-se somar a possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade conferido a todos os juízes, resultante da adoção do sistema difuso. A hermenêutica jurídica convencional pós-88 concluiu que toda aplicação do direito envolve, necessariamente, a interpretação e aplicação da Constituição, abrindo uma nova perspectiva para a magistratura se comparada ao passado não tão distante²⁴. Em outras palavras, com o alargamento e o reforço da justiça constitucional, o Direito constitucional finalmente emerge como disciplina fundamental no discurso acadêmico e na aplicação cotidiana do direito.

Por fim, mas não menos importante, a inclusão de normas programáticas no texto constitucional operou nítida ponte entre o direito e a política, legitimando e abrindo

sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 2002, p. 189: “Do mesmo modo, deve-se evitar, perante a obtenção do direito a partir do sistema, o mal-entendido de que o sistema é sempre dado, de antemão, como pronto e, desde logo, faculta as soluções para os problemas”.

²¹Antes da Constituição de 1988 só o Procurador-Geral da República tinha poderes para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade, a propósito, v. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2004, p. 119-120: “Foi no tocante à legitimação *ativa* para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso”.

²²ZAVASCKI, Teoria Albuino. Processo coletivo, 2008, p. 36: “(...) não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna”. Esse sistema representou a superação do “paradigma processual liberal”, cf. Ieciona SALLES, Carlos Alberto. “Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos”. Revista de Processo n. 121, p. 39: “Segundo o paradigma liberal de Direito e de Estado, ao Judiciário cabe a solução de conflitos entre sujeitos individuais, não se cogitando, nessa perspectiva, de qualquer alargamento da função jurisdicional do Estado”.

²³BARROSO, Luís Roberto. “Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luís Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santos (org.). Reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional. n.º 45/2004, 2005, p. 426: “Uma das instigantes novidades do Brasil nos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Sob a Constituição de 1988, recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo”.

²⁴BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. Revista de Direito Administrativo n.º 240, p. 4: “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado”.

espaço para que o Poder Judiciário interfira na definição da agenda institucional do Estado brasileiro²⁵. Ao exortar os poderes políticos mediante apelos constitucionalizados, foi derrubada a barreira que separava o político e o jurídico, na compreensão tradicional desta divisão. Ora, nada impede que o discurso jurídico avance sobre temas legislativos e administrativos, mas a existência de normas constitucionais instituindo direitos tradicionalmente tratados de maneira coletiva, marcadas por sua baixa densidade normativa, serviu como um convite a que a barreira institucional fosse atravessada em termos incontornáveis.

Nesta linha de raciocínio, é possível afirmar que, atualmente, em caráter puramente abstrato, *não existe, no direito brasileiro atual*, um nítido marco divisório entre os campos de atuação dos poderes legislativo, executivo e judiciário em matéria de políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais que possa ser extraído do texto constitucional. Evidentemente, uma proposta de divisão material de tarefas com base na metódica constitucional é importante e não pode ser deixada de lado²⁶. Contudo, considerando que esta é a análise mais tradicional, não será abordada aqui. Por ora, cabe recorrer à função orgânico-funcional, que consiste na designação de tarefas públicas ao órgão mais capaz de exercê-las. É exatamente esta a proposta do aporte institucional, oriundo do direito norte-americano, exposta no tópico seguinte.

3. O problema da escolha institucional

Os teóricos clássicos da filosofia do direito normalmente controvertem a respeito de uma teoria dos objetivos públicos (*theory of goals*), i.e., discutem quais os bens e direitos que devem ser reconhecidos, protegidos e promovidos pela comunidade política juridicamente organizada. A despeito da relevância e necessidade do debate sobre os fins públicos, o fato é que ele simplesmente *não esgota* a problemática das políticas públicas. Teorias morais altamente complexas e abstratas²⁷, como as de John Rawls²⁸, Michael Walzer²⁹ e Jürgen Habermas³⁰, permitem extrair conclusões jurídicas de princípios igualmente abstratos, mas deixam de cogitar a respeito de problemas relacionados ao procedimento de interpretação e concretização do direito pelas múltiplas instituições estatais do mundo real³¹.

²⁵Sobre as normas programáticas, v. a obra clássica de CANOTILHO, Joaquim José G. Constituição dirigente e vinculação do legislador, 1994 e, dentre os autores brasileiros, REIS, José Carlos Vasconcelos dos. As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado, 2003.

²⁶Não se duvida que conceitos como o mínimo existencial, o núcleo essencial dos princípios jurídicos, e a própria distinção entre regras e princípios são importantes elementos delimitadores de espaço institucional. Contudo, por existir vívida controvérsia a respeito do que deve ser inserido em determinado conceito, revela-se útil recorrer ao aporte “institucionalista”. Sobre estes assuntos, v. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers* n. 156, p. 2: “Typically interpretive issues are debated at high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of these kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation”.

²⁷RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, 2002; RAWLS, John. *Liberalismo político*, 1999, p. 29.

²⁸WALZER, Michael. *Esferas de justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*, 2003.

²⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, 2006.

³¹VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, 2006, p. 13: “A typical slippage in interpretative theory is the attempt to move directly from high-level concepts or political and moral premises – premises such as a commitment to democracy, or to constitutionalism, or to some jurisprudential theory of law’s authority – to conclusions about institutional arrangements or about interpretive approaches. No such move is possible”. Em seu livro o autor analisa concepções clássicas, como as de Dworkin, Amar, Lessig, etc., v. pp. 242-252.

Por exemplo, a determinação ao Estado para que preserve a dignidade da pessoa humana ou que promova a diversidade cultural, para ficar nos objetivos normativamente consagrados pela Constituição Federal de 1988, são ordens que *pouco dizem* sobre quais ações devam ser tomadas para preservar ou promover tais fins sociais³². Construir hospitais, postos de saúde, comprar mais ambulâncias ou ampliar o espectro de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Estado? Todas essas são soluções que se coadunam perfeitamente com o princípio constitucional que determina a otimização das ações de saúde pelo Poder Público, mas nenhuma delas está diretamente implicada pela simples adoção do princípio. De modo geral, pessoas razoáveis concordam com a maioria dos princípios constitucionais, mas essa concordância sobre o texto fundamental repousa exatamente neste caráter etéreo que as abstrações possuem: o acordo sobre princípios básicos não se reflete em um segundo nível, de maior especificidade. Daí surge a necessidade de instituições capazes de decidir para além dele.

Igual efeito ocorre com as teorias de interpretação do direito, as quais também costumam ignorar esta perspectiva peculiar. Normalmente elas têm como foco uma única instituição – o Poder Judiciário –, desconsiderando suas relações com as outras funções estatais e retirando-a do contexto fático em que se encontra³³. Na percepção de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, isto acontece porque os estudiosos costumam se perguntar “como determinado texto jurídico pode ser melhor interpretado”, e não “como os juízes reais devem interpretá-lo”. A primeira formulação acaba por encobrir o problema das instituições, atraindo para si preferências particulares do intérprete e desconsiderando elementos concretos na resposta. Veja-se a questão, portanto, de outra maneira: considerando-se dois tribunais hipotéticos, um que julga 50 (cinquenta) casos por ano e outro que julga 5.000 (cinco mil), com número similar de membros e sessões semanais, será que a resposta seria a mesma quanto ao nível de intervenção deste órgão em questões políticas? Parece que não. Enfim, é exatamente este tipo de consideração com as instituições existentes e suas relações internas e externas que deve ser trazida para o âmbito da análise jurídica das políticas públicas, já que as decisões neste campo compreendem a avaliação de complexas variáveis, tais como tempo, informações disponíveis, grupos de pressão atuantes e custos (de implementação, de avaliação, etc.). O ciclo das políticas públicas demonstra que este campo não é marcado pela singeleza³⁴.

V. também SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers* n. 156, pp. 5-22, tópico sugestivamente rotulado “interpretation without institutions” (em tradução livre: “interpretação sem instituições”).

³²Exatamente por isso os autores controvertem a respeito dos limites do mínimo existencial, das prestações judicialmente exigíveis com base em princípios abstratos, como o da dignidade da pessoa humana. Ressalvadas concepções extravagantes, não há como obter respostas corretas com base na análise pura dos objetivos constitucionais. Não que sejam irrelevantes tais construções teóricas, mas elas devem ser mescladas com uma teoria que considere o mérito relativo das instituições públicas também como guia neste delineamento de direitos. A propósito, confira-se a advertência de Neil K. Komisar: “What law is, or ought to be is determined by the character of those institutions that make, interpret, and enforce law”. In: *Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights*, 2001, página inicial (s/n). V. também MARINS, Leonardo Vieira. “Interpretação constitucional e desenho institucional. A jurisdição constitucional entre o ativismo e a autocontenção”. *Revista de Direito do Estado* n. 12, pp. 143 a 180.

³³KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, p. 5: “Embedded in every law and public policy analysis that ostensibly depends solely on goal choice is the judgment, often unarticulated, that the goal in question is best carried out by a particular institution”.

³⁴Cf. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, “Dimensão jurídica das políticas públicas”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*, 2006, p. 70.

Segundo Adrian Vermeule³⁵, a cegueira institucional – *i.e.*, a desconsideração pelas instituições concretas – que muitas vezes marca as obras doutrinárias pode assumir três modalidades distintas. Primeiro, a excessiva abstração filosófica já mencionada (*out-and-out philosophizing*), absolutamente despreocupada com as instituições concretas que compõem a sociedade (o exemplo aqui é o famoso Juiz Hércules, da obra de Ronald Dworkin). Segundo, quando há consideração pela instituição, o institucionalismo é estereotipado (*stylized institutionalism*), que considera versões abstratas e irreais das instituições públicas. Por exemplo, um parlamento que traduz fielmente a vontade do corpo representado é uma forma de institucionalismo estereotipado. Por fim, o equívoco mais comum, o institucionalismo assimétrico (*asymmetrical institutionalism*). Nesta última hipótese a análise institucional parte de uma versão preconceituosa e negativa de uma ou algumas instituições (normalmente a legislatura ou a Administração Pública³⁶), e uma visão fantasiosa e excessivamente otimista em relação a outras, normalmente o Poder Judiciário. Esse otimismo em relação aos juízes está muito presente no discurso pós-88, o que acaba dificultando a análise efetiva das reais potencialidades do Poder Judiciário.

Conquanto seja possível pensar em comparações institucionais internas para o fim de definir as vantagens comparativas de cada instituição (*e.g.*, entre Tribunais superiores e magistrados de primeiro grau, entre Administração centralizada e agências reguladoras, etc.), não seria compatível com este trabalho uma análise tão abrangente. Outro caminho importante consiste em avaliar as vantagens e desvantagens das instituições públicas para o exercício de atribuições sobre temas específicos, como saúde, educação, cultura, segurança pública, etc., embora também tal estudo não seja efetivado aqui. Deste modo, o tópico IV se ocupa de analisar as vantagens e desvantagens gerais de instituições relevantes para a hipótese trabalhada, a saber: as que compõem o processo político e o Poder Judiciário. O tópico V procura sistematizar alguns parâmetros de atribuição de competências em matéria de políticas públicas partindo de considerações institucionais gerais.

4. As instituições públicas

4.1. Processo político

A trajetória do processo político³⁷ encontra altos e baixos na história do pensamento humano. Curiosamente, em seu momento inicial, ele é exaltado como ponto de encontro do homem com sua própria natureza, de acordo com a conhecida formulação de

³⁵VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, 2006, p. 16.

³⁶Curioso que Leonardo Vieira Marins incorra exatamente neste equívoco, ao afirmar que: “No que tange à constatação da inércia da Administração Pública na prestação de serviços essenciais à população, sobretudo aqueles que tocam os direitos fundamentais, essa também não possui foros de ineditismo”. In: “Interpretação constitucional e desenho institucional. A jurisdição constitucional entre o ativismo e a autocontenção”. *Revista de Direito do Estado* n. 12, p. 160. Essa afirmação ignora que a Administração Pública brasileira, em seus três níveis, mantém um dos maiores sistemas públicos de seguridade social do mundo, cujas precariedades são, ao menos em parte, consequência direta de suas pretensões universalistas.

³⁷Para os fins do texto, entende-se o processo político como composto pelo Poder Legislativo e pela Administração Pública. Embora a Administração Pública esteja vinculada pelo princípio da legalidade, devendo sempre agir sob seu manto, entende-se que o espaço deixado à sua atuação compreende mais

Aristóteles³⁸. De lá para cá, muita coisa mudou. Foram-se as discriminações odiosas e vieram as democracias de massa, de participação passiva e pulverizada. Nos tempos atuais, o processo político encontra-se em franco descrédito frente à opinião pública³⁹, e mesmo no campo dos estudos jurídicos jamais teve a mesma atenção devotada à magistratura⁴⁰. As legislaturas são corriqueiramente vistas com desconfiança até mesmo pelos teóricos do direito, situação que Jeremy Waldron explica de duas maneiras. Segundo o autor, é desagradável a idéia de sermos governados por homens, e não por leis. Ao contrário dos juízes, que afirmam sempre empreender uma tarefa de descoberta do sentido do direito, as legislaturas são formadas por pessoas que assumem abertamente o intento de criá-lo ou modificá-lo. A segunda explicação cuida da natureza popular dos parlamentos modernos. Os juízes são reconhecidamente pessoas com alta instrução formal, tidos como virtuosos no imaginário popular, verdadeiros reis-filósofos vestidos de toga. Os legisladores, por seu turno, apenas precisam de certo número de votos para ocupar essa posição, e nada mais. No caso dos vereadores, às vezes bastam algumas centenas. Waldron afirma, com certa ironia, que: "(...) exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne um juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato"⁴¹.

A transferência de poder do processo político para as cortes judiciais já foi denunciada por Ingeborg Maus⁴² e Ran Hirschl⁴³ como, respectivamente, uma forma de infantilização da cidadania e estratégia de perpetuação no poder por elites. Para Maus, o Poder Judiciário na Alemanha assumiu conotação de fé religiosa, retirando dos indivíduos o direito de decidir acerca de aspectos relevantes da vida social⁴⁴. Por seu turno, Hirschl enumera cenários teóricos em que procura explicar a transição de arranjos institucionais voltados exclusivamente para o processo político, para outros com cortes constitucionais como protagonistas das decisões públicas. Na opinião dele, a única explicação plausível para que os titulares do poder político abram mão, de maneira passiva, de (grande) parte de seus poderes em favor de juízes e tribunais é o seu próprio proveito na mudança de situação, com a indevida proteção constitucional dos interesses

do que a interpretação pura e simples de textos jurídicos, mas envolve também a tomada de decisões políticas em espaços de discricionariedade. Sobre o ponto, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade, 1998.

³⁸HRYNIEWICZ, Severo. Para filosofar, 2002, pp. 277 a 278: "Ética e política coincidem em seus fundamentos, porque reconhecem que o homem é, por natureza, animal político".

³⁹De acordo com a pesquisa "confiança nas instituições" realizada em maio de 2005 pelo IBOPE, 87% dos entrevistados não confiam nos políticos e 85% não confiam nos partidos políticos. A confiança no Poder Judiciário é de 54%, e de 57% nos advogados. Disponível em: <http://www.ibope.com.br>. Acesso em: 20, de outubro de 2008. A inexistência de soluções mágicas ou milagrosas para os problemas do mundo contemporâneo é, a nosso ver, uma das causas para a desconfiança generalizada no processo político democrático.

⁴⁰A constatação é de WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação, 2003, introdução: "Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial".

⁴¹WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação, 2003, p. 37. O autor descarta a crítica ao construtivismo racionalista que é insita a idéia de legislação consciente por um corpo assemblear, utilizada por inúmeros autores, com a opinião de que seria um mero subterfúgio para escamotear as verdadeiras razões, listadas acima, para o descrédito do legislador.

⁴²MAUS, Ingeborg. "Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In: Novos Estudos CEBRAP nº 58, 2000.

⁴³HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*, 2004.

⁴⁴MAUS, Ingeborg. "Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In: Novos Estudos CEBRAP nº 58, 2000.

de elites⁴⁵. Seja qual for a causa do fenômeno, o fato é que ele também se observa no Brasil, onde a ascensão do Poder Judiciário tornou-se objeto de reflexão e crítica⁴⁶.

Mas o que se perde com esse avanço judicial nas políticas públicas em termos institucionais?⁴⁷ Segundo Cristina M. M. Queiroz, "[r]enunciar ou destruir a política é renunciar ou destruir aquilo que dá ordem ao pluralismo e à diversidade numa sociedade civilizada"⁴⁸. Como se percebe, a composição plural das questões sociais depende da participação dos setores envolvidos. Neste sentido, cabe sustentar que o processo político tem duas vantagens gerais essenciais do ponto de vista institucional, a saber: (i) *permite o direito à participação no processo político em igualdade de condições;* (ii) *garante, via de regra, o direito à igualdade de tratamento no acesso aos bens e serviços providos pelos poderes públicos, estabelecendo critérios gerais de fruição.* Cabe analisar estes dois pontos com mais vagar.

Nas democracias contemporâneas, o processo político se caracteriza essencialmente pela sua *abertura à participação popular*. O direito à participação na formação da vontade do Estado se radica em dois fundamentos: primeiro, na idéia singela de que as pessoas têm o direito a não serem submetidas à coerção que naturalmente envolve o exercício do poder político. Disto deriva a necessidade de obtenção de *consenso* para a imposição de decisões, o que ocorre através do voto periódico e da inclusão dos indivíduos nos processos públicos decisórios. Segundo, o direito de decidir os negócios públicos está também na noção de que as pessoas devem respeito e consideração umas às outras, e que o tratamento destes deveres com o próximo será otimizado se houver uma instituição capaz de canalizar os esforços em prol do bem comum⁴⁹. O Estado, portanto, é apenas um agente-mandatário e, a rigor, os deveres sociais pertencem aos indivíduos que estão por detrás dele. Ademais, para que ninguém seja considerado

⁴⁵HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*, 2004. Transferir ao Poder Judiciário decisões que deveriam ser legislativas também é uma forma dos legisladores passarem adiante questões que poderiam desagradar seu eleitorado, correligionários ou coligados, conforme arguta observação de TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*, 2008, p. 90: "Passar as questões a outro órgão decisório – notadamente, as cortes – é uma atraente estratégia se as questões políticas possuem nuança constitucional. Se as cortes encontrarem impedimentos constitucionais à adoção da política, os líderes da coalizão podem suavizar os apoadores dele culpando os tribunais, e podem satisfazer os seus oponentes observando que a política não iria, de fato, entrar em vigor".

⁴⁶Sobre ela, v. CITTADINO, Gisele. "Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia". *ALCEU* Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RJ v.5, nº 9, 2004, p. 105: "A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da common law esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um "direito judicial". VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, 1999. Para uma análise recente do papel do Supremo Tribunal Federal, v. VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". *Revista de Direito do Estado* n. 12, 2008, pp. 55 a 75.

⁴⁷Sobre o processo de "juridificação", v. BLICHNER, Lars Chr; MOLANDER, Anders. "What is juridification?" *Arena Centre For European Studies Working Paper* n.14, 2005. Os autores noruegueses reconhecem cinco significados para o termo "juridification": (i) proliferação de direitos plea implementação do Estado de Direito; (ii) incremento da legislação formal positivada; (iii) incremento da monopolização do direito por especialistas do ramo, tais como advogados; (iv) a ampliação do Poder Judiciário; e (v) a expansão do Poder Judiciário por intermédio da percepção das pessoas como sujeitos de direito.

⁴⁸QUEIROZ, Cristina M. M. Os actos políticos no Estado de Direito, 1990, p. 23.

menos que os demais, os direitos de participação devem ser reconhecidos a todos em igual extensão. A igualdade intrínseca de todo ser humano, pressuposto ontológico para qualquer concepção democrática, impõe essa exigência.

No exercício do direito à participação em igualdade nas decisões, os indivíduos normalmente *discordarão* a respeito dos meios de concretização das finalidades públicas⁵⁰ e dos direitos que devem ser reconhecidos em face do Estado. O desacordo é um fato das modernas sociedades plurais e é preciso criar mecanismos capazes de superar, ainda que por intermédio de acordos contingentes, este percalço⁵¹. No fim das contas, alguém precisa tomar a decisão definitiva capaz de pacificar o conflito social: é o que Waldron chama de *teoria da autoridade*. A fórmula de decisão final de um Estado não precisa ser necessariamente calcada na participação popular. Ela pode ser delegada a uma aristocracia judicial, a um monarca ou a clérigos que tenham acesso à verdade através de Deus. Porém, ao se perguntar sobre quem deve decidir a respeito da extensão de direitos e da concretização de políticas que vão afetar certo contingente de pessoas, naturalmente a resposta será que são os próprios afetados por elas, uma solução intuitivamente democrática. Com estas considerações o autor faz algumas proposições gerais sobre direitos e políticas cujo desenvolvimento interessa diretamente ao trabalho.

Primeiro, o reconhecimento da discordância pública a respeito de aspectos essenciais na condução do Estado não significa albergar um relativismo moral, pois a possibilidade de se alcançar uma resposta objetiva correta – supondo que ela exista – para problemas jurídicos e sociais não aplacará a discordância entre os grupos concorrentes, os quais não vão abandonar suas próprias concepções particulares. A teoria da autoridade é necessária para apaziguar o conflito em qualquer caso. Conservadores e liberais, procedimentalistas e substancialistas, movimentos feministas e raciais, em resumo, opostos políticos dificilmente chegarão a um acordo a respeito do que deve ser feito em termos de políticas públicas e o que deve ser reconhecido como direito. Desta forma, se o conteúdo da verdade, ora entendida como a decisão correta e adequada, é disputado em matéria de políticas públicas e definição de direitos, tanto melhor que a decisão sobre tais assuntos recaia sobre órgãos que reflitam adequadamente o embate das forças sociais.

Segundo, uma teoria da autoridade não implica a desnecessidade de uma teoria do direito. A autoridade precisará de uma teoria substantiva para a tomada de decisões – afinal, ela própria deverá estar preocupada com a decisão correta – e, de toda sorte, será necessário que exista reflexão sobre o conteúdo das decisões por ela apresentadas⁵². As teorias, portanto, servirão como sugestões e conselhos para o responsável por

decidir. Mas, a teoria do direito não é, por si própria, uma teoria da autoridade. A qualquer sociedade será necessário definir um critério pelas quais as decisões serão tomadas em caráter terminativo, e a autoridade nunca poderá ser definida por um puro critério de correção (jurídica ou política), como lecionou Thomas Hobbes, também citado por Waldron⁵³.

Terceiro, uma vez escolhida a teoria da autoridade, mesmo as decisões julgadas incorretas ou injustas sob perspectiva de alguma teoria do direito deverão ser obedecidas pelos indivíduos. É o que se chama *custo da tolerância*⁵⁴. Como corriqueiramente é afirmado, as decisões em políticas públicas sempre resultam em redistribuição de recursos, produzindo vencedores e perdedores toda vez que se renovam (é um jogo de soma zero, no jargão dos economistas). A escassez de recursos também se reflete neste particular, pois nunca será possível atender, a um só tempo, a todas as demandas sociais. Portanto, a possibilidade de se ver obrigado à submissão a alguma decisão que se reputa injusta ou incorreta será algo recorrente neste contexto social de pluralidade de opiniões, de modo que a discordância não pode ser omitida em uma teoria do direito que se pretenda aplicável à realidade⁵⁵. Todas essas razões levam Waldron a defender um modelo de decisão sobre políticas e direitos baseado na participação popular:

*“Understood in this way, the demand for equal suffrage amounted to the claim that issues of right should be determined by the whole community of right-bearers in the society – that is, by all of those whose rights were at stake. As a principle of authority, it was the claim that disagreements about rights should be settled by those who were the subjects of that disagreement. People who make this claim are aware that it is controversial. But they think it wrong and offensive to them as right-bearers to reject the claim out of hand”*⁵⁶.

Em suma: se as decisões sobre políticas públicas implicam inevitável imposição de custos, parece natural que as pessoas diretamente afetadas por elas tenham o direito de intervir em igualdade de condições. O processo político tem exatamente a capacidade de operacionalizar o acesso dos grupos políticos e dos indivíduos às decisões públicas. Em contrapartida, o processo judicial jamais poderá alcançar a mesma dimensão do processo político na implementação específica do direito à participação popular. Isto

⁴⁹WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, 1999, p. 234. Estas idéias, e outras utilizadas nos parágrafos seguintes, foram retiradas do capítulo “Participation: the Right of Rights”, onde Jeremy Waldron defende a primazia de um modelo de gestão pública focado no Poder Legislativo. Waldron é reconhecidamente um teórico do processo legislativo e seu trabalho de desmistificação é reconhecido: VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, 2006, p. 17: “Political philosopher Jeremy Waldron does this explicitly as a deliberate debiasing exercise for the pervasively judge-centered culture of legal academy”.

⁵⁰WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, 1999, p. 243: “The specification of social goals – to which participatory rights are supposed (on his account) [de John Elster] – is not only intensely controversial in modern society; it is of course the primary subject matter of the very politics that participatory rights are supposed to constitute. Those who claim participatory rights are demanding the right to participate in resolving controversies of exactly this sort”. (negrito acrescentado)

⁵¹WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, 1999, p. 243: “But since people disagree about what rights we have or ought to have, the specification of our legal rights has to be accomplished through some political process”.

⁵²Embora não seja mencionada especificamente por Waldron, convém destacar a obra de SUNSTEIN, Cass.

⁵³Segundo Jeremy Waldron, cuida-se de uma lição de Thomas Hobbes: “any theory that makes authority depend on the goodness of political outcomes is self-defeating, for it is precisely because people disagree about the goodness of outcomes that they need to set up and recognize an authority”. In: *Law and disagreement*, 1999, p. 245.

⁵⁴O conceito é de DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*, 1997, pp. 36 e 37.

⁵⁵WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, 1999, p. 247: “When we think about distributive justice, we must be ready for situations in which not everybody gets what he wants: the circumstance of moderate scarcity tells us that this is not exceptional, but normal, in the conditions of human life. We must not construct a theory of justice that laments this as an unfortunate aberration or as a distasteful aspect of second-best theory: we must rather construct a theory that places this prospect firmly in the core of our thinking about justice”.

⁵⁶WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, 1999, p. 250. E o autor prossegue: “It is impossible, on this account, to think of a person as a right-bearer and not think of him as someone has the sort of capacity that is required to figure out what rights he has. This means that arguing about a person’s rights is not like arguing about the rights of animals or about the preservation of a building. (...) we are hardly in a position to say that our conversation takes his rights seriously if at the same time we ignore or slight anything he has to say about the matter”. p. 251

decorre não apenas de suas regras herméticas de acesso, que na maior parte dos casos requer um intermediador (advogado), mas também pelos seus limites formais e práticos. A introdução de novos mecanismos de participação processual, tal como a figura do *amicus curiae*, mesmo tendo a aptidão de reduzir o déficit de participação nos Tribunais, jamais permitirá a eles a mesma permeabilidade que os parlamentos, muito mais sensíveis à opinião popular e à participação de grupos de interesse.

Repise-se o ponto: *a democracia impõe o reconhecimento de um direito de participação em igualdade de condições nas decisões públicas (a respeito de políticas e mesmo de direitos), e o processo judicial não tem a possibilidade de garanti-la em sua plenitude*. O processo judicial jamais terá a mesma capacidade de absorção do processo político, de modo que permitir que ele se convolve no instrumento primário de decisões públicas é, a toda evidência, desconsiderar o direito individual de igual participação que todos as pessoas possuem em uma democracia. Mais que isso, a judicialização das decisões em políticas públicas acaba por extirpar uma etapa do ciclo democrático que lhe é próprio, exatamente a que consiste na apresentação de soluções pelos diversos grupos sociais para as questões que compõem a agenda institucional.

A possibilidade de participação nas discussões públicas é o ponto mais relevante do processo político, pois é exatamente onde se resguarda e se exerce o princípio democrático em sua plenitude⁵⁷. Nada obstante, não se pode esquecer a *segunda vantagem institucional do processo político, que é garantir a igualdade de tratamento dispensado aos cidadãos pelo Poder Público, alcançado por soluções coletivas*. Com efeito, ao invés de decidir com o fulcro de solucionar uma questão individual, as ações oriundas do processo político tendem a dar tratamento coletivo aos problemas públicos. Assim, por exemplo, diante de um problema de saúde grave, como a dengue nos verões do Rio de Janeiro, pode a Administração Pública determinar políticas abrangentes, destinadas também à prevenção da doença. O Poder Judiciário, por seu turno, ao menos em sede de ações individuais, apenas poderá determinar a realização de providências destinadas à solução do problema do demandante.

Note-se que a alegação geral de que a Administração Pública conta com a *expertise* para lidar com os problemas públicos, ao passo que o Poder Judiciário não teria tais condições, é um argumento apenas lateral na defesa da competência para a realização de políticas públicas. É evidente que a Administração Pública possui todo o quadro da burocracia, composto por técnicos de inúmeras áreas, à sua disposição, o que viabiliza o desenho de políticas públicas capazes de dar tratamento sistêmico a uma questão. Nada obstante, o argumento técnico tem limitações de natureza política: por vezes a melhor solução – *i.e.*, a mais eficiente – para lidar com um problema público não será viável politicamente, o que exigirá um tipo de saída que o Poder Judiciário é absolutamente incapaz de fornecer.

Em suma, as teses de Jeremy Waldron apresentam argumentos para sustentar a primazia do processo político, especialmente do Poder Legislativo, na tarefa de decidir a respeito de direitos e políticas⁵⁸. Mas é preciso não se deixar levar exatamente pelo

⁵⁷A deliberação pública é central nas concepções de democracia, suplantando mesmo as questões técnicas (que, a rigor, levariam a um governo tecnocrático). Esta é a tese central de MAJONE, Giandomenico. *Evidence, arguments & persuasion in the policy process*, 1989, p. 1: “Discussion goes on in any organization, private or public, and in any political system, even a dictatorship; but it is so much at the heart of democratic politics and policy that democracy has been called a system of government by discussion. Political parties, the electorate, the legislature, the executive, the courts, the media, interest groups, and independent experts all engage in a continuous process of debate and reciprocal persuasion”.

⁵⁸É de se rejeitar uma cisão radical entre as atividades administrativa e legislativa, no sentido de que a primeira compete implementar políticas públicas, e à segunda defini-las. Como regra, a definição de

institucionalismo estereotipado denunciado por Adrian Vermeule. As considerações deste autor não podem ser esquecidas aqui, pois a construção de Waldron, sucintamente descrita linhas acima, incorre em uma evidente idealização do processo legislativo. O processo político, que em tese poderia garantir o direito de igual participação, na prática não considera plenamente as opiniões dos indivíduos submetidos às suas decisões. O mandato político não possui natureza imperativa⁵⁹, o que retira qualquer possibilidade de representação perfeita. Não são incomuns os casos em que os parlamentares decidem de maneira frontalmente contrária à opinião pública dominante. Acresça-se, ainda, o fato de que a pulverização da política contemporânea nas grandes sociedades de massa transformou o voto em uma forma de participação quase irrelevante, e assim está desfeita a ilusão sobre o processo político parlamentar.

Não bastasse isso, o processo político está sujeito a interferências que obscurecem as vantagens institucionais mencionadas. Neil K. Komisar sugere a apreciação do processo político por meio do contrabalanço de forças entre maiorias e minorias, o qual ele chama de modelo de duas forças, em oposição aos modelos onde somente uma força predomina na arena pública. Segundo o autor, os estudiosos na área de economia limitaram demasiadamente suas análises à teoria dos grupos de interesse (*interest group theory of politics*), que centra sua análise na captura dos órgãos públicos colegiados por minorias e considera o legislador *sempre* agindo em seu interesse próprio (na maximização de seu interesse individual, como se fosse um agente econômico), e não no interesse geral da sociedade (bem comum, interesse público primário)⁶⁰. De modo curioso, a análise de autores ligados à ciência jurídica foi substancialmente centrada no oposto, a denominada “tirania majoritária”, cujo evitamento serviu de justificativa para a defesa de constituições rígidas e do respectivo controle de constitucionalidade das leis exercido pelas cortes constitucionais, que veio a reboque. De fato, o processo político pode ser conduzido tanto da maneira descrita pela teoria dos grupos de inter-

objetivos pelo legislador deixará amplos espaços para a ação administrativa, não se podendo afirmar que o administrador tem um papel de mera aplicação mecânica daqueles. Nesse sentido, MAJONE, Giandomenico. *Evidence, argument & persuasion in the policy process*, 1989, pp. 25 e 26: “Policy and administration do not occupy two separate spheres of action, but interact throughout the entire process of policy-making. (...) Because uncertainty is so pervasive in policy-making, the values of administrators and experts inevitably count a great deal”.

⁵⁹O mandato imperativo foi praticado por alguns Estados europeus após o fim da Idade Média, e somente foi repudiado com o advento da Revolução Francesa, e consistia na obrigação de o mandatário seguir fielmente as instruções passadas pelos eleitores, normalmente antecipadas por escrito. Se algo novo surgisse, então o mandatário deveria se dirigir aos eleitores e pedir por novas instruções. O descumprimento das ordens poderia ensejar a revogação do mandato, tal qual fosse um contrato privado. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 2003, p. 156 e 157.

⁶⁰KOMENSAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, pp. 53 e 54: “These critics argue that the IGTP is flawed because it assumes that public officials are motivated by narrow self-interest – that public officials behave like the proverbial economic person. (...) The IGTP places almost exclusive emphasis on overrepresentation of concentrated interests, usually at the expense of larger, less organized groups. Although this conception of the political process clearly has validity, it is incomplete”. Parece importante, neste ponto, fazer remissão à teoria da escolha pública (*public choice*), muito difundida nos países anglófonos, a qual propõe a utilização de métodos da microeconomia para apreciação das falhas de governo, *i.e.*, pressupõe a atuação dos agentes públicos pela lógica de mercado. Na realidade, dita teoria é uma reação à teoria econômica do bem-estar social (*welfare economics*) que centra a sua análise no papel dos governos em corrigir as falhas do mercado. Daí a associação da primeira ao neoliberalismo. Sobre o tema, v. PEREIRA, Paulo Trigo. “A teoria da escolha pública: uma abordagem neo-liberal?”. *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997, p. 419 a 442

esse, *i.e.*, com predomínio de interesses minoritários, quanto pela tirania majoritária. Mas, na verdade, o tipo de questão suscitada e os custos de mobilização é que vão definir, em cada caso específico, a prevalência de um ou outro grupo⁶¹.

Exatamente porque o processo político não corresponde perfeitamente ao modelo ideal democrático-representativo e está sujeito a desvios, deve-se considerar a participação ativa do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. É do que trata o tópico seguinte.

4.2. O Poder Judiciário

Em palestra proferida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor americano Mark Tushnet⁶² sugeriu o seguinte exemplo para elucidar a crítica ao avanço judicial em questões políticas: imagine um guarda de trânsito situado em um cruzamento de ruas. Ele é a autoridade competente e mais apta para gerir o fluxo de trânsito no local. O guarda pode verificar *in concreto* qual das vias possui maior demanda de utilização, e assim definir o tempo ideal em que cada uma delas terá de aguardar a outra, evitando congestionamentos e acidentes. Caso ocorram modificações nesta situação fática, o guarda poderá fazer os ajustes necessários, retornando à situação ideal anterior. Contudo, mesmo admitindo-se por hipótese a competência do referido guarda para gerir o fluxo de trânsito de *toda a cidade*, e não apenas do cruzamento inicialmente mencionado, ele não seria a autoridade mais apta a fazê-lo, vez que incapaz de visualizar o que acontece nas demais ruas e avenidas. O único resultado de tal permissão será a geração de caos e desorganização, o que viola certas finalidades do sistema jurídico, como os ideais de racionalização e segurança.

Em seguida, o professor sugere que, em matéria de políticas públicas, os juízes são como o guarda de trânsito no cruzamento, *i.e.*, incapazes de ver o todo. Mesmo que algumas teses jurídicas disponíveis lhes reconheçam alguma legitimidade para adentrar em tais questões, ainda assim eles não teriam a necessária visão de conjunto que permitisse dar tratamento sistêmico às políticas públicas voltadas aos direitos prestacionais. Ao fornecer um medicamento ou determinar a internação de um doente em um hospital público, o juiz acaba por retirar o dinheiro correspondente a estas prestações de outras finalidades públicas, causando prejuízos a todo o sistema. Assim,

⁶¹A adoção da regra majoritária para a tomada de decisões parece tornar simples a avaliação do processo político: o que a maioria decidir está valendo. Contudo, não é isso o que acontece na prática. Primeiro porque, como já dito, os sistemas eleitorais não são capazes de gerar legislaturas perfeitamente alinhadas à vontade do respectivo eleitorado. O pensamento da maioria às vezes não se reflete naquilo que é decidido. Ademais, em alguns casos, o impacto da política pública é tão pequeno sobre a coletividade que somente uma parcela diminuta de indivíduos tem interesse na questão e se mobiliza por ela. O exemplo de Komensar neste ponto é a política de subsídios agrícolas e da importação de produtos nesta área. Os produtores têm interesse em reduzir a competitividade dos produtos estrangeiros, e por esta razão pressionam pela elevação dos impostos e subsídios destinados ao financiamento da produção. O incremento nas margens de preço ao consumidor final é muito pequeno para justificar qualquer ação política coletiva, mas o prejuízo para os consumidores, considerando o conjunto da obra, é de grande monta. Aqui prevaleceram os interesses da minoria, a despeito da decisão ter sido tomada adotando-se a regra majoritária. Portanto, a decisão nas democracias envolve variáveis mais complexas como: (i) disponibilidade da informação; (ii) custos de organização e da atividade política; (iii) extensão do grupo de pessoas diretamente afetado pela decisão; e (iv) distribuição dos ônus de seu cumprimento. As variáveis são de KOMENSAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, p. 89. As ilações feitas a seguir no texto seguem as sugestões do autor norte-americano, mas evidentemente estão sujeitas à crítica e à comprovação empírica.

⁶²Palestra proferida em 18 de maio de 2005.

descortina-se um dos argumentos contrários à efetivação de tais direitos pelo Poder Judiciário, e que reforça a ilegitimidade desta função estatal para o controle de políticas públicas, qual seja: *a sua suposta incapacidade de fazer apreciações macroestruturais, já que seu ofício é lidar apenas com conflitos intersubjetivos, a chamada microjustiça*⁶³. A este respeito, veja-se a seguinte passagem de Cass Sunstein e Stephen Holmes:

*“That rights are financed by the extractive efforts of the other branches does not mesh smoothly with judicial self-images. The problem is serious. Are judges, though nominally independent, actually dangling on purse strings? Does justice itself hinge on riders attached to spending bills? And how can a judge, given the meager information at his or her disposal (for information too has costs) and his or her immunity to electoral accountability, reasonably and responsibly decide about an optimal allocation of scarce public resources?”*⁶⁴

O argumento pode ir mais longe. De acordo com Neil K. Komensar⁶⁵, o Poder Judiciário possui três elementos estruturais característicos e distintivos em relação aos demais poderes do Estado, a saber: (i) seu acesso é mais formalista e dificultoso, compreendendo o preenchimento de inúmeros requisitos rituais previstos nas leis de processo (*menor acessibilidade*); (ii) é muito mais caro e complexo incrementá-lo em tamanho, haja vista a exigência de juízes, tribunais, serventários, estruturas físicas e mesmo advogados, promotores e procuradores capazes de efetuar a necessária intermediação entre as pretensões individuais e os resultados institucionais (*estrutura dispendiosa e complexa*); e (iii) os magistrados possuem papel mais independente em relação à opinião pública que os membros da administração pública e das instituições privadas de modo geral, de modo que nem sempre respondem adequadamente às exigências da comunidade (*irresponsabilidade político-eleitoral*). Cabe analisar melhor cada uma dessas características e como elas afetam negativamente a possibilidade de um controle judicial de políticas públicas.

Em primeiro lugar, o processo judicial é hermético e formalista, sendo certo que o acesso ao Poder Judiciário é muito menos plural que o da política ordinária⁶⁶. As portas

⁶³BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. Revista de Direito do Estado n. 3, 2006, p. 34: “A terceira crítica, por seu turno, tem um viés mais operacional e pode ser assim resumida. Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional de políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”.

⁶⁴SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, pp. 29 a 30.

⁶⁵KOMENSAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, pp. 123 a 152.

⁶⁶KOMENSAR, Neil K. *Imperfect alternatives – choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, pp. 123: “First, the adjudicative process is more formally defined and has more formal requirements for participation than do the other two institutions [mercado e processo político]. In most instances, in order to participate, litigants must meet and overcome more obstacles than either voters or consumers”.

que levam ao interior do Palácio da Justiça são, por diversas razões, muito mais estreitas que as do parlamento e da Administração Pública. Para ajuizar uma ação, salvo raras exceções, impõe-se a contratação de um advogado. Caso a parte não consiga obter o benefício da gratuidade de justiça, terá que pagar as custas e emolumentos, que tampouco são baratos. Proposta a demanda, não poucas vezes ela se arrasta ao longo de anos a fio em tormentosas discussões a respeito de pressupostos processuais ou condições da ação (é dizer, puramente formais), com desdobramentos em diversas instâncias, até que a questão finalmente chegue a termo, o que exige da parte capacidade para aguardar este processamento. Enfim, o processo judicial tem custos financeiros⁶⁷ e exige disponibilidades que nem todos podem suportar.

Portanto, quem pode arcar com os custos de acesso ao Poder Judiciário acaba por ter vantagens sobre aqueles que não podem suportá-los, violando-se o princípio da isonomia que deveria nortear o acesso aos serviços e bens públicos. Ademais, ao contrário das demandas dirigidas aos órgãos políticos, o manejo adequado do discurso jurídico exige dos cidadãos capacidades culturais: o indivíduo precisa saber reconhecer a violação a um direito subjetivo seu para poder iniciar a busca pelos canais institucionais onde se poderá sanar a lesão, ainda que por meio dos mecanismos de tutela coletiva, pois normalmente será necessário provocar um dos legitimados a deflagrá-la.

Em segundo lugar, é ruim, do ponto de vista de organização financeira de um Estado, que os conflitos sociais sejam decididos pelo Poder Judiciário. Diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário exige um corpo muito grande e especializado de funcionários públicos, tais como juízes, promotores, defensores, procuradores e serventários, os quais possuem salários altos e prerrogativas de cargo que são onerosas. A estrutura de acesso ao Poder Judiciário também costuma ser excessivamente cara, pois se exige a compra de computadores, imóveis, veículos, livros, tudo em larga escala⁶⁸. O Legislativo Federal, para efeitos de comparação, custa anualmente cerca de 25% (vinte e cinco por cento) do Poder Judiciário Federal. Observe-se que a Administração Pública também tem gastos exorbitantes, mas eles se justificam por constituírem atividade-fim do Estado. A estrutura existe em grande parte para a entrega de serviços e bens à população. O dispêndio com o Poder Judiciário é instrumental a

⁶⁷Saliente-se que a existência da defensoria pública, constitucionalmente prevista, reduz os custos da litigância, mas não exclui a exigência de tempo disponível para se dirigir a instituição, conseguir o atendimento e aguardar os resultados (o que poderá exigir diversas visitas ao local de atendimento da instituição e o comparecimento a audiências). KOMENSAR, Neil K. *Imperfect alternatives – choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, pp. 126 e 127: “Litigants can also expect to spend a long period before trial in a process of discovery used to elicit information and evidence. (...) If trial follows, the arguments and the evidence presented to judges and juries must fulfill extensive rules of procedure, decorum, and evidence. These rules are complex and, therefore, expensive to understand and fulfill. This expensive presentation is again made and funded primarily by the litigating parties”. O custo do processo tem também o efeito deletério de transformar a classe média em cliente preferencial do Poder Judiciário, o que revela certa distorção de prioridades em matéria de políticas públicas. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. Revista de Direito do Estado nº 3, 2006, p. 34: “Os indivíduos que vão ao Judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. As necessidades destes, como regra, não chegam aos Tribunais e nem são ouvidas pelos juízes”.

⁶⁸No projeto de lei orçamentária para o ano de 2009, foram estimados gastos de aproximadamente R\$ 20.700.000.000,00 (vinte bilhões e setecentos milhões) com o Poder Judiciário Federal. Para efeitos de comparação, os gastos previstos com saneamento não chegam a 10% disso, e os gastos com educação serão da ordem de trinta e seis bilhões de reais, menores que o dobro. O Poder Legislativo terá rubricas de aproximadamente cinco bilhões de reais.

outras finalidades, e por mais que a administração da justiça seja socialmente relevante, não parece haver justificativa plausível para que o Estado invista mais na instituição – que é meio – do que em efetivas prestações materiais destinadas à sociedade.

Como se infere do exposto, a ampla judicialização de políticas públicas não é positiva do ponto de vista sistêmico, pois drena dinheiro que já é escasso de atividades-fim do Estado para uma atividade-meio. A administração judicial de políticas públicas provoca o inchamento do Poder Judiciário, causando desvio de verbas públicas que poderiam ser canalizadas para a melhoria do bem-estar dos cidadãos, se os conflitos fossem dirimidos politicamente. Além disso, as decisões judiciais tendem a resolver os problemas individuais, deixando de contemplar o fato de que as necessidades coletivas demandam soluções uniformes.

O terceiro argumento institucional diz com a postura de independência/insulamento dos juízes. De fato, exige-se dos magistrados um comportamento alheio a questões políticas como forma de garantir sua imparcialidade no julgamento das demandas. Ao contrário de administradores e legisladores, que reagem imediatamente às mudanças de preferência do eleitorado exatamente porque dela dependem para se manter em seus cargos, o Poder Judiciário pode e deve se manter isolado dessas questões. Isso se reflete nos processos judiciais de duas maneiras distintas: o juiz normalmente não busca maiores informações ao lidar com políticas públicas, e contenta-se com os argumentos trazidos pelas partes, e o magistrado não se preocupa com o impacto de sua decisão no planejamento público. Importante notar que mesmo o clássico argumento em favor da independência judicial não se prova por si mesmo. Insular o Poder Judiciário dos demais poderes políticos e dotá-lo de garantias não significa, como consequência direta, que os juízes decidirão em defesa dos direitos das minorias. Não há relação de causa e efeito aqui.

Como se vê, o argumento e seus desdobramentos não são de todo falaciosos, e deveriam mesmo ser tomados em consideração com maior seriedade. Incorreto seria tê-los como algo que proíbe definitivamente a efetivação de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário. Isto porque este poder estatal possui algumas vantagens específicas quando estão em jogo as políticas públicas. Confira-se a seguir.

Primeiramente, o Poder Judiciário possui a aptidão de *amplificar* as capacidades individuais de intervenção na arena pública. Se o Poder Legislativo é mais permeável ao acesso de grupos políticos, não o será quando está em questão uma posição subjetiva individual ou defendida por grupos de pequena expressão. Uma bancada de reivindicação de direitos de minorias pode forçar a aprovação de leis mais favoráveis ao grupo, mas dificilmente haverá espaço na ordem do dia para contemplar o caso de um único membro (ou de poucos membros) discriminado, por hipótese. Em tempos de democracia passiva, onde as pessoas pouco se importam com a participação política efetiva, o Poder Judiciário tem o papel fundamental de canalizar e amplificar demandas de grupos minoritários, mobilizando o processo político para questões que poderiam passar despercebidas num primeiro momento. Um exemplo deste tipo de atuação ocorreu na discussão a respeito da incidência da licença-maternidade para pais adotantes, a qual foi rejeitada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal e que, pouco tempo depois, acabou incluída na legislação sobre o tema⁶⁹.

⁶⁹Supremo Tribunal Federal, RE 197.807-RS, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 30.5.2000: “O art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, que assegura a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, é inaplicável, por analogia, às mães adotivas. Com esse entendimento, a Turma, considerando que não se admite a aplicação analógica da Constituição Federal, deu provimento a recurso extraordinário para reformar decisão que reconhecera a mãe adotiva o direito à licença-maternidade”.

Em segundo lugar, a *blindagem institucional*, a despeito dos riscos já abordados, permite que os juízes atuem contra o clamor das ruas. Sobre este ponto já se discorreu muito na doutrina⁷⁰. Cabe apenas salientar que esta garantia é extremamente importante para o discurso jurídico, que não pode submeter-se sempre a argumentos de interesse coletivo, os quais normalmente são atrelados às decisões do Parlamento e da Administração Pública⁷¹. Em especial, a salvaguarda dos direitos fundamentais exige que as decisões majoritárias sejam filtradas à luz da Constituição, e não haveria sentido em destinar tal tarefa a pessoas que, em último grau, devessem sua investidura à vontade direta destas mesmas maiorias que devem ser controladas.

Além disso, e não menos importante, o Poder Judiciário é uma *instância racional de debates*. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o seu consectário lógico, que consiste na idéia de que os juízes têm o dever de reconduzir suas decisões ao sistema jurídico, permite que haja controle intersubjetivo das decisões, o que não ocorre com aquelas adotadas no âmbito do processo político-parlamentar. No âmbito legislativo a fundamentação dos projetos de lei costuma ser quase desimportante para a interpretação posterior das normas jurídicas⁷². Na Administração Pública, o princípio da legalidade impõe a vinculação à lei, mas dificilmente os motivos dos atos e ações administrativos são tornados públicos por meio da necessária motivação. O Poder Judiciário funciona, portanto, como instituição pública sensível à argumentação jurídica, mesmo quando exercida individualmente, ao passo que os outros órgãos políticos tendem a responder a outros tipos de estímulo (tais como pressões da mídia, partidárias, manifestações públicas, etc.).

Deste breve inventário de vantagens e desvantagens das instituições públicas acima elencadas é possível extrair algumas conclusões gerais, expostas sistematicamente nos tópicos seguintes.

5. Parâmetros institucionais em políticas públicas

5.1. Preferência do processo político sobre o Poder Judiciário na definição de políticas públicas

O primeiro parâmetro de escolha institucional consiste na *preferência do processo político para a tomada de decisões a respeito de políticas públicas*. O princípio democrático, albergado pelo art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁷³, impõe que as decisões políticas sejam tomadas pela maioria, atendendo-se assim ao direito geral à participação igualitária nas decisões políticas. De maneira geral, o Poder

⁷⁰A defesa das garantias da magistratura contra as investidas dos “poderes políticos” é essencial à caracterização do Estado democrático de direito. Sobre o tema, v. LARENZ, Larenz. *Derecho Justo* - Fundamentos de Ética Jurídica, 1985.

⁷¹Vale fazer referência ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o qual vem recebendo críticas exatamente por indicar a prevalência *a priori* do interesse coletivo sobre as posições individuais, o que não é adequado a um Estado que se predispõe à defesa dos direitos fundamentais.

⁷²O método histórico apregoa a necessidade do jurista analisar o contexto que deu origem à norma jurídica, inclusive a fundamentação do projeto de lei e os debates ocorridos. Contudo, como salienta a doutrina, dificilmente é possível vincular a norma à uma vontade específica, já que os legisladores podem tê-la aprovado por diferentes razões e com diferentes escopos. Sobre o método histórico, v. MAXMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 1998, pp. 137 e ss..

⁷³Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos:”.

Legislativo é a instituição que repercute de modo mais fiel, ainda que não perfeito, as preferências políticas de determinada sociedade. Ademais, a definição de políticas públicas é um processo complexo que demanda a avaliação de informações técnicas e mesmo algumas puramente políticas, que dependem da formação de maiorias e consensos que seriam irrealizáveis em processos judiciais. Em um segundo nível decisório, a Administração Pública é a instituição que se encontra mais aparelhada para integrar as normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo, devendo prevalecer, por razões institucionais, a sua competência para concretizar políticas públicas (como visto anteriormente, isto decorre da função orgânico-funcional do princípio da separação de poderes). Seus órgãos e entidades normalmente contam com técnicos especializados nos campos de atuação específicos, o que não ocorre com o Poder Judiciário, que dispõe de juízes generalistas e peritos nomeados *ad hoc*.

Permitir que o Poder Judiciário assumira, em caráter primário, a condução das decisões políticas coletivas – qualquer que seja sua natureza – é suprimir, em primeiro plano, o direito à igualdade de participação insito às democracias, o que por si só é gravíssimo, e também contribuir para que soluções pontuais prevaleçam sobre soluções coletivas, de maneira contrária aos conteúdos básicos do princípio da separação de poderes. Estas, contudo, embora sejam razões primárias para que o Poder Judiciário seja deixado fora do campo de definição e execução de políticas públicas, elas não constituem óbices totais a este intervenção. Em suma: no máximo, elas podem estabelecer uma preferência *prima facie* do processo político sobre o Poder Judiciário.

No que tange aos direitos fundamentais – os quais, afinal, compõem o escopo específico deste trabalho – exatamente porque se dirigem à proteção de minorias em face de maiorias, as políticas públicas podem desconsiderar excessivamente grupos políticos de pouca expressão ou mesmo indivíduos isoladamente considerados. Neste passo, o controle jurisdicional de políticas públicas poderá ter importante papel para resguardar a posição destas pessoas mesmo contra maiorias adversas e ainda exigir a implementação de ações específicas. Quando for este o caso, que deve ser identificado segundo parâmetros materiais, o Poder Judiciário estará legitimado a agir e superar esta idéia geral. Se isto ocorrer, devem ser observados os parâmetros desenvolvidos a seguir.

5.2. Preferência da tutela coletiva sobre tutela individual quando em sede judicial

Se a atuação do Poder Judiciário tornar-se imprescindível à salvaguarda dos direitos fundamentais, então surge um segundo parâmetro a ser utilizado: a *preferência de soluções coletivas sobre soluções individuais*. Já existe percepção difusa de que as soluções coletivas devem preferir às soluções individuais quando está em jogo a efetivação de direitos prestacionais por via judicial. Este ponto de vista é defendido por Luís Roberto Barroso⁷⁴, quando sustenta que as alterações nas listas de fornecimento gratuito de medicamentos editadas pelos entes públicos somente possam ser alteradas por meio de ações coletivas, e não em sede individual – nestas, o juiz deve apenas determinar a entrega *se* o bem pretendido consta na lista⁷⁵. O autor fundamenta-se em

⁷⁴BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/>. Acesso em 25, de abril de 2009.

⁷⁵Esta forma de raciocinar traz consigo uma crítica evidente, que consiste na alegação de que o direito subjetivo ao medicamento possui fundamento constitucional (no direito à saúde, art. 196, Constituição Federal de 1988; e no direito à vida, art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988), não sendo correto condicionar a existência do direito à edição de um ato administrativo.

⁷⁶LINS, Liana Cirne. “A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito do Estado* n.º 12, 2008,

duas razões gerais: (i) a possibilidade de análise das políticas públicas destinadas à melhoria da saúde em um contexto sistêmico, analisando-se inclusive a quantidade disponível de recursos; e (ii) a produção de efeitos *erga omnes* que decorre do manejo das ações coletivas ou abstratas, com o que não se viola o princípio da isonomia no acesso aos bens e serviços públicos básicos.

Liana Cirne Lins sustenta o mesmo parâmetro, mas com base em outro fundamento⁷⁷. Segundo a autora, os direitos fundamentais prestacionais foram instituídos para serem fruídos coletivamente, e não de modo isolado. A obtenção de prestações específicas em demandas individuais impede que outras pessoas tenham acesso ao mesmo bem. A autora, assim, rejeita a idéia de que exista um direito subjetivo a prestações públicas, ressaltando o conteúdo do mínimo existencial. Nesta linha de raciocínio, sustenta a possibilidade de controle judicial dos serviços públicos em sede coletiva, com fundamento na dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁷⁸, a qual institui deveres sem os correlatos direitos individuais. Caso o magistrado perceba, em uma demanda individual, a existência de violação a tais deveres, deve aplicar o art. 7º. da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985⁷⁹, segundo o qual o juiz deve remeter peças ao Ministério Público caso verifique a existência de razões para o ajuizamento da ação civil pública.

Pois bem. Considerando que o princípio da isonomia deve pautar o acesso a todos os bens e serviços públicos, e que o controle de políticas públicas em demandas individuais padece de um déficit informacional que não pode ser suprido pela atuação do juiz, é possível afirmar que a preferência das tutelas coletivas deve ter aplicação geral nesta matéria. Isto significa dizer que, defrontando-se com a necessidade de intervir em questões como saúde, educação, meio ambiente, segurança pública, etc., o magistrado deve priorizar o processo coletivo para dar soluções sistêmicas aos problemas – inclusive valendo-se do art. 7º. da Lei da Ação Civil Pública para provocar a atuação do Ministério Público, na esteira da sugestão da autora supracitada –, e pautar sua atuação pelo minimalismo quando estiver exercendo função jurisdicional em demandas individuais.

pp. 223 a 262. As teses da autora se harmonizam com as defendidas neste texto, com a diferença de que a autora não se preocupou, ao menos no trabalho consultado, em densificar o controle possível com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como apresentar os marcos teóricos do que entende por mínimo existencial. Sem essas informações, a concordância pode ser apenas parcial.

⁷⁷Sobre a teoria da ordem objetiva e o julgado do Tribunal Constitucional da Alemanha que deu origem a ela, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006, pp. 460 a 462.

⁷⁸Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985: “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

⁷⁹Comentando o ponto especificamente quanto ao direito constitucional, v. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. In: *Interpretação constitucional*, 2006, p. 116: “Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. Arcaico é crer que a interpretação da Constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição” (grifo nosso). V. também LEITE, José Adércio Sampaio. “Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional”. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005.

5.3. Preferência pelo formalismo e minimalismo nas decisões judiciais

Em tempos de sincretismo metodológico e de certo desapego aos métodos, se deles é possível extrair alguma certeza, é de que o formalismo jurídico encontra-se em baixa⁸⁰. A insurgência do chamado *pós-positivismo*⁸⁰ proporcionou a ascensão de uma metodologia jurídica menos comprometida com a forma, e mais voltada aos esquemas metodológicos do direito; daí dizer-se que vivemos no “paradigma principiológico”⁸¹. E para que houvesse valorização dos princípios, era forçoso o declínio das regras – símbolo de um passado que se quer esquecer –, as quais tinham na subsunção o seu principal método operativo. Não sem razão hoje a grande vedete no mundo jurídico é a técnica da ponderação de princípios, objeto de inúmeros estudos recentes.

Regra geral, toda grande virada em alguma ciência representa uma resposta a determinadas vicissitudes do período imediatamente anterior. No caso específico em estudo, antes e durante a segunda guerra mundial, a valorização exacerbada da forma permitiu que se perpetrassem atrocidades sob o manto da legalidade⁸². Levado ao extremo, o positivismo jurídico, pretendendo dar cientificidade ao direito – e assim eliminando o elemento valorativo –, acabou por legitimar normas jurídicas claramente iníquas. Negar o avanço recente seria resistir ao óbvio. Todavia, a exacerbação de uma metodologia do direito sem grande preocupação com a vinculação do aplicador à lei e aos limites impostos pelo sistema jurídico pode levar a consequências nefastas para dois de seus sustentáculos: (i) a segurança jurídica, um dos valores basilares do sistema; e (ii) a legitimação do exercício da jurisdição, a qual garante a aceitação, por parte dos jurisdicionados, da heterocomposição de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Quanto ao primeiro ponto, a aplicação do direito com a utilização constante de normas de textura aberta e métodos que permitem pouco controle intersubjetivo gera a imprevisibilidade de resultados. A chamada “banalização dos princípios” consiste exatamente na utilização de tais elementos do sistema para a resolução de casos que poderiam ser facilmente resolvidos com o uso de regras⁸³. Por outro lado, também efeito

⁸⁰Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, v. III, 2005, p. 12: “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.

⁸¹CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*, 1999, p. 60: “Na pós-modernidade, contudo, esse referencial de ordem e segurança garantidos pelo formalismo jurídico abre espaço para o valor da *justiça*, garantido não mais pela ação formal, mas pela razoabilidade referente a cada caso concreto”.

⁸²BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, v. III, 2005, p. 12: “Sem dos princípios a resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”.

⁸³O fenômeno já foi detectado pela doutrina, cf. SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In: *Livres e iguais, estudos de direito constitucional*, 2006, pp. 198 a 200: “Já a filtragem constitucional do Direito envolve o manejo de princípios muito abertos, que se expandem para todos os ramos da ordem jurídica, influenciando a interpretação e aplicação das suas normas e institutos. Portanto, ela confere uma ampla latitude decisória para o intérprete, que pode ser bem ou mal empregada. É aqui que a dificuldade metodológica exsurge. (...) Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

desta imprevisibilidade é a redução da legitimidade do judiciário, na medida em que o direito posto pelo Poder Legislativo, investido de legitimidade popular para a criação das leis, não é refletido nas práticas do órgão responsável pela sua aplicação concreta. Como se vê, a questão não é puramente teórica, e envolve a prática cotidiana dos magistrados. Não se duvida da boa intenção dos que militam neste campo, mas os excessos, como visto no exemplo acima, podem conduzir ao arbítrio e à injustiça, causando prejuízos inestimáveis ao sistema como um todo. Nos dizeres de Daniel Sarmento, trata-se de “*um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo*”⁸⁴.

É exatamente com o intuito de rechaçar a acusação de decisionismo que o magistrado deve atender a dois princípios gerais quando atuar em demandas envolvendo controle de políticas públicas, a saber: (i) pautar-se, o máximo possível, pela vinculação aos conteúdos jurídicos já densificados pelo próprio constituinte ou, quando for o caso, pelo legislador ordinário, o que implica a primazia das regras sobre os princípios e a adoção do método interpretativo literal sempre que possível; e (ii) diante de situações que lhe demandem a atuação, o magistrado deverá ingerir da forma menos invasiva em relação aos demais poderes do Estado. Cabe aprofundar estes dois pontos.

A ligação entre o direito objetivo e as decisões judiciais é condição para o exercício legítimo da função jurisdicional. Sem isso, os indivíduos sujeitos ao poder investido nos magistrados acabam vítimas do capricho e das idiosincrasias do julgador da ocasião, já que este poderá decidir os casos de acordo com suas íntimas convicções de justiça. Ora, já se sabe que o *direito* não é sinônimo de *direito legislado* ou de *direito estatal*. Ao menos para aqueles que sustentam a visão denominada “pós-positivista”, já é possível vislumbrar conexão entre o direito e a moral. Todavia, para fins exclusivos de controle de políticas públicas orientadas à concretização dos direitos fundamentais, deve-se optar pelo formalismo interpretativo. Primeiramente porque a forma como os princípios jurídicos foram positivados é excessivamente fluida, de modo que, valendo-se de alguma margem de criatividade, o magistrado poderá assumir inteiramente o papel dos ditos “poderes políticos”, o que violaria a função político-social do princípio da separação de poderes. Em segundo lugar porque, como já visto, a Administração Pública é mais apta ao fornecimento de soluções sistêmicas às questões institucionais, razão pela qual deve competir ao legislador e ao administrador, prioritariamente, o desenho das políticas públicas.

Com base nestes mesmos fundamentos pode ser defendido o *minimalismo* como regra geral para o controle judicial de políticas públicas⁸⁵. A opção pelo minimalismo tanto na fundamentação como na extensão das decisões judiciais permite, em primeiro lugar, que os canais democráticos possam operar com mais liberdade, reduzindo a pressão sobre as funções do princípio da separação de poderes. Ao dizer, por exemplo, que o acesso a medicamentos de qualquer natureza é direito subjetivo público com

base no art. 196 da Constituição Federal⁸⁶, os tribunais acabam por engessar qualquer possibilidade de deliberação pública a respeito dos limites do direito à saúde neste ponto particular, o qual tem causado relevante impacto sobre os orçamentos públicos. Portanto, ao decidir questões relativas aos direitos prestacionais, o ideal é que as cortes procedam com humildade e reconheçam que as decisões mais amplas e relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelos órgãos que estão sujeitos à responsabilidade eleitoral.

Neste ponto, é importante observar que não se está defendendo a postura minimalista e formalista em todos os assuntos que são decididos pelo Poder Judiciário. A pretensão aqui é muito menor e pontual: considerando que as políticas públicas envolvem um amplo espectro de considerações, que não são apenas técnicas, mas também políticas, e que objetivam, em muitos dos casos, oferecer respostas amplas para os problemas sociais, não cabe ao Poder Judiciário tomar decisões em caráter definitivo, que acabem por impedir o amplo debate público.

6. Breve conclusão

O princípio da separação de poderes, de acordo com suas funções e considerando o papel desempenhado pelo Poder Judiciário e pelos poderes políticos, indica, como parâmetros gerais para o controle de políticas públicas: (i) a prevalência do legislador e do administrador no desenho e implementação de políticas públicas; (ii) caso seja necessário o controle judicial, cabe aos magistrados fazê-lo observando: (a) a preferência das tutelas coletivas sobre as tutelas individuais; (b) a vinculação mais próxima possível ao sistema, valendo-se de métodos interpretativos menos criativos; e (c) a limitação da decisão judicial a menor extensão possível, de modo a não engessar os canais decisórios democráticos.

⁸⁴SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In: Livres e iguais, estudos de direito constitucional, 2006, p. 200.

⁸⁵A obra de referência sobre o ponto é a de SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, 2001. De acordo com o autor, geralmente a defesa do minimalismo faz sentido “quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, que afeta profundamente muitas pessoas, ou sobre a qual o país está dividido (por razões morais ou outras). A complexidade pode resultar da falta de informações, de circunstâncias cambiantes ou da incerteza moral (legalmente relevante)” (p. 5). Estes três elementos se combinam de maneira acentuada nas políticas públicas.

⁸⁶A propósito, v. Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no REsp 944.105/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11, de setembro de 2008: “O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna”.