Arthur Sanchez Badin

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela
abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Hermes Marcelo Huck

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Departamento de Direito Econômico e Financeiro

São Paulo, 2011

*Telle est la faiblesse de notre raison:
elle ne sert le plus souvent qu'à justifier nos croyances.*
(Marcel Pagnol, La gloire de mon père)

“**Galileu** *quase submisso* – Meus senhores, a fé na autoridade de Aristóteles é uma coisa, e os fatos, que são tangíveis, são outra. Os senhores dizem que segundo Aristóteles há esferas de cristal lá no alto; que, portanto, há movimentos que não são possíveis porque as estrelas seriam obrigadas a quebrar as esferas. Mas e se os senhores puderem constatar esses movimentos? Isso não indicaria aos senhores que essas esferas de cristal não existem? Meus senhores, eu lhes peço com toda humildade que acreditem nos seus olhos [e olhem pelo telescópio recém inventado].

O Matemático – Meu caro Galileu, por mais antiquado que pareça ao senhor, eu ainda tenho o hábito de ler Aristóteles, e lhe garanto que acredito nos meus olhos quando leio.

Galileu – Eu me acostumei a ver como os senhores de todas as faculdades fecham os olhos a todos os fatos, fazendo de conta que não houve nada. Eu mostro as minhas observações e eles sorriem, eu ofereço o meu telescópio para que vejam, e eles citam Aristóteles. [...]

O Filósofo enfático – Se a intenção aqui é sujar Aristóteles, uma autoridade aceita não só pela totalidade da ciência antiga como também pelos grandes padres da Igreja, quer me parecer supérfluo prosseguir nesta discussão. Eu recuso discussões que não tenham objetivo concreto. Para mim chega.

Galileu – A verdade é filha do tempo e não da autoridade. A nossa ignorância é infinita, vamos reduzi-la de um centímetro! De que vale ser tão esperto agora, agora que finalmente poderíamos ser ao menos um pouco menos estúpidos! Eu tive a felicidade inimaginável de encontrar um instrumento novo, que permite examinar mais de perto, não muito, uma franja no universo. Os senhores deveriam aproveitar [para olhar pelo telescópio].

[Os doutores da Igreja acabam indo embora sem olhar pelo telescópio]”

(A Vida de Galileu, Bertold Brecht).

Agradecimentos

Alguns eventos extraordinários ocorreram na minha vida logo após matricular-me no curso de mestrado, no início de 2008. Em abril, encontrei a mulher da minha vida, com quem vim a casar pouco mais de um ano depois. Em maio, recebi o convite para assumir a presidência do CADE, vindo a tomar posse, em novembro do mesmo ano, como o mais jovem presidente da instituição. Em 2009, tal qual uma flor do cerrado, que surge delicada em meio a pedras e espinhos, nasceu meu filho Antonio, maior felicidade de minha vida. Nesse redemoinho, a conclusão do mestrado só foi possível graças ao companherismo de minha esposa Michelle que, à custa de muito sacrifício pessoal, proporcionou a mim e ao Antonio as condições necessárias para enfrentar todos esses desafios. Esse trabalho seria dedicado a ela, se dela fosse digno.

Devo também reconhecer a dívida para com Daniel K. Goldberg, de cujo lume o trabalho não passa de mera centelha. Dos debates que tive com ele, quando juntos trabalhamos na Secretaria de Direito Econômico, é que extraí o que possa ter de original e inovador. Mas, antes de tudo, sou grato por sua amizade fraterna. O caminho até aqui percorrido foi construído graças também ao concurso de pessoas extraordinárias. Por sua generosidade e incentivo, devo a Marcelo Huck e Fabio Lilla o pouco que sei da advocacia. Marcio Thomas Bastos e Tarso Genro me deram a oportunidade de servir ao país, contribuindo ainda que modestamente com os avanços louvados nacional e internacionalmente na política brasileira de defesa da concorrência. A Marcos de Barros Lisboa e Antonio Palocci devo a oportunidade de trabalhar na agenda de reforma microeconômicas do governo Lula, da qual extraí importantes *insights* para o trabalho.

Os desafios em cada um dos passos do caminho só puderam ser superados porque tive a oportunidade de contar com colegas e amigos maravilhosos. Dada a limitação de espaço, agradeço os do escritório em nome de Eduardo Secchi Munhoz. Os da Secretaria de Direito Econômico, de Mariana Tavares de Araujo. Os do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, de Ana Paula Martinez. Os do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, de Ricardo Morishita Wada. Os da Procuradoria do CADE, de Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Os da Presidência do CADE, de Áurea da Silva Cabral.

Mas todo caminho tem um começo. Agradeço meu irmão, Luiz Armando, referência em todos os passos. A minha avó Kika, pelo exemplo e dedicação. A meus pais Armando e Luiza, pelo que sou. Amo vocês.

Resumo

As políticas públicas decorrem de escolhas a respeito de fins, meios e prioridades da ação estatal. O judiciário vem desempenhando papel cada vez mais destacado tanto no desenho como na implementação de políticas públicas. Sua participação ocorre, sobretudo, quando do controle judicial de atos administrativos e legislativos. Nessa oportunidade, fins e meios que haviam sido escolhidos pelos demais Poderes sujeitam-se à revisão judicial, dada a inafastável subordinação dessas escolhas ao ordenamento jurídico. Esse fenômeno, comumente denominado “judicialização da política”, introduz outro nível de escolha, além daquelas a respeito dos fins (o que?) e dos meios (como?): a escolha a respeito de quem deve fazer essas escolhas (quem?). Subjacente ao debate sobre os limites da revisão judicial das políticas públicas está, consciente ou inconscientemente, a busca por saber qual a instituição mais vocacionada a decidir sobre as variáveis “fins” e “meios” da forma mais aderente ao interesse público. O tema é enfrentado por uma vasta literatura, compilada segundo o tipo de abordagem: “dogmática/deontológica”, “institucional/consequencialista”, “teoria política” e “crítica da capacidade institucional”. O presente trabalho pretende contribuir para o debate introduzindo duas críticas. A primeira, relativa à tradicional abordagem “dogmática/consequencialista”, volta-se contra a crença disseminada nas escolas de direito e tribunais de que os fins e meios das políticas públicas estão previamente dados no ordenamento jurídico, bastando uma mais ou menos sofisticada técnica de interpretação para serem revelados. Sem dúvida, o discurso dogmático-jurídico, por sua racionalidade própria, contribui (de forma não exclusiva) para a construção coletiva do sentido da ação e dos fins do Estado. Todavia, a depender de qual instituição for encarregada de fazer, na prática, a escolha a respeito dos fins, meios e prioridades da ação estatal, haverá diferentes resultados. Em uma frase, a escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe. Por essa razão, ao lado do debate a respeito dos fins da ação estatal, deve o juiz ou o formulador de política pública levar em consideração também a análise institucional. Essa formulação não deixa de ser o objeto central dos trabalhos recolhidos sob a designação “crítica da capacidade institucional”, para os quais determinadas características institucionais do judiciário limitam sua capacidade de lidar com questões coletivas. Entretanto, os trabalhos dessa abordagem centram o foco apenas e tão somente nas falhas institucionais do processo adjudicatório,

sem compará-las com as falhas e limitações das demais instituições, em especial o processo político (executivo e legislativo) e o processo de trocas (mercado). Contra essa abordagem monoinstitucional é que se volta a segunda crítica: sendo todas instituições imperfeitas, é imprescindível uma análise institucional comparada, que pondere as forças e fraquezas relativas de cada uma. A serviço do argumento, é apresentada a teoria da análise institucional comparada, de Neil K. Komesar (1994), e a metodologia de análise que propõe para a tarefa: o “modelo centrado na participação”.

Judicialização da política – Políticas públicas – Revisão judicial – Análise institucional comparada – Modelo centrado na participação.

Abstract

This work aims at a contribution to the debate on the judicialization of politics, focusing on two critics to the current debate in the law field, in Brazil: (i) the traditional “dogmatic/consequentialist” approach to the issues concerned; and (ii) the institutional capacity critique’s prevalent monoinstitutional analysis. Public policies results from decisions considering priorities and objectives of state action, as well as the available tools. The judiciary has increasingly been requested to play a prominent role in both the design and the implementation of public policies, especially for revising decisions taken by the Executive and the Legislative powers. As a result, the Judiciary has become the last instance to evaluate the appropriateness of the Executive’s and Legislative’s decisions, a phenomenon named the “judicialization of politics”. The traditional debate on public policies focuses on the questions about the goals (what?) and the tools (how?) elected by the policy-maker. The phenomenon of the “judicialization of politics” introduces a new instance of decisions to the policy arena, claiming then for a new level of analysis in the law and public policy debate: “who” might decide? The proposal is favor the search for the institution best equipped to decide on the “objectives” and “tools” as aligned to the public interest. I have compiled the current debate on those topics in four categories, according to their approach: (i) dogmatic/deontological; (ii) institutional/consequentialist; (iii) political theory; and (iv) institutional capacity critique. The first critic I address in this work is to the traditional dogmatic/consequentialist approach. Widely spread in law schools and courts, such approach proclaims that the legal system itself has already defined all the goals and tools for public policies; therefore, to the judicial review remains the role of interpreting the law solely. This approach ignores that depending on who decides there may be different results. Alongside the debate about the purposes of state action either the judge or the policy-maker might take into account the institutional capacity. The institutional capacity critique approach contributes then with the assertion that institutional characteristics of the judicial system may limit its ability to deal with communitarian issues. My reading is that this institutional capacity analysis is however limited, as it centers exclusively in the institutional failures of the adjudicatory process. Such monoinstitucional analysis disregards the flaws and limitations of other institutions, particularly those comprehending the political process (executive and legislative) and the

market. My critic to the institutional analysis critique is that any institution is imperfect; therefore it is essential to consider the strengths and weaknesses of each whenever a decision about “who” has to decide is to be taken. An important contribution in this comparative analysis, assumed by this work, is that of Neil K. Komesar (1994) on the centered participation model.

Key-words: judicialization of politics - public policy - judicial review - comparative institutional analysis - participation.

Índice

1. Introdução.....	10
2. Panorama da literatura sobre a “judicialização da política” e as quatro abordagens preponderantes.....	24
2.1. Abordagem dogmática/deontologista.....	24
2.2. Abordagem neoinstitucional/consequencialista.....	26
2.3. Abordagem de teoria política.....	35
2.4. Abordagem da crítica à capacidade institucional.....	44
2.5. Conclusão: “entre Dom Quixote e Pôncio Pilatos”.....	50
3. Dogmática jurídica e políticas públicas.....	61
3.1. Introdução.....	61
3.2. Quais os limites do controle judicial dos atos administrativos?.....	61
3.3. Dificuldades na aplicação dos instrumentos de controle oferecidos pela doutrina.....	64
3.3.1. É possível estabelecer normativamente limites à jurisdição?	64
3.3.2. O que “diz” a lei?.....	67
3.3.3. Complementação “discrecionária” ou “legítima” do texto legal?.....	69
3.3.4. O que é discrecionariiedade técnica?.....	71
3.3.5. Análise principiológica (ou a “farra dos princípios” ?).....	73
3.3.6. Controle de “razoabilidade” (e o bom-sensismo judicial).....	76
3.3.7. Atos administrativos de natureza judicante e normativa.....	77
3.4. Conclusão: quem deve fazer as escolhas?.....	81
4. Análise institucional comparada e o modelo centrado na participação.....	82
4.1. A escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe.....	82
4.2. Dois casos a ilustrar a importância da análise institucional comparada.....	92
4.3. Quem deve escolher quem fará as escolhas?.....	99
4.4. Como escolher quem fará as escolhas?.....	100
4.4.1. Considerações iniciais.....	100
4.4.2. Contexto e tradição.....	104
4.4.3. O processo político.....	116
4.4.4. O processo de trocas (mercado).....	123
4.4.5. O processo adjudicatório (judiciário).....	128
5. Conclusão.....	140
6. Bibliografia.....	143

1. Introdução

O judiciário brasileiro vem desempenhando papel cada vez mais destacado tanto no desenho como na implementação de políticas públicas. Sua participação ocorre quando do controle judicial de atos administrativos e legislativos. Nessa oportunidade, *fins e meios* escolhidos pelos demais poderes sujeitam-se à revisão judicial, dada a inafastável subordinação das referidas escolhas ao ordenamento jurídico.

Esse fenômeno é tratado pela doutrina sob a expressão “judicialização da política”¹ e enseja a discussão sobre se e em qual extensão deve o judiciário intervir (*rectius*, atuar)² na revisão dos atos administrativos e legislativos que instrumentalizam políticas públicas.

Considero aqui política pública como sendo, na feliz epítome de BUCCI (2006:39), “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os *meios à disposição do Estado e as atividades privadas*, para a realização de *objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de *prioridades*, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.

¹ “Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política” (SANTOS, 2003). Para esse autor, haveria dois níveis: o de baixa intensidade, na qual o judiciário figura como órgão fiscalizador dos agentes públicos e seus atos; o de alta intensidade, em que “parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos”. VERISSIMO (2006:24) arrola vários outros sentidos dados à expressão, tais como (i) crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo Executivo; (ii) a revisão de textos legais com fundamento em mecanismos diversos do controle de constitucionalidade das leis; (iii) a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômicos, inseridos em Constituições social-democratas e tratados internacionais; (iv) a adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos; (v) a organização de certas categorias ligadas aos setores judiciários em órgãos classistas; (vi) a adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos; (vii) a criação de instâncias supra-nacionais re resolução de conflitos e produção de políticas públicas, como é o caso do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ou das Cortes de Strasburgo e (em menor medida) San Jose da Costa Rica, etc.”. No presente trabalho, o termo judicialização da política é empregado para designar a atuação dos juízes, no controle de atos administrativos, que instrumentalizam políticas públicas.

² A expressão “intervenção do judiciário” é recorrente, razão pela qual optei por não deixar de mencioná-la ao menos uma vez. Todavia, considerando que o termo pode significar “atuação na esfera de outrem”, preferirei ao longo do trabalho o termo “atuação”, acentuando a neutralidade do autor sobre a questão.

Nesse sentido, as políticas públicas, enquanto programas de ação do Estado, decorrem de escolhas a respeito de *fins* e *meios*. Quais fins são socialmente relevantes? Quais meios (recursos orçamentários, instrumentos jurídicos etc.) serão dedicados à consecução desses fins? Diante de um contexto de inevitável escassez de recursos, as escolhas a respeito dos fins e meios são mediadas por um juízo (implícito ou explícito, consciente ou inconsciente) de ponderação e escolha de *prioridades*.

Consideremos a assustadora variedade de dilemas que emergem na prática quando da definição dessas variáveis na formulação e aplicação das políticas públicas. Enquanto não existirem creches, escolas e postos de saúde, deveria o Estado asfaltar ruas ou construir sambódromos?³ Pode a ameaça de extinção de uma “espécie insignificante” de peixe interromper a construção de uma barragem em fase avançada de execução?⁴ O princípio da dignidade da pessoa humana exige que o Estado seja obrigado a fornecer insulina em dose única diária, ao invés da apresentação farmacêutica em sete doses diárias já fornecidas pelo serviço público de saúde, mesmo que ela seja muito mais cara e possa drenar recursos de outros tratamentos? O Estado deve preferir oferecer tratamento ambulatorial a crianças e adolescentes dependentes de drogas ou “investir todas as fichas na prevenção”?⁵ Dada a grande diferença entre índices de correção monetária, deve o Estado alterar aquele que foi originalmente contratado com concessionárias de serviço público, em nome do bem-estar da grande maioria dos consumidores-cidadãos, ou assegurar o cumprimento “das regras do jogo”, evitando o “risco regulatório”?⁶ E com relação aos contratos de *leasing* ancorados na variação cambial, diante da inopinada desvalorização de 1999?⁷ Os que responderem negativamente às duas perguntas anteriores devem estar preparados a responder se, por

³ Interpretando os textos legais, os promotores de justiça da infância e adolescência ouvidos por VIANNA & BURGOS (2005:38), em um de seu “Cinco Estudos de Ação Civil Pública”, respondem negativamente.

⁴ Cito, obviamente, o caso Tennessee Valley Authority vs. Hill (1978), tornado famoso pela análise feita por DWORKIN (1986).

⁵ Refiro-me ao “Caso dos Drogaditos”, analisado por VIANNA & BURGOS (2005), no qual o Ministério Público ajuizou ação para obrigar o Estado do Rio de Janeiro a dedicar “dezesesseis leitos para o tratamento de jovens e crianças dependentes de drogas e álcool” o que foi visto com ceticismo por uma especialista da área entrevistada pelos autores, por entender mais eficaz a ação preventiva.

⁶ Refiro-me à polêmica levada ao judiciário sobre o reajuste dos serviços de telefonia fixa comutada em 2004, colocando em tensão o “risco regulatório” e “os direitos dos consumidores”. O caso foi estudado por KUBOTA (2005).

⁷ O caso da revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial (*leasing*) foi mote para BERTRAN (2006) testar empiricamente a validade do postulado da eficiência como princípio normativo balizador das decisões sobre políticas públicas e a factibilidade da ameaça de geração de incerteza jurídica como externalidade negativa da intervenção judicial sobre contratos.

exemplo, ao Estado é dado alterar contratos e demais atos jurídicos perfeitos, para introduzir novos índices de reajuste, se em sustentação de plano econômico de combate à inflação, como ocorreu no Plano Real⁸. Deve-se garantir a liberdade de informação e expressão, mesmo quando se está a divulgar documentos secretos do governo que, na opinião das forças armadas, colocam em risco a segurança nacional?⁹ Deve uma fusão entre duas empresas ser aprovada, sob o argumento de que aumenta a eficiência global da economia, a despeito de reduzir o bem-estar dos consumidores? O papel precípua do judiciário deve ser garantir a segurança jurídica, ao invés de promover a redistribuição de renda¹⁰, ou o contrário? A lista de questões é infinita.

Se prestarmos atenção às respostas possíveis a cada uma dessas perguntas, veremos que subjacente à grande diversidade de julgamentos sobre questões concretas está um conjunto de concepções diferentes e, por vezes, conflitantes, sobre quais seriam os “fins socialmente relevantes” a serem perseguidos pelo Estado. Implícitas estão as diversas concepções do que é e de como satisfazer o *interesse público*¹¹. Perscrutando os fundamentos de cada uma das respostas, seremos lançados a campo ainda mais abstrato (e, por isso, desolador ao tomador de decisão) sobre o que é a justiça e o que ela exige de nós na prática.

A existência dessa multifariedade de concepções diferentes e, por vezes, conflitantes de “interesse público” que, em cada caso concreto, porfiam pela adesão intelectual e moral de juízes e formuladores de políticas públicas reflete a existência (inevitável) de conflitos e dissensos no bojo do corpo social.

No modelo clássico de separação de poderes, o foro institucionalizado no qual essas discordâncias fundamentais deveriam ser sistematicamente exploradas, mapeadas e

⁸ O controle dos planos de estabilização monetária pelo STF foi objeto de estudo empírico por DURAN-FERREIRA (2008).

⁹ A referência é ao caso *Pentagon papers*, analisado por BADIN (2007c). Mas no momento em que essas linhas estão sendo escritas, a comunidade internacional acompanha atenta ao caso *Wikileaks*, site na internet pelo qual o ativista Julian Assange vem divulgando diariamente comunicações confidenciais do corpo diplomático americano. Algumas das informações reveladas vêm causando violentas reações de conseqüências ainda imprevisíveis.

¹⁰ Conforme sustenta PINHEIRO (2005).

¹¹ “O interesse público é aquele que atende ao interesse da generalidade dos habitantes de um país, é social e historicamente condicionado e contrapõe-se aos interesses particulares de cada um dos cidadãos e de cada um dos grupos econômico-sociais (BOBBIO, MATTEUCCI & PASQUINO, 2000:642).

sintetizadas era o processo político (executivo e legislativo). Todavia, a positivação dos direitos econômicos e sociais ao longo do século XX, que caracteriza a emergência do Estado de Bem-Estar Social, rompeu com o monopólio do *processo político* como foro institucionalizado de participação e vocalização do interesse público. Vejamos como.

COMPARATO (1964) descreve os principais fatos e transformações ocorridos no começo do século XX que deram azo à emergência do Estado de Bem-Estar Social. Para efeitos da argumentação ora desenvolvida, vale destacar, em primeiro lugar, (i) a Revolução Russa (1917), que, vocalizando as exigências do proletariado na repartição da riqueza gerada desde a revolução industrial, representou uma ameaça crível ao controle do Estado pela burguesia, obrigando essa a fazer concessões. (ii) Assim, as Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), ao reconhecerem os direitos sociais como garantias fundamentais do homem, atribuíram ao Estado, mais do que meramente respeitar as liberdades públicas (obrigações omissivas), a obrigação de promover o bem-estar social (obrigações comissivas). (iii) As duas Grandes Guerras Mundiais (1914 e 1939) mobilizaram grandes recursos sociais no esforço de guerra, exigindo do Estado poder de coordenação e centralização da vida social. (iv) A quebra da bolsa de New York (1929), “dobro de finados do *laissez faire*”, não apenas revelou os perigos da ausência de regulação dos mercados (em razão das inevitáveis crises cíclicas do capitalismo), como também cobrou do Estado a tarefa de empenhar-se, direta e ativamente, na recuperação econômica para mitigar os efeitos da Grande Depressão (1930) e reimpulsionar a máquina econômica paralisada.

Esse conjunto de fatores determinou e foi determinado pela ascensão (ou aspiração) de novas camadas sociais à maior participação no processo político. Daí a necessidade de se ampliarem os canais institucionais pelos quais pudessem participar e se fazer ouvir. Um desses canais foi aberto pelo reconhecimento, nas constituições promulgadas ao longo do século XX, dos chamados *direitos humanos de segunda geração*¹².

¹² Sendo arbitrária, a definição das “gerações” da evolução histórica dos direitos humanos enseja controvérsia, em prejuízo de sua boa compreensão. Para que não haja dúvidas, por “direitos e garantias sociais ou de segunda geração” refiro-me aqui ao processo de positivação de programas de políticas públicas, verificado a partir das constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919). Para além dos chamados direitos humanos de “primeira geração”, expressão do Estado Liberal do século XIX, que se limitavam a garantir as “liberdades públicas” mediante a contenção da atuação do Estado, a segunda geração é expressão do Estado

Em essência, esse processo histórico é refletido no direito por uma mudança de paradigma. Enquanto no modelo liberal o direito cumpria uma função marcadamente *retributiva*, acentuado o caráter reparador da intervenção do judiciário nos casos de disrupção da ordem, o direito do estado de bem-estar social carrega consigo a missão de instrumentalizar a efetivação de uma justiça *distributiva*, a promover a reequalização da distribuição de renda, riqueza e oportunidades.

Na medida em que o estado de bem-estar social normatiza programas de ação governamental, elegendo *fins socialmente desejáveis* e subordinando-os à retórica dos direitos, todo arsenal institucional do direito liberal, dentre eles a dogmática jurídica e o primado da inafastabilidade da revisão judicial, passa a ser posto a serviço da efetivação desses novos compromissos (ou direitos).

É assim que, “com a expansão do âmbito material da normatividade”, assinala DURAN-FERREIRA (2004:7), “o Poder Judiciário passa a ser incitado a decidir sobre matérias com as quais não teria contato se restrito à concepção tradicional de separação de poderes. A jurisdicização leva, em suma, o Judiciário a ter uma atuação interpretativa do texto legal (como já dito, com sua materialidade expandida), legislando implicitamente ao aplicá-lo. A esse fenômeno, acrescenta-se o caráter ‘dirigente’ que muitas das constituições modernas vieram a adquirir, passando a conter extensos róis de direitos de natureza social, que instrumentalizam objetivos e finalidades do sistema político. Ademais, a tendência em considerar a Constituição como paradigma de direitos, contra os quais toda e qualquer atuação estatal é ilegítima, incitou o Poder Judiciário, dentro do Estado da Providência, a atuar seguindo os preceitos garantidos naquela”.

Com isso, “a era do juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada. Os juízes deixam de ser, como têm sido até agora, exclusivamente árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados ou de litígios entre indivíduos e o Estado. Doravante, incumbe também à Justiça realizar, no seu campo de atividade, os grandes *objetivos sócio-econômicos da organização constitucional*” (COMPARATO, 1986:22).

de Bem-Estar Social, do qual se esperam prestações positivas de promoção da igualdade material: direito à educação, saúde, lazer e, mais recentemente, ao meio ambiente equilibrado e à higidez da ordem econômica, dentre outros. Para um breve panorama da evolução da positivação dos direitos fundamentais, vide AFONSO DA SILVA (2006:54).

Como será visto ao longo desse trabalho, essas circunstâncias lançaram as condições para o processo de progressiva “judicialização da política”¹³ e “expansão global do poder dos juízes”¹⁴.

¹³ Conforme anotam MACIEL & KOERNER (2002), “a expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de TATE&VALLINDER (1996), em que foram formuladas de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). Se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais. A pretensão dos autores de dar estatuto conceitual à expressão “judicialização da política” foi questionada desde a publicação do livro (REISINGER, 1996). No Brasil, o termo passou a ser utilizado em pesquisas empíricas por TEIXEIRA (1997) e CASTRO (1997). Em suas análises de ações de inconstitucionalidade no STF eles já apontavam a inadequação do conceito, dado o pouco ativismo dos ministros. VIANNA (1999) tomou o termo para descrever as transformações constitucionais pós-88, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais. Mas a expressão ganhou o debate público e, com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios. De um modo geral, a expressão é utilizada em sentido normativo, tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira. Segue-se um pequeno balanço dos sentidos emprestados ao termo, sem pretender de um levantamento exaustivo. Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). Decisões judiciais particulares poderiam ser sujeitas a escrutínio e seu conteúdo poderia ser avaliado como “grau de judicialização”. A expressão é usada neste sentido mesmo para decisões que não são propriamente judiciais como no caso da verticalização das coligações políticas decidida pelo TSE. Ou refere-se à situação excepcional de maior número de conflitos políticos no Judiciário, própria aos períodos de eleições. A expressão recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais. A judicialização é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais. Essa expansão pode ser interpretada em sentido sistêmico, em que a judicialização implicaria risco de perda das diferenciações funcionais entre os subsistemas do direito e da política (CAMPILONGO, 2000). Embaralhados os subsistemas, seus agentes, modos de decisão e linguagens perderiam seu caráter próprio, o que indicaria uma tendência social crítica. Fala-se, ainda, de “judicialização do Estado” ou “judicialização do país” (MELLO, 2001). Em relação às causas do processo de judicialização, alguns atribuem-na à ação do legislador, constituinte ou ordinário, o governo federal, agentes políticos, grupos oposicionistas ou de associações (por exemplo, FARIA, 1999). Há

Em trabalho mais recente, DURAN-FERREIRA (2008:15) resumiu as condições que favoreceram o fenômeno: (i) a adoção de um governo democrático como regime político; (ii) o sistema de separação de poderes e a adoção do mecanismo de *judicial review* (SHAPIRO & SWEET, 2002:142); (iii) a nova legitimação dos governos pela constitucionalização de direitos sociais e econômicos; (iv) o uso das Cortes por grupos de interesse e oposição política com objetivo de provocar a concretização ou modificação de programas públicos; (v) a ineficácia dos Poderes Executivo e Legislativo para implementar políticas (TATE, 1995:28); (vi) e, especialmente, em relação aos sistema jurídico brasileiro, a proibição do *non liquet*, que torna obrigatório um posicionamento da Corte sobre a questão levada à sua apreciação. Assim, a ‘comunidade dos intérpretes’ (VIANNA *et al.*, 1999:47) passou a estar aberta como espaço de discussões das escolhas político-econômicas”.

Não por acaso, no Brasil, o fenômeno da “judicialização da política” é acentuado a partir da Constituição de 1988 (DURAN-FERREIRA, 2004; VIANNA *et al.*, 1999;

referências a macroprocessos de mudança social que teriam embaralhado as relações entre direito, política e sociedade. Outros concentram sua atenção no próprio Poder Judiciário (suas atribuições, as práticas e cultura de seus agentes) ou na legislação defasada (REALE, 2000). O termo aplica-se não só à ação dos juízes mas também os profissionais de outras carreiras judiciais (especialmente os membros do Ministério Público), que seriam os responsáveis pela judicialização da política, por utilizar “excessivamente” suas atribuições para levar os conflitos à justiça, ou para resolvê-los extra-judicialmente, tendo a lei e seu *savoir-faire* como referência. A expressão faz parte do repertório das ações de grupos políticos que defendem o recurso das arenas judiciais para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos. No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Se considerado um processo que põe em risco a democracia, a tendência seria agravada pelo nosso sistema híbrido de controle da constitucionalidade. É nesse controverso universo conceitual e normativo que vêm se inserir as análises divergentes de Rogério Arantes e de Luiz Werneck Vianna. Arantes utiliza a idéia de judicialização da política para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas seja para a integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição. No volume organizado por Luis Werneck Vianna, convivem três dimensões do conceito que se reforçam mutuamente. Giselle Citadino retoma a dimensão constitucional das relações entre direito e política para identificar o espaço normativo aberto ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania; José Eisenberg avalia a expansão das práticas judicializadoras e a politização do Judiciário brasileiro como contrapeso a práticas conservadoras da classe política ou econômica. Werneck Vianna, por seu turno, reforça essas perspectivas ao tratar o fenômeno em termos de procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas”.

¹⁴ “A idéia contemporânea de expansão global do Poder Judiciário faz referência a duas linhas do movimento: o processo de transferência de decisões típicas dos poderes políticos, Executivo e Legislativo, para as cortes judiciais, assim como a incorporação de mecanismos próprios de ação judicial por parte desses mesmos órgãos políticos, nos setores administrativo e legislativo” (VALLINDER, 1995, apud DURAN-FERREIRA, 2008:15).

VERISSIMO, 2006; e FERREIRA FILHO, 1994). Traduzindo a aspiração democrática após mais de vinte anos de regime militar, a Constituição de 1988 ampliou os canais de participação social e positivou diversos fins econômico-sociais.

Todavia, para desincumbir-se dessas novas funções e responsabilidades, o judiciário manteve praticamente intacto o processo adjudicatório tal qual herdado do direito do estado liberal, formatado, sobretudo, para resolver conflitos bipolares, restrospectivos e retributivos (cf. LOPES, 1994; VERISSIMO, 2006).

Conforme assinala LOPES (1994:68, *apud* VERISSIMO, 2006:110), “é certo que esse modo de ser liberal forjou as instituições que temos hoje, inclusive as judiciárias. Contudo, as tensões da vida em sociedade parecem estar colocando à prova essas instituições, porque não se ajustam mais ao perfil unidirecionado, uniorganizado e vertical de comando e controle representado pelo direito liberal. Sob o prisma substancial, as questões de justiça (inclusive justiça proporcional, ou seja, distributiva) não parecem mais ser estranhas ao direito. Estão nas leis de consumo, na proteção do meio ambiente, na proibição de lesão nos contratos, nas novas cartas de direitos. O proporcional e o distributivo parecem ter sido reintroduzidos na agenda jurídica plural da sociedade contemporânea, mas as instituições não sabem como operá-los”.

Conforme será analisado no Capítulo 2, a inadequação do modelo tradicional de processo adjudicatório para lidar com questões de “justiça distributiva” e com a “efetivação dos direitos econômico-sociais” vem sendo objeto de muita crítica. Suas limitações são frequentemente apontadas como causa das disfunções decorrentes da atuação do poder judiciário nesse tipo de questão, abrindo-se recentemente uma pauta de pesquisa de soluções normativas para adaptar o judiciário aos novos desafios.

A “judicialização da política” introduz, portanto, outro nível de escolha, além daquelas a respeito dos fins (o que?) e dos meios (como?) das políticas públicas: a judicialização obriga também à escolha a respeito de quem deve fazer essas escolhas (quem?). Desse modo, subjacente ao debate sobre os limites da revisão judicial das políticas públicas está, consciente ou inconscientemente, a busca por saber qual a instituição mais “capacitada” a decidir sobre as variáveis “fins” e “meios” de forma mais aderente ao “interesse público”.

O tema costuma ser abordado na literatura acadêmica sob quatro vertentes diferentes. A primeira, por óbvio mais afluente nas academias de direito, é a vertente “dogmática/deontológica”. Sua pauta de pesquisa busca o aprimoramento de instrumentos para a decidibilidade dos conflitos, a partir da reafirmação dos pressupostos do direito liberal: coerência, completude e racionalidade do ordenamento jurídico; inafastabilidade da apreciação do poder judiciário; e sujeição de todos os atos “império da lei”. Em suma, pressupõe-se que as escolhas referidas já se encontram todas dadas no ordenamento jurídico, cumprindo apenas ao juiz a tarefa de descobrir-lhe o sentido através do manejo de técnicas de interpretação.

O fracasso da dogmática jurídica em cumprir com a promessa de conferir previsibilidade e calculabilidade à aplicação do direito incitou muitas das críticas reunidas sob a segunda vertente de estudos, dita institucional/consequencialista. Sob essa denominação, encontram-se tanto os estudos produzidos pelas escolas de economia a respeito do impacto da atuação judicial sobre o desempenho global das economias, em consonância com os postulados da Nova Economia Institucional, quanto os trabalhos jurídicos da linha da Análise Econômica do Direito. A idéia básica é a de que juízes bem intencionados, ao aplicar o direito fiando-se apenas na lógica e coerência formal ao sistema jurídico, sem ponderar os custos, limites e consequências econômicas de suas decisões, estariam inadvertidamente promovendo resultados socialmente indesejáveis do ponto de vista do conjunto da sociedade e paradoxalmente contrários à sua intenção original.

Um contraponto a esse ceticismo economicista pode ser encontrado nos estudos reunidos na terceira vertente, que chamarei de “Teoria política”, focados na questão da legitimidade, sob a perspectiva da teoria democrática, sobretudo em vista da crise do modelo clássico de separação de poderes. O debate, bastante prolífico na sociologia e na ciência política, visa aferir se e em que medida o judiciário tornou-se um canal institucional de participação social para que demandas de grupos que se formam no seio da sociedade civil sejam levadas, discutidas e internalizadas no sistema político.

Dando um passo para além da discussão sobre a legitimidade democrática da atuação do judiciário, a pauta de pesquisa da quarta vertente, chamada de “crítica da capacidade institucional”, são as limitações do processo adjudicatório, na sua concepção

liberal, para lidar com decisões que envolvam políticas públicas e direitos sociais. A agenda normativa dos trabalhos dessa vertente cuida de propor adaptações no processo adjudicatório às novas demandas coletivas e sociais (como por exemplo, os recentes avanços no processo civil para tutela dos direitos difusos e coletivos).

Os trabalhos conduzidos sob cada uma das abordagens antes descritas trazem razoáveis e convincentes elementos prós e contras à maior participação do judiciário na escolha das principais variáveis das políticas públicas (*fins, meios e prioridades*). Argumentos em ambos os sentidos vêm acompanhados de razoáveis ponderações que, em nível de generalização, são difíceis mesmo de refutar. Todos parecem descrever com considerável potencial explicativo o fenômeno da judicialização da política e prescrever normativamente soluções para a tensão que existe entre a maior e menor participação dos juízes nas políticas públicas.

Assim, por exemplo, ao argumento da *falta de legitimidade democrática* dos juízes (por não serem eleitos nem arcarem com a responsabilidade política de suas decisões) opõe-se o da *defesa das minorias não representadas no processo político* (que se valeriam do poder judiciário para fazer incluir seus interesses no desenho final das políticas públicas). A este argumento, por seu turno, opõe-se a *objeção da captura* (interesses minoritários, porém mais influentes sobre o judiciário, teriam condição de enviesar as decisões em seu favor). Contra este argumento seriam invocados os direitos sociais e econômicos consagrados na Constituição, a inafastabilidade da apreciação judicial e a “eficácia plena” das normas consagradas constitucionalmente. Em resposta à aplicação dogmática das normas constitucionais levantam-se os estudos que demonstram a *incapacidade institucional* do processo adjudicatório em lidar com questões sociais e distributivas (“o juiz enxerga a árvore e não a floresta”¹⁵), bem como a falta de compromisso com a avaliação das consequências das decisões judiciais (o que tornaria o funcionamento da máquina judiciária prejudicial ao desenvolvimento econômico). Em resposta ocorre o argumento da legitimação do *judiciário como powerbroker* (atribuindo a importância de sua atuação justamente à quebra do *status quo* e à catalização de

¹⁵ “Quando as pessoas fazem julgamentos jurídicos ou morais isoladamente, elas produzem um padrão de resultados que elas mesmas rejeitariam se pudessem, simplesmente, enxergá-los de forma global” (SUSTEIN, KAHNEMAN, SCHKADE & RITOV, 2001).

transformações sociais). O judiciário que constrange o sistema político a respeitar os princípios sociais e democráticos, todavia, ameaça o processo democrático com a *tiranía dos juízes*.

O debate não tem fim e é inevitável enxergar certa circularidade na série argumentativa. Não me importa aqui tomar partido. É difícil que esse debate não resvale para uma briga estilo “a favor ou contra” a maior atuação dos juízes. Quando isso acontece, entre operadores do direito, não raras vezes resvala para discussões apaixonadas que pouco contribuem para o desenvolvimento do tema.

No fundo, embora sob enfoques diversos, o debate da judicialização da política trata de uma questão fundamental, geralmente tratada de forma implícita nas escolhas sobre os *fins, meios e prioridades* das políticas públicas: *qual a instituição que deve fazer essas escolhas*.

O pressuposto essencial deste trabalho é o de que tão ou mais importante que a escolha dos *fins, meios e prioridades* que conformam as políticas públicas é a escolha de quem fará essas escolhas. Diversas são as instituições candidatas à tarefa. Trataremos nesse trabalho das três mais importantes no Estado Democrático de Direito em uma economia capitalista: o processo de trocas (mercado), o processo político (executivo e legislativo) e o processo adjudicatório (judiciário).

A depender de qual instituição vier a ser encarregada de fazer as escolhas, diferentes resultados serão obtidos. Se elegermos que só o congresso é responsável por formular as políticas públicas, devemos estar dispostos a aceitar, em alguns casos, as disfunções da influência da maioria (que impedem políticas de longo prazo) e da minoria (que concentra em seu favor a ação estatal). Se atribuirmos exclusivamente ao mercado a responsabilidade de promover a distribuição de recursos escassos na economia, deveremos estar preparados para aceitar as distorções causadas, por exemplo, pelas chamadas *falhas de mercado*. Se desejarmos que o judiciário seja o definidor último dos fins e meios das políticas públicas, a partir de interpretações do texto legal, deveremos aceitar situações de potencial enviesamento da política em favor de classes que tenham maior ascendência na operação do direito e da máquina judiciária. E assim sucessivamente.

Importante esclarecer, desde logo, que não pretendo (e nem considero possível) eleger “a” instituição mais vocacionada a expressar o interesse público. Muito pelo contrário, a hipótese fundamental é que todas as instituições são imperfeitas e é preciso buscar, em cada caso concreto, a mais adequada, pela ponderação das deficiências e méritos relativos de cada qual. A “escolha de quem fará as escolhas” deve ser feita caso a caso e talvez constitua a principal tarefa dos juízes.

Quando falamos de “imperfeições institucionais”, não estamos a nos referir a problemas como corrupção, falta de recursos, burocracia, idiossincrasias de alguns agentes públicos etc.. Evidentemente que são problemas a serem tratados e adequadamente enfrentados. Mas as imperfeições que nos referimos dizem respeito, sobretudo, à sua *permeabilidade à participação dos grupos de interesse*.

O processo de trocas (mercado), por exemplo, tido nos sistemas capitalistas como institucionalmente mais bem preparado para definir a alocação de recursos escassos na sociedade, pode ter seus resultados distorcidos na consecução desse mister em razão das chamadas *falhas de mercado* (assimetria de informações, racionalidade limitada, monopólio natural, externalidades etc.). O antídoto para corrigir essas “falhas de mercado” – regulação estatal – pode, por seu turno, ter seu efeito prejudicado pelas *falhas do processo político* (“falhas de governo”), que não raras vezes se acha refém de distorções causadas pela atuação de grupos de interesse majoritários (como no caso da subprecificação de reajustes de telefonia nos anos pré-privatizações) e/ou de interesses minoritários (como no caso da captura do órgão regulador pelas empresas reguladas). A atuação judicial para corrigir eventuais vieses majoritários ou minoritários na atuação estatal, por seu turno, pode ser limitada pela incapacidade institucional do judiciário em lidar com questões de dimensões sociais (falta de conhecimento técnico, natureza bipolar do processo adjudicatório etc.).

O presente trabalho pretende inserir-se na recente leva de novos estudos que abordam o tema da judicialização da política sob a perspectiva da “capacidade institucional”¹⁶. Todavia, critica a abordagem monoinstitucional adotada pela maioria dos

¹⁶ Para um resumo a respeito da crítica da capacidade institucional nos EUA e no Brasil, em especial os autores CHAYES (1976), FISS (2004), FULLER (1979), HOROWITZ (1977) e ROSENBERG (1993),

trabalhos mapeados na pesquisa, por centrarem o foco apenas e tão somente nas falhas institucionais do processo adjudicatório, sem compará-las com as falhas e limitações das demais instituições, como o processo político (executivo e legislativo) e o processo de trocas (mercado).

A serviço do argumento, o trabalho pretende apresentar ao debate brasileiro sobre a judicialização da política uma metodologia de análise ainda pouco repercutida na doutrina brasileira. Trata-se da “análise institucional comparada”¹⁷, por meio do “modelo centrado na participação”, proposta nos trabalhos de Neil K. Komesar.

Referido autor desenvolveu um modelo de análise centrado na participação dos grupos de interesse, que tem a pretensão de explicar o funcionamento das três instituições proeminentes antes referidas: o processo de trocas (mercado), o processo político (executivo e legislativo) e o processo adjudicatório (judiciário).

Esse modelo insere-se nas tradições da *Public Choice* e da Nova Economia Institucional, e é tributário de três vertentes teóricas bastante influentes na doutrina americana: a teoria política dos grupos de interesse, a teoria dos custos de transação (Coase) e a teoria da revisão judicial (John Elys). Cada qual centrou seu foco em um tipo de instituição: instituições políticas (legislativo e executivo), o mercado e o judiciário, respectivamente. O modelo ora proposto busca derivar, a partir da síntese dessas três linhas de pesquisa, uma teoria unificada para o funcionamento das instituições.

Quem participa e como participa do processo decisório é a variável-chave usada para comparar as instituições. A participação é determinada pelo cálculo individual de custo/benefício entre os *custos de participar* e os *benefícios esperados da participação*.

Como todos os modelos, ao estilizar a realidade e restringir as variáveis de análise, o modelo centrado na participação possui graves limitações e pode ser sujeito a sérias

LOPES (1998, 1999; 2001; 2003; 2006; 2008), SALLES (1998; 2003); VERÍSSIMO (2006, 2006a); OLIVEIRA (2004) e TERRAZAS (2008), vide MARINHO (2009:52).

¹⁷ A expressão “análise institucional comparada” não é usada, aqui, com a mesma conotação empregada em estudos de direito internacional e direito comparado, em que a comparação se faz relativamente a institutos de ordenamentos jurídicos distintos. Como será visto logo adiante, o foco do modelo ora proposto é a ponderação de vantagens e desvantagens relativas de diferentes instituições para tomar decisões de políticas públicas e alocativas, em especial o mercado, o sistema político (parlamento e governo) e o judiciário.

críticas sobre seu caráter simplificador. Apesar das enormes limitações do modelo, todavia, ele tem o mérito de colocar no centro do debate o fato de que o resultado final das políticas públicas depende tanto da escolha dos fins e meios como da escolha de quem fará essas escolhas. É com este passo que o presente trabalho pretende contribuir para a evolução do debate a respeito da judicialização da política.

Não é pretensão do autor formular um “guia de decisão judicial”. O leitor não deve buscar na obra uma resposta sobre quais devem ser os “limites do controle judicial das políticas públicas e regulatórias”, senão mais e maiores perguntas.

Procurarei me desincumbir dessa tarefa do seguinte modo. Após essa primeira parte introdutória, esboçarei na segunda parte um panorama da literatura sobre o tema da judicialização da política, seus principais argumentos e autores.

A terceira parte será dedicada a descrever os principais instrumentos da dogmática jurídica para lidar com o problema da definição dos limites da revisão judicial dos atos administrativos. O objetivo é revelar que a amplitude excessiva dos instrumentos da dogmática jurídica, se de um lado servem pouco para conferir previsibilidade e calculabilidade, do outro permitem que o juiz simplesmente substitua as escolhas feitas pelo legislador e administrador pelas suas, escamoteando-as sob a retórica do direito.

Na quarta parte apresentarei a teoria da análise institucional comprada, de Neil K. Komesar, e seu o modelo centrado na participação. Como ressaltado anteriormente, o modelo é apresentado menos por sua capacidade explicativa e mais por introduzir no debate sobre a judicialização da políticas dois postulados: (i) tão importante quanto a escolha dos fins e meios das políticas públicas é a escolha de qual fará essas escolhas (a depender da instituição que for encarregada de fazer as escolhas ter-se-ão diferentes resultados de políticas públicas); e (ii) dado que todas instituições são imperfeitas, para a escolha de qual instituição fará as escolhas é necessária uma análise institucional comparada, que pondere os méritos e defeitos relativos de cada qual, para se aferir aquela mais vocacionada a decidir de forma aderentes ao interesse público em cada caso concreto.

A sexta e última será dedicada à formulação de algumas conclusões.

2. Panorama da literatura sobre a “judicialização da política” e as quatro abordagens preponderantes

Nos parágrafos seguintes, procurarei apresentar um panorama a respeito da literatura dedicada ao tema da “judicialização da política”, seus principais argumentos e autores. Adotarei como estratégia de exposição segmentá-la em quatro grandes abordagens ou vertentes de análise. Essa taxonomia particular, bem como a associação dos autores, será feita a partir de critérios reconhecidamente arbitrários e simplificadores, que têm apenas o intuito de ajudar na organização e sistematização de uma literatura tão vasta, complexa e nuançada. É claro que todas essas diferentes abordagens do problema da “judicialização da política” influenciam-se mutuamente, possuem limitações e contribuem, cada qual ao seu modo, para o desenvolvimento do tema.

2.1. Abordagem dogmática/deontológica (ou legalista)

A primeira vertente, por óbvio mais afluyente nas academias de direito, é a vertente “dogmática/deontológica” (também chamada de formalista ou legalista). Por essa linha de pesquisa, busca-se desenvolver instrumental de análise e decisão a partir da assunção do “princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas” (LUHMANN, 1974), dentre os quais a coerência, completude e a racionalidade do ordenamento jurídico, a inafastabilidade da apreciação do poder judiciário e a sujeição de todos os atos “império da lei”. O instrumental dogmático é forjado, assim, para favorecer a decidibilidade dos conflitos, a partir de respostas que estão previamente dadas, de forma mais ou menos clara, no ordenamento jurídico.

Os adeptos dessa linha de pesquisa pressupõem a existência de um único “intérprete legítimo” da lei – o juiz – e confiam na sua capacidade de “descobrir” o sentido do “interesse público” em cada caso concreto. Essa perquirição se faz sobretudo a partir da argumentação jurídica, fulcrada em princípios e valores juridicamente consagrados. Já que as respostas estão previamente dadas na lei e que o juiz não pode se negar a decidir, toda energia é então redirecionada para o desenvolvimento de técnicas de decisão.

Assim, as escolhas de políticas públicas – seus *fins*, *meios* e *prioridades* – poderiam ser inferidos objetivamente a partir do texto legal. COMPARATO (1986:20), por exemplo,

reconhece no judiciário a competência de “impor a execução daquelas [políticas públicas] já estabelecidas na própria Constituição ou em lei, ou adotadas pelo governo dentro dos quadros legais”. Ou seja, os *fins* já estão dados pelo ordenamento jurídico, devendo ao intérprete apenas indicar-lhe o sentido.

Assim, as pesquisas conduzidas sob a abordagem dogmática/deontológica reafirmam o modelo clássico de separação de poderes, sobretudo ao dele inferir o papel do judiciário como controlador dos atos do executivo aos ditames do direito. Ao adjudicar a lei ao caso concreto, ferrando-se à coerência formal ao texto da lei, o juiz encerra sua função, não lhe cabendo perquirir as conseqüências de sua decisão sobre o bem-estar dos indivíduos afetados.

Deste modo, princípios e regras jurídicas têm peso normativo independente dos efeitos concretos sobre o bem-estar dos indivíduos afetados¹⁸. A abordagem dogmática/deontológica encontra-se, sobretudo, no trabalho de administrativistas e processualistas. As ferramentas geralmente desenvolvidas no âmbito dessa linha de pesquisa giram em torno do controle de legalidade; binômio discricionariedade/vinculatividade; forma de aplicação dos princípios e regras jurídicas, interpretação jurídica, etc..

Ocorre que, conforme se pretende demonstrar adiante, o instrumental dogmático, apegado aos pressupostos do direito do estado liberal, chegou ao século XXI tendo falhado em seu principal (ou original) objetivo: conferir calculabilidade e previsibilidade à aplicação do direito. A principal chave usada pela abordagem dogmática para definir os limites de atuação do judiciário, por exemplo, a dicotomia “ato administrativo vinculado vs. discricionário”, perdeu instrumentalidade ao longo do século XX, em razão (i) da

¹⁸ O termo “deontológico” é empregado aqui com o objetivo de associar à abordagem que chamei de dogmática o tipo de racionalidade prática própria da teoria moral de mesmo nome, da qual Kant certamente é o maior expoente. “A deontologia deriva a correção de um juízo moral à sua adesão lógica à constelação de princípios e valores apriorísticos, racionalmente apreendidos pelo espírito humano. Assim, as chaves moral/imoral, ético/anti-ético, legal/ilegal são analisadas a partir de uma argumentação retrospectiva, ou seja, que busca respostas nos valores e nas regras. Nesse sentido, uma abordagem “deontológica” se opõe a outra “consequencialista”. Por consequencialismo me refiro às teorias morais que desloca para as conseqüências da ação a base para juízo de moralidade. Do ponto de vista consequencialista, justa ou boa é a conduta ou decisão cujas conseqüências sejam desejáveis. Na linha consequencialista, encontram-se as tradições herdeiras dos filósofos escoceses, como a utilitarista, cujo desenvolvimento está na origem da ciência econômica (v.g., Bentham, Mill e Smith). No utilitarismo, por exemplo, uma ação é moralmente aceitável se, apesar de motivada no exclusivo interesse pessoal, resultar em benefícios para a sociedade” (BRAGA, 2007).

positivação das políticas públicas e dos princípios jurídicos; (ii) do fato do ato administrativo ter assumido naturezas judicante e normativa; (iii) do emprego, nas leis de regulação dos mercados, de expressões de conteúdo semântico aberto; e (iv) dos controles de “razoabilidade e proporcionalidade” do mérito dos atos administrativos.

A terceira parte deste trabalho será dedicada a explorar com maior vagar esses aspectos.

2.2 Abordagem neoinstitucional/consequencialista

A reação a esse aumento da incerteza na aplicação do direito, sobretudo a crítica ao descaso dos juízes quanto às consequências de suas decisões, vem com os trabalhos que agruparei grosseiramente sob a denominação de “neo-institucional/consequencialista”.

A idéia básica sob a qual reúno aqui trabalhos das mais diferentes matizes é a de que juízes bem intencionados, mas que não ponderam as consequências econômicas de suas decisões, vêm promovendo, paradoxalmente, resultados deletérios para toda sociedade. Ao aplicar o direito fiando suas decisões apenas na lógica e coerência formal com o sistema jurídico, esses juízes estariam promovendo resultados socialmente indesejáveis do ponto de vista do conjunto da sociedade.

Os trabalhos produzidos segundo a abordagem que chamei de neo-institucionalista/consequencialista, obviamente mais afluentes nas escolas de economia, são tributários, direta ou indiretamente, da Nova Economia Institucional¹⁹. Um de seus expoentes, o prêmio Nobel Douglas North, em seus *Structure and Change in Economic History* (1981) e *Institutions, Institutional Change in Economic History* (1990), dedicou-se a demonstrar a importância de haver regras bem estabelecidas, a promover a fluidez do funcionamento do mercado, para o desenvolvimento econômico. Instituições, aqui, vêm a ser as “regras do jogo” destinadas a conferir um mínimo razoável de estabilidade, previsibilidade e segurança nas relações entre os cidadãos (NUSDEO, 2008:65). As

¹⁹ O termo foi cunhado por WILLIAMSON (1975), para designar a linha de estudo da ciência econômica a partir do trabalho pioneiro de COASE (1937), *The Nature of the Firm*. Para além dos instrumentos de análise da tradicional Teoria Microeconômica Clássica (agentes maximizadores de utilidade pessoal, oniscientes e racionais), o foco da Nova Economia Institucional são as instituições, os direitos de propriedade, os custos de transação, o desempenho econômico, entre outros.

instituições se prestam a reduzir incertezas, criar incentivos adequados à ação, estruturar o relacionamento entre os diferentes indivíduos, reduzir custos de transação²⁰.

Esses estudos centram o foco nos impactos negativos da ineficiência do judiciário sobre o desempenho global da economia, entravando o desenvolvimento econômico. A interferência do judiciário em políticas regulatórias ou em contratos, em nome de princípios sociais, bem como sua incapacidade de conferir pleno e rápido *enforcement* a direitos contratuais e de propriedade, geraria ineficiências econômicas associadas à incerteza e imprevisibilidade de atuação do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o judiciário deveria protagonizar papel fundamental para assegurar a certeza e previsibilidade às “regras do jogo”. Todavia, a excessiva discricionariedade dos juízes, conferida pelo instrumental dogmático, que dá margem à substituição das escolhas de políticas públicas formuladas pelos demais poderes, associada à falta de compromisso com as conseqüências, teria impingido ao ambiente econômico grande incerteza. Para FRANCO (2008:17), por exemplo, “levar políticas públicas para o Judiciário, buscando nelas identificar algum ângulo geralmente fictício de ‘irregularidade’ é questionar as escolhas do eleitor, levando o resultado das urnas para o ‘tapetão’ e criando, desta forma, a tão perniciosa insegurança jurídica”.

COSTA JR. (2007) assenta sua tese de doutoramento na abordagem neo-institucionalista de que os resultados regulatórios dependem da dotação institucional dos países, incluindo as instituições do sistema de justiça. Analisa o impacto da intervenção do judiciário nas políticas de regulação do setor de telecomunicações brasileiro. Segundo este autor, a literatura neoinstitucionalista reserva ao judiciário um papel determinante na conformação da capacidade regulatória do país, a partir principalmente da resolução do

²⁰ “Grosso modo, o novo institucionalismo e suas diversas escolas chamam a atenção para a centralidade das instituições na organização da vida política e do ambiente social (ROCHA, 2004), entendidas ora como regras, incentivos e constrangimentos para o comportamento humano, fornecendo regularidade em situações repetitivas (NORTH, 1993, 2005), ora como um conjunto de constrangimentos e/ou oportunidades para o comportamento individual no contexto da interação estratégica nos processos de escolha social, promovendo estabilidade no processo decisório (WEINGAST, 1998, 2002, KREHBIEL e DIMERMEIER, 2001), ora como um conjunto de procedimentos, protocolos, normas e convenções formais e informais inerentes à estrutura organizacional da comunidade política (PIERSON e SKOCPOL, 2002; HALL e TAYLOR, 2003), ou ora ainda como sistemas de símbolos, esquemas cognitivos e modelos que fornecem padrões de ‘significação’ que guiam os processos políticos, econômicos e sociais (MARCH e OLSEN, 1989)” (COSTA JR., 2007:17).

problema da credibilidade, uma vez que, ao garantir a estabilidade dos compromissos e o cumprimento dos contratos, além de evitar a expropriação regulatória em decorrência do oportunismo governamental, sinaliza aos investidores que as instituições regulatórias não serão manipuladas indevidamente, tornando seguro o retorno esperado com a aplicação de grandes somas de recursos.

Mesmo quando o juiz não interfere nas “regras do jogo”, a atuação do judiciário seria condenável, em razão da inefetividade da máquina judicial em prover o *enforcement* das leis e dos contratos, o que no final do dia acaba gerando os mesmos problemas²¹.

A incerteza quanto à aplicação das regras e o funcionamento imprevisível das instituições encontrar-se-iam na raiz do subdesenvolvimento econômico, inclusive pela atuação errática do judiciário. Daí que a ampla margem de discricionariedade dos juízes, para intervir e modificar, *a posteriori*, as regras (contratos e leis), com base apenas em raciocínios formais de aplicação do direito, sem qualquer atenção para as consequências econômico-sociais, seria um dos entraves ao desenvolvimento econômico dos países latino-americanos.

Argumenta-se que os juízes não têm conhecimento técnico e historicamente tendem a sobrepor avaliações particulares de justiça social sobre o respeito aos contratos²². Assim, por exemplo, LISBOA (2002:35), imputa ao judiciário parte dos fatores que impedem a expansão do mercado de crédito no país (fator estruturante do desenvolvimento de longo

²¹ VERISSIMO (2006:12) afirma que o enfoque institucionalista centraria a atenção nos impactos negativos da ineficiência do judiciário sobre o desempenho global da economia, entravando o desenvolvimento econômico. A interferência do judiciário em políticas regulatórias ou em contratos, em nome de princípios sociais, bem como sua incapacidade de conferir pleno e rápido *enforcement* a direitos contratuais e de propriedade, geraria ineficiências econômicas associadas à incerteza e imprevisibilidade de atuação do ordenamento jurídico.

²² Exemplo dessa abordagem está nas conclusões do Banco Mundial em seu relatório “Como Revitalizar os Investimentos em Infra-Estrutura no Brasil: Políticas Públicas para uma Melhor Participação do Setor Privado, *in verbis*: “Outra questão que afeta o risco dos projetos de infra-estrutura é a revisão das decisões regulatórias pelos tribunais. As disputas entre operadores privados e reguladores devem ser resolvidas pelos Tribunais de Justiça, como ilustram diversos casos em que juízes decidiram sobre o reajuste de tarifas adequado para distribuição de eletricidade, as concessões de rodovias e os serviços de água e saneamento. Esse procedimento pode não ser apropriado porque os tribunais não dispõem de conhecimento técnico e, historicamente, tendem a privilegiar a justiça social em detrimento da aplicação do contrato. No entanto, de modo gradual, está sendo formada jurisprudência na qual os tribunais evitam mudar a substância da decisão tomada pelo regulador. Embora a revisão judicial das determinações administrativas seja necessária para garantir a confiabilidade das medidas regulatórias, a adoção de mecanismos alternativos pode ser menos incômoda e arriscada para todas as partes envolvidas” (BANCO MUNDIAL, 2007).

prazo): (i) morosidade e ineficiência na tarefa de conferir eficácia aos contratos e respeito às leis e (ii) “politização” do judiciário e a divergência de interpretação entre os magistrados a respeito de alguns aspectos da lei.

PINHEIRO (2000:188), por sua vez, em polêmica pesquisa sobre a postura dos juízes diante do dilema “respeito aos contratos/justiça social”, defende que a falta de comprometimento dos juízes brasileiros com o cumprimento dos contratos, quando deparados com uma situação de “injustiça social”, traduz-se em incerteza jurídica que aumenta os custos de transação, comprometendo o crescimento econômico de longo prazo. O mesmo autor calcula que a ineficiência do judiciário em prover clareza e *enforcement* às regras comprometeria anualmente um quarto do potencial de crescimento econômico do país.

ARIDA, BACHA & LARA-REZENDE (2004:29) conjecturam que “a incerteza jurisdicional “está na raiz das altas taxas de juros brasileiras”. Para os autores, os gargalos do sistema judicial, que provocam grande morosidade na entrega da prestação jurisdicional e um suposto “viés anti-credor” dos julgadores afetam negativamente o lado da oferta de crédito. No mesmo sentido, sobre o impacto do risco judicial sobre a performance do mercado de crédito, vide COSTA & MELLO (2006).

Nessa linha de argumentos, a judicialização, outorgando ampla margem de discricionariedade aos juízes, pode representar abalo no *credible commitment* referido por NORTH (1994) (já que as regras são definidas *ex post*) e risco de expropriação estatal (uma vez realizados investimentos privados, o estado teria o incentivo de descumprir as regras acordadas, prejudicando os investidores para beneficiar, por exemplo, eleitores). “As políticas públicas não podem ser gerenciadas com visão de curto prazo, apenas para atender ao momento que chega e logo passa [...] Se o país celebra um contrato e, assim, traz investimentos para ajudar no nosso desenvolvimento e depois que o dinheiro chega resolve o governo descumprir o contrato, o que vamos ter logo em seguida? A desconfiança dos investidores estrangeiros, o aumento do risco Brasil, a retração dos investimentos (VIDIGAL, 2004). Com essas palavras, o então presidente do STJ se referia à polêmica levada ao judiciário sobre o reajuste dos serviços de telefonia fixa comutada em 2004, colocando em tensão o “risco regulatório” e “os direitos dos consumidores”. O caso

foi estudado por KUBOTA (2005), sob o enfoque na Nova Economia Institucional, em que demonstrou o aumento do risco regulatório, usando como mote o caso da judicialização do reajuste dos serviços de telecomunicações pelo IGP-DI, em que várias ações haviam sido propostas contra o reajuste dos serviços de telefonia fixa comutada pelo IGP-DI (em 2003, o IPCA foi de 14,34% e o IGP-DI, 25%).

Já no campo da pesquisa jurídica, essa abordagem encontra repercussão nos trabalhos filiados à tradição welfarista (da qual o movimento Law & Economics é um dos sub-ramos), que acentuam a importância da análise econômica das consequências das decisões judiciais como critério normativo de justiça. Somente se poderá chamar de justa, do ponto de vista welfarista, uma decisão judicial cujos efeitos sobre o bem-estar agregado não seja negativo. Para POSNER (2007), “as regras de direito devem ser eficientes e com base nesse valor devem ser interpretadas. E eficiência, nesse contexto, significa maximização de bem-estar social”.

GOLDBERG (2006:78) traz uma desbragada defesa da ética consequencialista e welfarista como critério para decisão sobre políticas públicas²³. Em síntese, seu argumento é o de que não pode ser considerada moralmente aceitável uma escolha de política pública que, a despeito de decorrer logicamente da argumentação jurídica baseada em regras e princípios, gera diminuição do bem-estar para a sociedade. Nesse sentido, a eficiência, ou seja, a ponderação entre “ganhos e perdas” sobre o bem-estar da sociedade, é que deveria ser o critério primeiro de avaliação das políticas públicas²⁴.

²³ Para uma interessante defesa do argumento welfarista, vide KAPLOW & SHAVELL (2002). Para esses autores, “nonwelfarist principles – notably, deontological principles – are often advanced to guide moral decisions. The types of choices addressed by such principles typically seem, on their face, to involve conflicts of interests among individuals. Nevertheless, it can be demonstrated that any nonwelfarist principle will, in some circumstances, favor choices that make all individuals worse off”.

²⁴ Como explica GOLDBERG (2006:96), “nesse contexto, o critério do ótimo de Pareto ganha conotação ética: se determinada distribuição de bens ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior, do ponto de vista ético, a distribuições alternativas. Uma variação do critério de Pareto comumente empregada em análises de custo-benefício é o critério de Kaldor-Hicks, ou eficiência potencial de Pareto. O critério de Kaldor-Hicks tenta separar questões distributivas das de eficiência, estabelecendo que uma alocação é eficiente se permite que os ganhadores compensem os perdedores, a despeito de que efetivamente o façam”.

Para GUIMARÃES (2008:110), “o direito não pode prescindir da economia no momento da formulação das políticas públicas”²⁵. “A atuação do Judiciário [na implementação de políticas públicas] é legítima, e não se confunde (embora muitas vezes a distinção possa ser tênue, como admitido) com a assunção de uma postura pró-ativa no campo da implementação de políticas públicas, em que haveria deturpação de sua legitimidade para interferir na implementação em caso de violação do ordenamento jurídico, bem como um a invasão sobre a legitimidade do Legislativo e do Executivo para implementar referidas políticas. Essa postura pró-ativa tem o efeito de aumentar os custos de transação da tomada de decisões de política pública (desperdício de recursos escassos), reduzindo a eficiência da economia. Efeitos ainda mais graves podem ser observados se, em sua interferência, o Judiciário se abster de fazer qualquer consideração de natureza econômica da tomada de sua decisão”.

O cerne do argumento em favor da análise consequencialista por parte de juízes é o fato de que as decisões judiciais em casos concretos geram efeitos (externalidades) sobre terceiros não representados no processo judicial. Assim, por exemplo, uma decisão judicial que altere determinada cláusula contratual beneficiando o consumidor de serviços bancários em nome da “justiça social” pode no longo prazo impor uma redução global da oferta de crédito no mercado, em razão da redistribuição dos custos decorrentes da intervenção judicial a todos os demais contratos.

O juiz, agindo assim, estaria fadado à mesma sina do pobre Príncipe Mishkin²⁶, clássico personagem de Dostoiévski que, apesar de imbuído de sincera vontade de fazer o bem, acaba, por sua ingenuidade e alienação a respeito da realidade, espalhando dor e aflição a todos ao seu redor.

Ao olhar o caso concreto como uma árvore, perdendo a perspectiva de toda floresta, o juiz que emprega a análise dogmática/deontológica tende a desconsiderar os “custos dos direitos” (HOLMES&SUNSTEIN, 1999), que “direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2005) e, portanto, todos os dilemas (trágicos) decorrentes da escassez de

²⁵ MARTINEZ (2008) dedicou sua dissertação de mestrado a demonstrar a primazia do postulado de eficiência como critério normativo balizador da avaliação das políticas públicas, em especial a de defesa da concorrência.

²⁶ Devo o expressivo termo a Daniel K. Goldberg.

recursos. Afinal, conforme bem aponta FERRAZ (2007), “quanto mais caro o preço de determinado medicamento, ou se tratam menos portadores da doença correspondente ou se tratam menos portadores de outras doenças. E assim com o preço de qualquer outro insumo da saúde. Não há segredo, é a lógica do ‘cobertor curto’. É claro que é possível também ampliar os recursos destinados à saúde e diminuir os destinados a outros bens e objetivos. [...] Mas não dá para aumentar esses recursos infinitamente, e mesmo aumentos expressivos jamais serão suficientes para eliminar a necessidade de fazer escolhas”. Para o mesmo autor, diante da finitude dos recursos, as decisões dos juízes alterando as escolhas feitas pela administração, olhando a árvore e não a floresta, levam à concentração dos recursos naqueles mais ricos que têm acesso ao judiciário, em detrimento dos mais pobres, atingindo fim diametralmente contrário ao esperado.

A síntese do argumento foi dada de forma lapidar pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “justiça no varejo propicia a injustiça no atacado”²⁷.

²⁷ “[...P]assadas duas décadas, e estando o País a viver sob a égide de uma nova realidade econômico-financeira, a partir de 1994, com a instituição do novo padrão monetário denominado Real, quando já não se registra processo inflacionário significativo, alguns segmentos da Justiça Gaúcha permanecem dando guarida a pleitos revisionais de contratos bancários de toda a ordem, num processo inercial absolutamente injustificável e extremamente perverso, no meu sentir. Injustificável porque não há na atual conjuntura econômico-financeira absolutamente nada que possa explicar os inúmeros pleitos revisionais de contratos bancários em face de uma economia estabilizada. Perverso porque, a pretexto de fazer justiça no caso em concreto, o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul inicia promovendo a justiça no varejo, mas termina propiciando a injustiça no atacado... Isto é, a questão da inadimplência de mutuários de contratos bancários no Rio Grande do sul, em número consideravelmente maior do que em outras unidades da federal, sempre na expectativa de obter alguma benesse judicial, para as instituições financeiras, não chega a representar grave problema, mas apenas uma questão atuarial. O sistema financeiro está perfeitamente preparado para conviver com este tipo de adversidade, bastando, para tanto, jogar na conta do tomador adimplente, que representa 97% dos mutuários, a parcela dos 3% de inadimplentes. Segundo declarado com todas as letras por representantes do sistema financeiro em recente encontro da categoria, no Rio de Janeiro, o Rio Grande do Sul não tem peso significativo no cenário da economia nacional e, portanto, o fato de o Poder Judiciário Gaúcho insistir com a revisão de contratos bancários, apesar da estabilidade econômica, traz como consequência imediata a diminuição dos investimentos nesta unidade da federação e o aumento considerável da taxa de juros, como forma de frear a tomada de ativos, num mercado considerado de altíssimo risco. Com isto acaba se perpetuando uma situação extremamente perversa, seja, o inadimplente contumaz, aquele que se utiliza do Poder Judiciário para obter vantagens indevidas, e que abrange, forçoso admitir, a grande maioria dos atuais litigantes em ações revisionais de contratos bancários, e que correspondem 3% dos tomadores de recursos financeiros, acaba jogando na conta dos mutuários adimplentes, que representam 97% da população que se utiliza do crédito, onde estão incluídos pequenos e médios investidores e tomadores de capital, os excluídos sociais por assim dizer, que tem dificuldades de acesso aos bens de consumo e que, para atingir os objetos de desejo numa sociedade de consumo de massa em que vivem, acabam pagando mais caro pelo crédito, cuja responsabilidade deve ser atribuída ao Poder Judiciário Gaúcho que até hoje não revisou suas próprias decisões acerca do assunto, continuando a agir de forma preconceituosa, sem dar a devida atenção ao caso em concreto, agora debaixo de motivações ideológicas acerca da livre concorrência, economia de mercado, política neoliberal, etc... Aliás, o prejudicado, como sempre, é somente o pequeno tomador de

Em sentido contrário a essa linha de argumentação, BERTRAN (2008) buscou testar empiricamente a validade dos postulados da abordagem institucional/consequencialista, em especial (i) a *eficiência* como princípio normativo balizador das decisões sobre políticas públicas e (ii) a *incerteza jurídica* como externalidade negativa da intervenção judicial sobre contratos.

A partir de uma análise estatística das decisões judiciais sobre o “caso do leasing”, a autora concluiu, em primeiro lugar, que o critério de eficiência, propugnado na abordagem institucional/consequencialista, é teoricamente falho porque “uma situação de eficiência só pode ser obtida a partir de uma dada alocação original de recursos” (ou seja, desconsidera as injustiças no ponto de partida) e “inexiste um método de determinação para o que seja uma decisão eficiente” (todas as aproximações, como o critério de preferência ou utilidade, serviriam apenas para “o magistrado mascarar, com a retórica da eficiência, uma opção ideológica de privilégio a uma parte em detrimento da outra”)^{28 29}. Em segundo lugar, a autora procurou provar, a partir de entrevistas junto a agentes de mercado, “a falta de correlação entre o conteúdo das decisões judiciais e o comportamento do mercado de arrendamento mercantil de veículos”³⁰.

Esse postulado de justiça (eficiência) imporia a quem realiza as escolhas de políticas públicas um exercício, às vezes pouco factível na prática, de ponderação de todas

recursos financeiros, porque o grande investidor, este vai buscar além mar, com taxas de juros diferenciadas, os recursos de que precisa para desenvolver os seus rentáveis negócios” (Acórdão do TJRS Ap Civ 70015204175 - 15ª Câmara Cível. Julg. 21.06.2006).

²⁸ Para a autora, “a busca de eficiência é um mecanismo auto-referenciado, pois só é capaz de determinar eficiência a partir de algum parâmetro de eficiência original, decorrente de determinada alocação primitiva de recursos ou direitos. Incapaz de determinar com precisão as circunstâncias de sua maximização, é utilizado como argumento retórico a propósitos confrontantes. O Juiz A aponta que a manutenção do contrato é solução mais eficiente e, por isso, a correta. O Juiz B, por sua vez, também com a utilização de determinação da solução mais eficiente, aponta que a decisão correta é justamente o contrário. A conclusão é de que a eficiência não é um elemento verdadeiramente orientador do magistrado, mas um subterfúgio (talvez inconsciente) que esconde a fonte material da justificação de sua decisão (...) formação sócio-econômica, experiências de vida, simpatias políticas, entre outros)” (BERTRAN, 2008:17).

²⁹ No mesmo sentido, vide NUSSBAUM (2000).

³⁰ Para a autora, “a impropriedade da Nova Economia Institucional decorre de sua incapacidade de predição. [...] Enquanto a Nova Economia Institucional propõe que a autorização de repactuação dos contratos por parte do Poder Judiciário cria uma [sic] ambiente de incerteza que estimula os agentes a deixarem de contratar no futuro, as entrevistas com os agentes do mercado, representantes das principais empresas de arrendamento mercantil, minoram maiores efeitos para o caso. Para corroborar o depoimento das instituições financeiras, detectou-se a falta de correlação, através de análise estatística, entre as decisões proferidas em relação ao caso de revisão dos contratos e o comportamento do mercado de arrendamento mercantil para veículos” (BERTRAN, 2008:17).

as conseqüências da decisão. A complexidade da tarefa acabaria por impedir, na prática, que juízes tomassem decisões envolvendo políticas públicas, o que é usado por autores “dogmático/deontológicos” em favor da prevalência da argumentação jurídica tradicional³¹.

O debate em teoria do direito sobre a dicotomia consequencialismo *versus* deontologismo reflete, em instância mais abstrata, a lógica que define, na academia de direito, os trabalhos segundo as abordagens dogmática e Law & Economics e, no dia à dia do judiciário, as posturas dos juízes “Júpiter” e “Hércules”, da famosa classificação de OST (1993).

OST (1993) define um critério metodológico para classificação da postura dos juízes em três tipos ideais, para efeitos de pesquisa empírica. “O juiz ‘Júpiter’ traz consigo a idéia de transcendência. Ele corresponderia ao modelo tradicional de formação do magistrado, que tem sua preocupação voltada à validade da norma jurídica e à certeza do direito, partindo de uma concepção estritamente liberal de Estado. A racionalização última desse modelo está presente na promulgação das modernas constituições políticas que representam o topo do ordenamento jurídico, pensado este de forma hierárquica e piramidal, com seu fundamento de validade baseado em uma construção linear e unidirecional (da norma inferior para a norma superior). O instrumento de trabalho desse juiz é representado por um código, que traz em si a ideia da coerência, completude, clareza e não redundância do ordenamento. Quatro corolários podem ser identificados, a partir da idéia de código: (i) o monismo jurídico: o ordenamento jurídico é único e sistemático; (ii) o monismo político: a soberania estatal pressupõe um processo de identificação nacional e de centralização administrativa; (iii) a racionalidade linear e dedutiva: a interpretação compreende uma atividade de coerência lógica e de harmonia do sistema e, por fim, (iv) o controle de eventos futuros: o código pode prever e antecipar as situações jurídicas possíveis, não deixando espaço para a criação judicial. A fundamentação das decisões do juiz Júpiter, será, portanto, essencialmente lógico-formal.

³¹ Para APPIO (2005:251), por exemplo, “A motivação das decisões judiciais a partir de argumentos jurídicos é um imperativo da democracia constitucional brasileira, pois argumentos político-econômicos são facilmente manipuláveis a partir da ideologia própria dos grupos organizados da sociedade, do que resulta um debate constitucional pobre em argumentos, mas rico em retórica”. Curioso é que a mesma crítica é feita pelos institucionalistas/consequencialistas aos dogmáticos/deontologistas: o que faz pensar que argumentos jurídicos estão isentos do mesmo tipo de manipulação?

Comumente, ele irá recorrer ao que se denomina o processo de subsunção do fato à norma e utilizar-se-á de recursos como ‘a vontade do legislador’” (OST, 1993:172, *apud* DURAN-FERREIRA, 2008:25).

“O juiz Hércules, por sua vez, relativizaria o mito da supremacia do legislador e traria consigo a ideia dos trabalhos cotidianos árduos. O diagnóstico feito por ele é do aumento da complexidade social, que o modelo do código tem dificuldades em lidar. É a falência do antigo paradigma, que está subjacente às suas decisões: a impossibilidade para articular norma e fato e o afastamento do juiz Júpiter da vida jurídica real. O trabalho de Hércules será cada vez mais complexo: ele irá dirigir empresas em dificuldades para evitar falência, será chamado a se manifestar a institucionalizar uma política pública deficiente, entre outras atividades, que transcendem as funções de um modelo jurídico liberal. Hércules irá decidir com base em normas, à sombra do código, mas levará a cabo outros trabalhos, uma vez que é também engenheiro social. [...] A concepção de direito subjacente é o direito social emergido de um Estado intervencionista” (OST, 1993:176, *apud* DURAN-FERREIRA, 2008:26).

O juiz “Júpiter” é um típico formalista legal, e por isso tende a ser mais deferente às decisões e escolhas feitas pelos demais poderes. O juiz Hércules, ao contrário, é um ativista do realismo jurídico e da *sociological jurisprudence* americana (OST, 1993:117). No Brasil, entretanto - isso é uma hipótese aqui cogitada como agenda para futura pesquisa - a tendência é invertida: o juiz formalista escamoteia sob a retórica da dogmática jurídica as escolhas que efetivamente faz em substituição às da administração pública, enquanto que os realistas legais (Hércules) tendem a ser mais respeitosos, cientes das dificuldades e responsabilidades de empreender a revisão das escolhas feitas pelos demais poderes. Nosso juiz Hércules é macunaímico (tem ciência das dificuldades e se recusa a enfrentar os doze trabalhos³²). Já a versão brasileira do juiz Júpiter (Zeus para os gregos), é a do deus onisciente, onipotente e onipresente.

³² Citando resultados de pesquisas empíricas sobre o desempenho das ações civis públicas, como VIANNA (2003) e CARNEIRO (1999), VERISSIMO (2006:221) conclui que “quando o Judiciário é defrontado, no plano coletivo, com toda a miríade de problemas práticos que está envolvida na redefinição material de políticas públicas, ele simplesmente abandona essa tarefa”.

O que importa, para o escopo desse trabalho, é ressaltar os dois focos de preocupação dessa parte da literatura: consequenciais e instituições.

2.3. Teoria política/legitimidade

Nos anos recentes, a dimensão política da prática judicial tem despertado interesse crescente entre cientistas sociais e juristas³³. A discussão é centrada sobre os déficits ou potenciais democráticos da maior atuação do judiciário, sobretudo a partir da constituição de 1998.

Para CASTRO (1997) “nas Ciências Sociais, uma das abordagens dessa dimensão política da atuação das cortes judiciais procura avaliar especificamente como o processo judicial interage com o sistema político democrático, especialmente os poderes executivo e legislativo, e quais os seus efeitos em termos de formulação e implementação de políticas públicas (STONE, 1994; TATE, 1995)”.

Nesse aspecto, o debate costuma girar em torno da questão da legitimidade democrática da atuação de juízes na escolha das variáveis essenciais das políticas públicas (fins, meios e prioridades). A atuação dos juízes na formulação de políticas públicas enfrenta a objeção de que sua atuação padeceria de grande déficit democrático, na medida em que não são eleitos nem arcam com a responsabilidade política das decisões que tomam. Disso decorreria a ameaça da tirania dos juízes, a subverter a normal divisão de atribuições entre os três poderes.

O argumento é explicado por FERRAZ (2005:21, *apud* TERRAZAS, 2009:19): “a objeção em razão da legitimidade alega que a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário representaria uma indevida intrusão do judiciário na arena dos poderes políticos do Estado. Isto porque a realização dos direitos sociais frequentemente (embora não exclusivamente) requer medidas positivas do Estado, por exemplo, elaboração de políticas públicas (incluindo a elaboração de legislação – provisões constitucionais que requerem legislação

³³ ADORNO *et al.* (1994); SHAPIRO & STONE (1994); TATE & VALLINDER (1995); HABERMAS (1996); SANTOS, MARQUES E PEDROSO (1996); NEVES (1994); CARVALHOSA (1993); CARDOSO DE OLIVEIRA (1996); FARIA (1995); FERREIRA FILHO (1994); CASTRO (1993); GUARNIERI (1991); TISHNET (2008), GARGARELLA, DOMINGO & ROUX (2006), COOMANS (2006), DISXTON (2007), BILCHITZ (2007); FREDMAN (2008), VIANNA *et al.* (1999), VIANNA (2003).

complementar para serem aplicadas são comumente chamadas normas não auto-executáveis) e a sua implementação. Eles podem ser violados, portanto, não apenas pela ação estatal, mas principalmente pela omissão do Estado. A efetivação desses direitos, assim, envolveria necessariamente um poder do Judiciário para compelir os poderes políticos a agir. Além disso, qualquer controle judicial efetivo sempre teria que envolver o poder judiciário de indicar quais medidas específicas devem ser tomadas quando aquelas adotadas pelos poderes políticos se mostrarem inadequadas. Isso, contudo, não seria apropriado, como apontam, devido ao princípio democrático da separação de poderes. Essa situação resultaria na usurpação dos poderes Legislativo pelo Judiciário, numa ‘tirania do judiciário’.” Afinal, “a promoção dos direitos sociais requer a elaboração e implementação de complexas e frequentemente custosas políticas públicas no campo da saúde, educação, moradia etc., ou seja, naquilo a que costumamos nos referir como bem-estar social. E essas questões são justamente as que deveriam ser decididas pelo processo político, pois se referem à alocação de recursos e escolhas de prioridades – matérias de competência dos poderes políticos”.

O contraponto a esse tipo de objeção vem dos trabalhos que procuram revelar a legitimidade da atuação do judiciário como antídoto à inércia dos demais poderes em concretizar as garantias constitucionais. “Um dos argumentos centrais para a restrição do ativismo judicial nessa área é justamente o da legitimação democrática. Observe-se que esta é a mesma crítica oposta à prerrogativa da jurisdição constitucional de invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo legitimado democraticamente. Inobstante isso, tais críticas podem ser superadas sob o prisma da própria teoria democrática, sem que tenhamos que recorrer a argumentos de caráter metafísico. A questão central é: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização desta tarefa” (SOUZA NETO, 2003:323).

Outro contraponto à crítica da falta de legitimidade democrática advém dos trabalhos que vêem no judiciário um canal institucional pelo qual interesses tradicionalmente excluídos do processo político acessam o debate público e se fazem representar na formulação de políticas públicas.

Segundo o modelo de democracia procedimental formulado por HABERMAS (1996), o direito, por meio de procedimentos, deve garantir mecanismos de participação pública e deliberação, funcionando como elo entre a esfera pública e o sistema político, para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas, discutidas e internalizadas no interior do sistema político. Assim, as ações judiciais se afiguram entre esses mecanismos, na medida em que ampliam, de forma procedimental e racional, a possibilidade de co-determinação de políticas públicas por diversos grupos de interesse.

Conforme explica MATTOS (2004:134), “as vantagens analíticas do modelo habermasiano decorrem [...] do fato de Habermas trabalhar com um conceito duplo de racionalidade: a racionalidade instrumental (com vista a fins predefinidos) e a racionalidade comunicativa (o principal elemento que Habermas trouxe de novidade no plano da teoria social). Isso permitiria, em certa medida, incorporar o debate sobre organização e ação de grupos de interesse que atuam segundo uma racionalidade estratégica (instrumental) com vistas a fins. E nesse sentido nos afastaríamos de um idealismo excessivo republicano. Ao mesmo tempo, Habermas se afastaria do individualismo metodológico inerente a modelos liberais de democracia e, ao trabalhar com o conceito de racionalidade comunicativa, dá ao seu modelo de democracia a capacidade de avaliar a atuação de grupos de interesse na esfera pública segundo outra perspectiva. É nesse ponto que a avaliação das condições de participação pública se torna relevante. Participar, no modelo habermasiano de democracia, implica deliberação pública e a circulação de poder político para além das instituições que formam o sistema político – Legislativo, Executivo e Judiciário. A *esfera pública* e as condições de atuação de atores relevantes na *sociedade civil* passam a ter um lugar privilegiado no modelo de análise da organização social”.

Nesse sentido, o fenômeno da judicialização da política é visto como saudável sintoma da intensificação da participação social no processo de formulação de políticas públicas, resultado do novo patamar de cidadania alcançado após o fim da ditadura militar brasileira (1964/1985) e da promulgação da Constituição de 1988. FRISCHEISEN (2000:107), por exemplo, sustenta que “essa atuação do Poder Judiciário, como consequência do maior acesso à justiça (direito fundamental) está incluída em processo

mais amplo de aprofundamento do próprio exercício da cidadania e da democracia, que pressupõe modificações no modelo clássico da divisão de poderes”.

Nesse sentido, assinala CASTRO (1997) que “o processo judicial em si mesmo (DWORKIN,1985) e em sua interação com o conjunto do sistema político, por suas implicações abrangentes, constitui um meio de articulação de conflito e uma forma de exercício da autoridade política extremamente importante, nas democracias constitucionais. A cogitação do desenvolvimento de condições que restrinjam a institucionalidade democrática, em países como o Brasil, impondo um padrão de ‘cidadania de baixa intensidade’, decorrente da ‘legalidade truncada’, que expressa a incapacidade do Estado de assegurar a todos os cidadãos os direitos que lhes são genericamente reconhecidos (O'DONNEL, 1993) acrescenta interesse ao tema”.

Opondo-se mesmo frontalmente aos trabalhos da abordagem “neoinstitucional/consequencialista”, no que tange à sua defesa da “segurança jurídica”, DIVER (1979), SABEL&SIMON (2004), UNGER (2002) e ESKRIDGE (2005) defendem que o judiciário tem um importante papel democrático a cumprir ao funcionar como *powerbroker*: “o efeito da intervenção inicial das cortes é o de desestabilizar as expectativas das partes anteriores ao litígio, de modo a provocar efeitos políticos, cognitivos e psicológicos que aumentem sua disposição à colaboração experimental. [...] Ao invés de ditarem comportamentos e desenharem políticas específicas, as decisões fornecem *standards* segundo os quais as políticas deverão, autônoma e negociadamente produzidas” (SABEL & SIMON, 2004).

Os trabalhos de VIANNA (2003), VIANNA & BURGOS (2005) e VIANNA *et al* (1999) são particularmente otimistas em relação à atuação judicial na formulação de políticas públicas, destacando seu papel de supressão da inércia dos demais poderes e de canalização de interesses sub-representados no processo político.

Pela mesma razão, o judiciário tem sido apontado por alguns autores como canal institucional pelo qual os interesses das minorias excluídas do processo político (“foro das majorias”) se façam representar no desenho das políticas públicas. VERISSIMO (2006:12), por exemplo, louva o fato de que “as cortes de justiça acabaram se tornando

particularmente permeáveis à ação de grupos minoritários originalmente excluídos do processo político tradicional, sobretudo nos segmentos intermediários da sociedade”.

No mesmo sentido, OLSEN (2006:306) sustenta que “os grupos marginais, que não têm voz política, somente terão condições de se fazer ouvir através do processo judicial, e mediante o controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário. Se o Estado não cumpre com as obrigações constitucionalmente elaboradas para o atendimento da população, muitas vezes somente através do Judiciário que estas necessidades poderão ser supridas, já que estes grupos marginalizados, e às vezes até cidadãos individualmente considerados, não têm força política suficiente para influenciar no campo do jogo democrático”.

Diante disso, GARGARELLA (2006:28, *apud* TERRAZAS, 2008:20) considera que “juízes são excepcionalmente melhor situados para cumprir essa tarefa, porque a sua principal função é receber reclamações de todos aqueles que são marginalizados ou severamente afetados pelas decisões dos poderes políticos. Institucionalmente falando, o Judiciário representa o principal canal que os grupos desvantajados têm para se fazer ouvir, quando os poderes políticos se recusam a ouvi-los ou desconsideram inadequadamente suas reivindicações”.

No mesmo sentido, FELDMAN (1993:1087) defende que, “quando o direito dos pobres está em questão, é particularmente improvável que o Legislativo pesará imparcialmente esse dever constitucional. Os pobres frequentemente carecem do poder político necessário para alcançar a adoção de políticas que os beneficiem. Nessas situações, o Judiciário é claramente o poder melhor capacitado para interpretar imparcialmente e realizar os mandados constitucionais positivos”.

Também entre os processualistas o argumento encontra eco. Para CAPELLETTI (1999:99), os tribunais podem dar uma importante contribuição à representatividade do geral do sistema, “eles efetivamente podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, da proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”. Para (GRINOVER, 2006:305), “há no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível

num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado ‘representante adequado’”.

A legitimidade do judiciário decorreria, assim, diretamente da ordem constitucional, que atribui a um corpo de funcionários públicos – os juízes - o poder de rever todos os atos da administração pública. Embora não sejam eleitos, sua legitimação advém da vontade constituinte, atenta à necessidade do processo político ser controlado por outro poder, técnico e racional. Esse controle se justificaria, sobretudo, porque nos “foros das maiorias”, as minorias não se fariam representar, para garantir o atendimento a seus direitos econômico-sociais.

Assim, para ACKERMAN (1988), o fundamento de validade da ação política democrática é sua adesão à constituição. O processo político está sujeito a diversas idiossincrasias e ao jogo de interesses, que nem sempre correspondem à vontade dos constituintes. Assim a legitimidade do processo político decorria de sua submissão aos valores expressos na constituição. Assim, a deliberação democrática (no sentido constitucional) que confere legitimidade às políticas públicas definidas pelo legislativo em lei ou pelo executivo em atos administrativos depende da atuação corretiva do judiciário. O Poder Judiciário agiria, assim, como ‘veto player’ ou ‘veto points’³⁴, aos quais os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação de interesses não alcançados na arena política (GEORGE TSEBELIS, 2002).

SUSTEIN (1985) observa que o problema no argumento de ACKERMAN (1988) está em limitar o fundamento de legitimidade à Constituição. Isso porque não seria correto assumir o Judiciário como uma instituição isolada do que Ackerman chama de política normal. Ou seja, o Judiciário também pode ser influenciável por interesses particulares e, na medida em que o processo de interpretação de normas (especialmente de princípios constitucionais) é amplamente discricionário e o Judiciário é insulado do processo de participação política, este é pouco *accountable* aos cidadãos (*apud* MATTOS, 2004:145).

³⁴ “Veto players seriam atores políticos, individuais ou coletivos, cujo consentimento seria necessário para o estabelecimento de políticas públicas. Referidos atores políticos exerceriam esse poder de veto (sobre a legislação ou políticas públicas que atingem interesses ou objetivos políticos desses) tendo em vista arranjos institucionais, os denominados *veto points*” (DURAN-FERREIRA, 2004).

Esse insulamento que torna o judiciário menos permeável ao controle e à participação social poderia sujeitá-lo a ser capturado pela ação de grupos de interesse minoritários, que assim teriam condições de fazer prevalecer seus interesses sobre os da maioria. Assim, ao argumento de que o judiciário deriva sua legitimação democrática da defesa de minorias contrapõe-se a crítica de que, no mais das vezes, essas minorias que são beneficiadas pela ação judicial são as já mais bem aquinhoadas na distribuição original de renda, bens e oportunidades.

A ação judicial, que se pretendia promotora de uma justiça distributiva, em linha com as aspirações do direito do Estado de bem-estar social, estaria, paradoxalmente, se prestando a concentrar ainda mais a distribuição daqueles interesses.

Em interessante pesquisa acadêmica, TERRAZAS (2008) busca testar empiricamente a tese acolhida por VERISSIMO (2006) de que o judiciário exerce o papel “voz institucional dos pobres”. Analisando ampla amostra de decisões judiciais sobre fornecimento de medicamentos, concluiu que: (i) 60,63% dos beneficiados pelas decisões judiciais são pessoas que possuem plano de saúde ou podem pagar por serviços particulares; e (ii) 21,25% das ações são conduzidas por ONGs. A expectativa de que este último dado poderia sinalizar uma desejável maior participação da sociedade civil organizada foi frustrada quando a autora apurou que 67,65% desses casos são originários de uma ONG apoiada pelo próprio laboratório que produz o medicamento.

Diante desses dados, referida autora concluiu que “as pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à justiça, frequentemente não-usuárias do Sistema Único de Saúde, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos). A judicialização dos direitos sociais, pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção dos seus direitos fundamentais – a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos já incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um locus onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a

quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção” (TERRAZAS, 2008:45)³⁵.

Essas disfunções geradas pela ação judicial têm algumas de suas possíveis causas estudadas nos trabalhos que reuni sob a denominação de “neo-institucional/consequencialista”: (i) a ausência de uma análise consequencialista, que obriga à avaliação dos impactos das decisões judiciais perante terceiros; (ii) a ausência da noção de escassez de bens públicos, que impõe uma lógica de ‘cobertor curto’ às políticas públicas, impede reflexão sobre quem ganha e quem perde; o (iii) voluntarismo heróico (ou quixotesco) acaba distorcendo a política pública, paradoxalmente, de forma contrária à almejada.

Outras possíveis causas são estudadas pelos trabalhos da “crítica da capacidade institucional”, e que serão objeto de análise mais detida a seguir: (i) desconhecimento dos juízes a respeito de matérias técnicas; (ii) bipolaridade do processo judicial impede que outros interesses não representados na sala de audiências se faça representar na decisão final do processo judicial; (iii) lógica reparativa do processo adjudicatório submete a atividade judicial a uma lógica de imputação e reparação; etc.

DURAN-FERREIRA (2004), por exemplo, empreendeu importante pesquisa empírica sobre a política de concessão de medicamentos para DST/AIDS orientada a partir de decisões judiciais. Os resultados revelam que a política de distribuição de anti-retrovirais para os portadores de AIDS encampada pelo Ministério da Saúde após inúmeras decisões judiciais assegura a cerca de 115 mil soropositivos no Brasil, 0,06% da população brasileira, usufruir de 1,6% do orçamento dedicado à saúde (ou seja, este grupo minoritário recebe 27 vezes mais recursos do que receberia se esse fossem alocados igualmente). Essa desproporção na alocação de bens públicos (uma minoria beneficia-se desproporcionalmente dos escassos recursos orçamentários) pode ser legitimada por diversas justificações de ordem moral ou de justiça. Mas também pode ser decorrência da maior influência de um grupo minoritário organizado fazendo prevalecer seus interesses do

³⁵ Os resultados da mesma pesquisa foram apresentados em trabalho de SILVA & TERRAZAS (2008), no qual os autores concluem terem provado ser inverídica a crença muito difundida nas pesquisas sobre a judicialização dos direitos sociais de que o judiciário é uma alternativa institucional para dar voz aos mais pobres, marginalizados no processo político.

processo judicial, como, por exemplo, parece ser a opinião da autora: “Identificamos a possibilidade da distorção de política sociais distributivas quando da atuação do Judiciário, que reproduz o fenômeno da concentração de gastos públicos em camadas sociais de maior renda (produzindo, portanto, efeitos regressivos quase nunca desejados pelos juízes”.

Também tem sido a posição de FERRAZ (2009), para quem “a escassez de recursos constitui limite para a formulação das políticas públicas” e “a equidade deve ser o princípio fundamental a nortear sua alocação”. Referido autor sustenta que a interpretação do direito à saúde como direito individual a atendimento ilimitado, dominante no judiciário brasileiro, é mantida às custas dos princípios da equidade e universalidade estabelecidos na Constituição e que esta interpretação resulta na inversão dos objetivos primordiais do Sistema Único de Saúde, transformando-o em instrumento de perpetuação das iniquidades em saúde já significativas no país

O que nos importa extrair de tudo isso é a importância da *participação* nos sistemas democráticos e a divergência entre os autores a respeito da operacionalidade do judiciário em canalizar a participação das minorias.

2.4. Capacidade institucional³⁶

Como visto, alguns trabalhos põem em dúvida a tese de que o judiciário decorreria sua legitimação na formulação de políticas públicas do fato de “intensificar a cidadania”, ampliando os canais de participação democrática de interesses formados no interior da sociedade, em especial a interesses minoritários tradicionalmente excluídos do processo político e desatendidos pela inércia dos demais poderes.

A crítica vem amparada em estudos teóricos e empíricos que procuraram aferir se o resultado da ação judicial realmente atinge esses objetivos ou se, do contrário, o ativismo judicial no mais das vezes acaba atingindo fins diametralmente opostos ao almejados.

Essa desconexão entre intenção e resultado da ação judicial pode ser explicada pelos estudos empreendidos segundo a abordagem que ora reúno sob a denominação de

³⁶ VERISSIMO (2006) refere-se a essa abordagem como “capacidade instrumental”, com vistas a distingui-la da abordagem que chamou de “institucional” e que, nesse trabalho, designei, com algumas variações, de “neo-institucional/consequencialista”.

“capacidade institucional”, centrada “na crítica da invasão dos espaços políticos pelos órgãos judiciários sob o ponto de vista da incapacidade de seus instrumentos para resolver esse tipo de disputa” (VERISSIMO, 2006:15).

Segundo MARINHO (2009:9), “essa abordagem aponta para as dificuldades institucionais do Poder Judiciário lidar com os conflitos chamados distributivos e centraliza-se no argumento de que o Judiciário não está institucionalmente preparado para lidar com esse tipo de conflito. A crítica da capacidade institucional sustenta que os direitos sociais possuem natureza distinta dos direitos individuais. Seus objetos são bens públicos e coletivos, tal como a saúde e a educação, e seus conflitos são distributivos e plurilaterais: as perdas ou ganhos desse conflito são repartidos entre todos os cidadãos de uma sociedade”.

Para HOROWITZ (1977), normas mais amplas e indeterminadas abriram as portas para o judiciário fazer escolhas de políticas públicas. A partir do momento em que o debate acerca da legitimidade esmaece, ganha espaço o debate a respeito da capacidade institucional. Não se trata de saber o que o judiciário deveria fazer, mas o que poderia fazer de forma competente.

Com base sobretudo nos estudos de FISS (1979), VERISSIMO (2006) dedica sua tese de doutoramento a abordar o tema da judicialização da política sob a vertente da “capacidade institucional”. Para referido autor, se de um lado as garantias institucionais do judiciário – como imparcialidade, inércia, decisão conforme o direito e os inputs das partes, necessidade de fundamentar as decisões em princípios racionais etc.. - assegurariam sua independência em relação a pressões de grupos e instituições, conferindo ao judiciário legitimidade para funcionar como contrapeso aos órgãos representativos do jogo político, por outro essas mesmas e exatas características são as que fazem do judiciário um “formulador errático de políticas públicas” e “um péssimo alocador de recursos”.

As razões disso seriam “[i] a incapacidade de pensar em termos de preferências, [ii] a incapacidade de lidar com a barganha em plano coletivo (não se transacionam direitos indisponíveis, como aqueles de natureza coletiva ou que envolvem as políticas do Estado, diz o Cânone), [iii] a necessidade de transformar pontos de vista parciais em direitos que precisam ser ou não ser titulados por quem os afirma, em um jogo de tudo ou nada, [iv] a

necessidade de adstrição ao caso concreto e correlativa impossibilidade de extrapolá-lo ou ampliá-lo de sorte a contemplar outras necessidades sociais e, enfim, [v] a incapacidade de gerir a própria agenda e de determinar as próprias soluções” (VERISSIMO, 2006:18).

Segundo VERISSIMO (2006), essas críticas referem-se, sobretudo, à concepção liberal de justiça e do processo judicial, assim qualificada a partir dos trabalhos de TEUBNER (1989), NONET & SELZNICK (1990), LOPES (1994) e OST (1990) por um direito de racionalidade formal, de viés autônomo, voltado para operação de mecanismos retributivos de justiça e baseado na proteção de direitos individuais.

Sintetizando os trabalhos de FÜLLER (1979:401), HOROWITZ (1977) e MESQUITA (2002), VERISSIMO (2006) cita como problemas instrumentais da jurisdição para lidar com questões de políticas públicas: (i) dificuldade das cortes lidarem com “questões policêntricas; (ii) o princípio da inércia implica decisões *ad hoc*; (iii) os juízes são generalistas; (iv) não permite decisões sob condição; (iv) o processo judicial não dá margem à revisão de suas políticas.

Um dos precursores no Brasil dessa abordagem dita “capacidade institucional”, LOPES (1994) aponta que a partir da década de 80 assomam demandas envolvendo questões de justiça distributiva, porém em grande parte desassistidas em razão de limitações institucionais do judiciário: (i) a eficácia intra-partes da sentença impedem a aplicação das decisões a todo universo social, criando distorções e privilégios; (ii) a estrutura da decisão com base na referência à lei retiraria legitimação política para o órgão decidir politicamente ou de forma consequencialista; (iii) contraditório bilateral não se adequaria à natureza plurilateral dos conflitos distributivos; (iv) a inércia institucional do órgão atuaria em favor apenas daqueles que sabem como invocar a proteção do judiciário; (v) as idéias de precedente, tradição e cultura jurídica trariam em si um elemento estático incompatível com a justiça dinâmica e distributiva; (vi) o aparelhamento insuficiente do judiciário dificultaria acesso a informações importantes para a tomada de decisões com efeito coletivos, o que acabaria por fazer do judiciário mais uma instância de mediação, de adiamento do conflito enquanto se negocia uma solução definitiva fora do juízo (*apud* VERISSIMO, 2006:107).

OST (1993) faz uma análise da crise do modelo liberal de direito, fundado na idéias de *direito subjetivo* (que remete a um modelo de adjudicação), e sua insuficiência para lidar com os problemas contemporâneos, do que decorre o desenvolvimento da noção de interesse (que passa por sopesamento e gestão).

Grande parte das distorções causadas pela intervenção judicial das decisões administrativas, segundo SUSTEIN (1982:527), decorreriam dos seguintes fatores: (i) falta de *accountability* judicial; (ii) ignorância dos juízes a respeito de matérias complexas; (iii) a demora e as formalidades do processo judicial; (iv) a atuação *ad hoc* dos juízes (“caso a caso”).

FULLER (1979:368), descreve o que acontece quando questões policêntricas são submetidas ao processo adjudicatório: (i) a solução proposta pode falhar (repercussões inesperadas podem torná-la infactível ou ineficiente); (ii) as pessoas encarregadas da decisão podem perder sua condição de árbitros isentos do conflito (são obrigadas a ‘testar’ soluções em audiências posteriores, consultar partes não presentes no processo, cogitar de fatos não alegados nem provados etc., perdendo, assim, sua imparcialidade; (iii) ao invés de acomodar seus procedimentos para o tipo diferente de conflito que lhe é apresentado, o julgador pode acabar adaptando o conflito ao procedimento que ele sabe operar e às soluções que esse procedimento consegue gerar. [...] Por razões de tradição, “o espaço próprio da adjudicação consiste em determinar, com autoridade, questões ligadas a demandas por direitos e acusações de culpa” o que é fruto “da moldura institucional dentro da qual tanto os litigantes quanto o próprio juiz funcionam” (*apud* VERISSIMO, 2006:94).

MARINHO (2009), por meio da análise quantitativa e qualitativa de decisões judiciais sobre o direito à educação, testou a validade das críticas a respeito da capacidade instrumental. A partir dos resultados de sua pesquisa, a autora concluiu que: (i) a natureza plurilateral dos direitos sociais é desconsiderada nas decisões judiciais e as decisões são tomadas como em um conflito bipolar; (ii) o judiciário não está preparado para lidar com os direitos sociais que, em geral, são direitos presentes ou futuros; (iii) a falta de disponibilidade ideológica dos julgadores que, de maneira geral, correspondem de modo significativo ao senso comum da sociedade, reproduzindo a visão majoritária; (iv) a satisfação de direitos sociais demanda remédios que o judiciário não pode conceder, seja

pela falta de instrumentos que lhe permitam fazer agenda e planejamento das decisões ou mesmo pela não possibilidade de o juiz negociar a decisão com as partes; (v) a falta de hábito e aparelhamento das cortes brasileiras para lidar com conflitos distributivos faz com que seus funcionários públicos decidam com base no tudo ou nada; (vi) o julgamento do litígio de forma fragmentada e individual não leva em conta impactos extrajudiciais, como as questões econômicas e a universalização das decisões judiciais.

No mesmo sentido, DURAN-FERREIRA (2008:10) procura comprovar empiricamente algumas das críticas a respeito da capacidade institucional, a partir da análise de decisões do STF a respeito dos planos de estabilização econômica. Para referida autora, “o STF não define limites institucionais claros para o poder de legislar sobre a moeda, porque seu raciocínio jurídico está pautado por um modelo lógico-formal de direito, que não é capaz de apreender a complexidade da política monetária, implementada pelos poderes políticos, e dialogar com os diferentes interesses contrapostos em um plano dessa natureza”.

A mesma autora, em trabalho anterior, embasado em pesquisa empírica, já havia chegado à mesma conclusão: “O presente estudo leva-nos a concluir que a tutela individual do direito à saúde [o que aconteceu em 84,7% dos casos analisados] não é a mais adequada, pois desconsidera sua natureza [coletiva]. As decisões judiciais analisadas, que concederam ou confirmaram a concessão de medicamentos solicitados pelo autor da ação individual, desprezaram em sua quase totalidade os efeitos que gerariam para além do processo. O tratamento individual de um conflito de natureza coletiva provoca distorções sociais e econômicas. Não se tem em mente que a questão é a disputa por recursos escassos (orçamento) destinados a políticas públicas que concretizam direitos sociais” (DURAN-FERREIRA, 2004).

Pugnando pela coletivação da atuação judicial quando tratar de direitos difusos e coletivos, DURAN-FERREIRA (2004) concluiu que “a efetivação dos direitos sociais requer a elaboração e a execução de políticas públicas, tendo em vista limitações orçamentárias e prioridades políticas: o tratamento judicial responsável referente a direitos sociais exige reflexão em torno das ações governamentais, suas possibilidades e suas razões, sob pena de, com a adoção mal-informada ou equivocada de premissas de justiça

social e moralidade, desfigurar políticas públicas, agravando o quadro de déficit social. Indispensável, portanto, que o Judiciário traga para seu campo de análise, os impactos sócio-econômicos, a realidade das políticas públicas, bem como a natureza coletiva dos conflitos envolvendo alocação de recursos públicos”.

Uma vez identificadas as limitações à capacidade institucional do judiciário, vários estudos se engajam em pauta normativa, visando a reforma do processo adjudicatório (judiciário) para adaptá-lo aos novos desafios que se lhe apresentam. As alterações recentes no processo civil brasileiro, por exemplo, em especial na tutela coletiva, representariam o esforço legislativo de adaptação do processo judicial aos novos desafios.

Este “novo processo” emergente, segundo CHAYES (1976), teria as seguintes características, comparadas com as do “processo tradicional”:

Comparação de CHAYES (1976) entre modelos de contencioso judicial		
	Tradicional (liberal)	Emergente
Partes	Bipolar	Difuso
Pesquisa dos fatos	Retrospectivo	Prospectivo
Limites da tutela	Adstrito à interdependência existente entre direitos e remédios	Desenhada <i>ad hoc</i> em termos flexíveis e amplos.
Externalidade	Impacto restrito às partes.	Consequências para pessoas ausentes no processo
Início do processo	Pelas partes interessadas	Pelas partes em conjunto com a corte
Escopo da demanda	Determinado exogenamente	Delimitados pela corte e pelas partes
Implementação da decisão	Imposta	Negociada
Participação judicial	Termina com a sentença	Ativa na fase de implementação
Postura do juiz na investigação dos fatos e organização do procedimento	Passivo	Ativo
Objeto	Disputa entre indivíduos	Política pública

Elaboração própria.

São pautas desses estudos, por exemplo, o novo papel do Ministério Público, a figura do *amicus curiae*, as ações coletivas, a noção de “interesse coletivo” se sobrepondo ao tradicional “direito subjetivo”, a noção de direitos difusos e coletivos e “garantias

institucionais” rompendo com a tradicional dicotomia direito público/direito privado do direito liberal; novos poderes do juiz (por exemplo, o juiz poder alterar o objeto do processo coletivo, hipótese prevista no anteprojeto de código de processo coletivo); os termos de ajustamento de conduta e de compromisso; etc..

Em suma, revelam esses estudos, a forma com que a instituição judiciária é desenhada determina grande parte da sua capacidade ou incapacidade para lidar com questões envolvendo políticas públicas, sociais e coletivas.

2.5. “Entre Don Quixote e Pôncio Pilatos”

Foi com essa curiosa frase que um juiz expressou sua angústia diante da tragédia cotidiana de controlar as políticas públicas no Brasil³⁷. Entre o ativismo inconseqüente e a omissão resignada, juízes buscam encontrar seu novo papel no processo de efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

Nessa busca, os juízes se vêem abandonados aos seus próprios recursos, já que a diversidade de argumentos oferecidos pela academia, tão convincentes quando antagônicos entre si, está longe de alcançar consensos. O presente capítulo procurou traçar um panorama dos diferentes argumentos que porfiam pela adesão intelectual de juízes e demais operadores do direito. À guisa de conclusão, eles se encontram sintetizados, na forma da tabela abaixo, elaborada com o escopo de demonstrar não apenas a multifariedade, mas também e principalmente sua tensão dialética.

³⁷ A declaração foi colhida por VIANNA&BURGOS (2005:26), em um de seus “Cinco estudos de caso de ação civil pública”. Ao juiz se apresentava uma das inúmeras ações judiciais promovidas pelo Ministério Público para que fossem oferecidos medicamentos fora da lista definida pelo Ministério da Saúde. De acordo com o juiz, “Fizeram uma espécie de ‘panelaço’ na minha porta. Por onde eu andava vinha alguém querendo falar comigo. Eles fizeram uma pressão política e, mais que isso, foi psicológica e moral [...]. Soube de pessoas que haviam falecido esperando os medicamentos, então eu fiquei numa encruzilhada entre Dom Quixote e Pôncio Pilatos”. Nas palavras dos autores, “fica evidente, aqui, a novidade do lugar social ocupado pelo juiz: alvo de pressão popular e armado de instrumentos processuais que lhe conferem poder de formular políticas públicas, o juiz vê-se alçado ao espaço político, tendo que se comportar como um engenheiro social, capaz de negociar com as autoridades, ao mesmo tempo em que precisa levar em conta os constrangimentos internos ao Tribunal, em especial a já mencionada tensão que esse tipo de ação provoca entre a presidência do Tribunal de Justiça e o chefe do Executivo. Utilizando-se a metáfora evocada pelo juiz, pode-se sintetizar a situação nos seguintes termos: caso se comporte como Pilatos, não apenas frustra a expectativa dos cidadãos que buscam o Judiciário como via de acesso ao direito, mas também arrisca a tornar o próprio sistema judicial indiferente ao avanço da cidadania; caso se comporte como Dom Quixote, corre o risco de assumir uma postura voluntarista, que pode comprometer sua imagem no âmbito do Tribunal e contribuir para desintegrar o direito”.

VERISSIMO (2006:221) aponta com acuidade para a desconsideração do pluralismo e complexidade sociais nos discursos favoráveis e contrários à intervenção social. Ambos apostariam em uma ficção. Os primeiros, na capacidade dos princípios jurídicos ditarem, a cada determinada decisão, o único caminho correto a seguir e qual destino a ser dado aos bens coletivos. Os segundos, na capacidade das instituições representativas de vocalizar, tal qual um “oráculo”, qual seria o interesse público.

Com efeito, o mais grave de tudo isso é o fato de que a própria existência da divergência frequentemente não é reconhecida, escamoteada pela retórica da dogmática jurídica. Os conflitos de fundo subjacentes a essas questões são postos para fora das escolas de direito, que continuam a repetir sua profissão de fé na coerência, completude e logicidade do ordenamento jurídico. Todavia, mal chegam os novos juízes a assinar a primeira sentença, põem-se-lhes a assombrar as divergências latentes na sociedade, exorcizadas pela judicialização da política.

Conforme bem adverte FERRAZ (2009), “a atribuição dos direitos em geral, e não apenas direitos sociais e econômicos, representam um sério dilema para o judiciário. Isto se deve à existência de discordância genuína e razoável sobre o conteúdo da maioria dos direitos e os deveres correspondentes, independentemente da sua natureza (positiva ou negativa). Neste contexto de incerteza normativa, entendo justificável que tribunais responsáveis sejam cautelosos em substituir por sua própria interpretação o conteúdo dos direitos definidos pelo processo político. Se tentarem fazer valer os seus próprios pontos de vista através de remédios fortes, atrairão justificáveis críticas de usurpação. Por outro lado, dada a expectativa generalizada de que os juízes devem ser os guardiões dos direitos das democracias constitucionais, essa atitude os sujeitarão a acusações igualmente graves de abdicação”²¹.

O fato é que juízes vêm cada vez mais participando das escolhas sobre as variáveis fundamentais das políticas públicas. Conforme se pretende demonstrar no próximo capítulo, a substituição das escolhas feitas pelos demais poderes pelas dos juízes é legitimada pela ampla margem de discricionariedade aberta pelos instrumentos da dogmática jurídica.

Estudos recentes nas academias de direito no Brasil vêm ampliando o debate da judicialização da política para a compreensão das limitações institucionais do judiciário em lidar com problemas coletivos, envolvendo alocação de recursos, e que por isso se podem dizer dependentes do componente político (=escolhas). Dignas de nota são as iniciativas de LOPES (1994) e, mais recentemente, de jovens acadêmicos como VERISSIMO (2006), DURAN-FERREIRA (2004 e 2008), MARINHO (2009), TERRAZAS (2008) e SILVA&TERRAZAS (2008), analisadas ao longo do capítulo.

Esses trabalhos procuram entender os principais temas da judicialização da política como um problema institucional e não meramente dogmático. Eles derivam da idéia de que a forma com que a instituição – no caso, o judiciário e o processo adjudicatório – é desenhada, determina muito da qualidade e capacidade de sua intervenção.

No entanto, a abordagem tem sido monoinstitucional, ou seja, focada nas forças e fraquezas de uma única instituição, qual seja, do judiciário. Esse tipo de abordagem, embora analiticamente importante, nos diz pouco em termos da conveniência da atuação judicial em cada caso concreto. Isso porque, mesmo diante de certas fraquezas, o judiciário pode ainda assim ser melhor vocacionado a tomar a decisão em determinado caso concreto, em se constatando a existência de fraquezas ainda maiores nas demais instituições, como o processo político e o mercado.

Por essa razão, a contribuição que o presente trabalho pretende oferecer a essa ainda incipiente linha de pesquisa no Brasil está no argumento de que é necessário ampliar a *análise monoinstitucional* para uma *análise institucional comparada*. Isso será feito com a apresentação do modelo proposto por Neil K. Komesar no quarto capítulo.

Panorama dos argumentos coligidos na doutrina		
	Contrário à maior participação	Favorável à maior participação
Conhecimento técnico	Aos juízes falta conhecimento a respeito de determinadas matérias técnicas que lhes submetidas à decisão. Isso os leva a decidir de forma contrária à técnica ou acessar a matéria de fundo pela intercessão de peritos. A dependência de peritos pode simplesmente solapar a razão de ser de órgãos técnicos especializados da administração pública, gerando ineficientes redundâncias e ocioso dispêndio de gastos públicos.	A intervenção judicial, em que pese a falta de conhecimento técnico-especializado, restabelece a coerência das decisões administrativas especializadas ao conjunto do ordenamento jurídico. Por serem generalistas, os juízes teriam condições de restabelecer a coerência de políticas públicas a toda constelação de valores da sociedade, muitas vezes ignorados por órgãos administrativos ou agências reguladoras setoriais/especializadas. Por exemplo, as decisões do CADE tendem a priorizar o valor “concorrência” em detrimento de outros como “pleno emprego”, “meio ambiente”, “patrimônio histórico” etc.
Consequencialismo/deontologismo	Juízes bem intencionados, porém que não ponderam as consequências econômicas de suas decisões, vêm promovendo, paradoxalmente, resultados deletérios para toda sociedade. Ao aplicar o direito fiando suas decisões apenas na lógica e coerência formal com o sistema jurídico, os juízes estariam promovendo resultados socialmente indesejáveis do ponto de vista do conjunto da sociedade. Isso ocorre porque os juízes recusam-se a decidir de forma consequencialista, ou seja, decidem sem aferir as consequências de suas decisões para o bem-estar agregado da sociedade, o que não raras vezes leva a situações ineficientes e injustas do ponto de vista welfarista da maximização do bem-estar. “Justiça no varejo pode significar injustiça no atacado”.	A complexidade da tarefa acabaria por impedir, na prática, que juízes tomassem decisões envolvendo políticas públicas. Nem mesmo os demais poderes realizam essa tarefa, que se mostra pouco factível na prática. O critério da eficiência é teoricamente falho porque “uma situação de eficiência só pode ser obtida a partir de uma dada alocação original de recursos” (ou seja, desconsidera as injustiças no ponto de partida) e “inexiste um método de determinação para o que seja uma decisão eficiente” (todas as aproximações, como o critério de preferência ou utilidade, serviriam apenas para “o magistrado mascarar, com a retórica da eficiência, uma opção ideológica de privilégio a uma parte em detrimento da outra”).
Defesa da constituição	A amplitude do texto constitucional confere ampla margem de discricionariedade aos juízes decidirem de acordo com suas próprias escolhas, escamoteando-as sob a retórica da argumentação jurídica.	Os juízes são os guardiões dos valores e princípios consagrados na constituição e, portanto, derivam sua legitimidade democrática da constituição.
Canal de participação comunicativa	Determinadas características institucionais podem transformar o	O judiciário se afigura mecanismo de participação pública e deliberação,

	judiciário em um instrumento nas mãos de minorias elitizadas extraírem benefícios em detrimento do conjunto da sociedade.	funcionando como elo entre a esfera pública e o sistema político, para que demandas de grupos que se formam na sociedade civil sejam levadas, discutidas e internalizadas no interior do sistema político
Segurança jurídica	A revisão judicial sobre políticas públicas ameaça a “segurança jurídica” e a estabilidade das “regras do jogo”, fatores necessários para o desenvolvimento econômico.	A certeza da atuação do judiciário garante que não haverá arbitrariedades na aplicação da lei, o que favorece a confiança no sistema jurídico. O judiciário funcionaria como antídoto à inércia dos demais poderes em concretizar as garantias constitucionais.
Powerbroker	Ao desestabilizar as expectativas das partes anteriores ao litígio, o judiciário impõe à realização dos negócios um custo de transação associado à incerteza dos negócios jurídicos. A ausência ou intempestividade de mecanismos de unificação de jurisprudência dificultam a assimilação, pelo mercado, de <i>standards</i> de conduta, comprometendo o nível de negócios.	O papel do judiciário é justamente o de desestabilizar as expectativas das partes anteriores ao litígio, de modo a provocar efeitos políticos, cognitivos e psicológicos que aumentem sua disposição à colaboração experimental. [...] Ao invés de ditarem comportamentos e desenharem políticas específicas, as decisões fornecem <i>standards</i> segundo os quais as políticas deverão, autônoma e negociadamente produzidas
Bipolaridade	Os juízes não levam em consideração todos os interesses efetiva ou potencialmente afetados por sua decisão, pois a natureza bipolar do processo judicial não permite que se façam presentes na sala de audiências. O litígio tende a se focar no caso individual e desconsidera o quadro geral, sendo indiferente aos interesses que necessariamente serão afetados pela decisão judicial. Isso resulta no problema da não-representatividade, que traz questões não somente sobre competência institucional, mas também sobre justiça. E priva o Judiciário da informação necessária para tomar uma decisão adequada, excluindo partes que serão afetadas por essa decisão da participação efetiva no processo.	A jurisprudência é formada a partir da sedimentação de inúmeros casos concretos. Essa multifariedade da casuística permite que determinados <i>standards</i> de conduta sejam determinados “de baixo para cima”, de forma dedutiva, a partir da experiência, da prudência, da prática e do conhecimento das diversas nuances possíveis questão (muitas vezes imperceptível ao formulador de política segundo estilo “de cima para baixo”). A política pública definida judicialmente beneficia-se assim do fato de ser uma construção coletiva, que conta com a participação não apenas dos diversos juízes incumbidos de decidir, mas também das razões das partes e suas especificidades apresentadas em cada caso concreto.
Eleição de juízes	Os juízes não têm legitimidade democrática por não serem eleitos.	A legitimidade decorre da delegação constitucional para decidir.
Irresponsabilidade política	Os juízes não têm legitimidade democrática por não arcarem com as consequências políticas de suas decisões	Os juízes, por estarem mais próximos dos fatos, estão mais sujeitos às demandas e pressões dos interesses envolvidos (funcionando como “caixa de ressonância” da sociedade)
Viés anti-credor	Os juízes têm uma visão anti-credor.	Os juízes evitam o subjugo da parte economicamente mais vulnerável e hipossuficiente.

Viés justiceiro social	Os juízes tenderiam a sobrepor avaliações particulares de justiça social sobre o respeito aos contratos, o que causaria insegurança jurídica e ameaça aos investimentos no Brasil. Eles tendem a ser “solidários” e “populistas”, distribuindo “direitos” e benesses a granel, pois não arcam com os ônus políticos e econômicos da decisão. Uma decisão que altera uma determinada cláusula contratual em favor do consumidor não prejudica a instituição financeira, mas sim a massa difusa e inerte de consumidores que terão de arcar com o aumento do preço do crédito. O juiz Hobin Hood, que acha que está tirando do rico para dar ao pobre, na verdade está prejudicando todos cidadãos, inclusive os mais pobres, que serão excluídos do mercado de consumo em decorrência do aumento dos preços.	O estado de bem-estar social foi erigido sobre a aspiração de uma justiça distributiva e solidária, em que outros valores além das liberdades públicas devem ser promovidos. O direito conduz a mudança social e cultural para compor desigualdades e restabelecer equilíbrios (discriminação positiva). “O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes [...] dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República [...] e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade” (STF, RE 271286, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000).
Oportunismo regulatório	O judiciário ameaça a política regulatória, tendo tendência a expropriar o investidor depois de realizado o investimento, em favor dos cidadãos (“expropriação regulatória em decorrência do oportunismo governamental”)	O judiciário cumpre importante papel de correção da influência das minorias reguladas sobre os órgãos administrativos e agências reguladoras. Regulações contra-majoritárias em decorrência da ação de grupos de interesse minoritários devem ser combatida pelo judiciário.
Capricho	Os juízes caprichosamente substituem as escolhas de políticas públicas pelas suas.	O sistema judicial, com seus diversos recursos e instâncias decisórias, impede que decisões individuais e idiossincráticas preponderem (ao contrário de certos casos do poder executivo).
Separação de poderes	A atuação dos juízes na definição das variáveis fundamentais das políticas públicas (fins, meios e prioridades) viola o princípio da separação de poderes	Ínsita ao modelo de separação de poderes está a competência do judiciário de controlar os atos dos demais poderes, nos limites da normatividade.
Cobertor curto/reserva do possível	Os juízes não lidam com o conceito de escassez, adjudicando direitos sem analisar os custos de suas decisões e de que forma eles custeados.	Compete ao executivo e ao legislativo a gestão do orçamento. Ademais, pelo menos no que tange à efetivação dos direitos fundamentais e ao provimento do “mínimo existencial”, não é possível opor o argumento da escassez (salvo se comprovado ser realmente impossível, caso em que se aplica a reserva do possível).
Visão da árvore e não da floresta	Ao adjudicarem direitos que dependam de recursos orçamentários, juízes não são capazes de enxergar quem perde com sua decisão. Não se	Tem muito melhor “resolução” a foto da floresta a partir de fotos parciais de cada uma das árvores. Como visto anteriormente, a sedimentação da

	tem em mente que a questão é a disputa por recursos escassos (orçamento) destinados a políticas públicas que concretizam direitos sociais.	jurisprudência, a partir de decisões individuais, permite uma visão do todo “de baixo para cima”. A escassez não pode ser invocada contra a efetivação de direitos fundamentais.
Foro das minorias	As decisões judiciais seriam enviesadas em favor de uma minoria elitizada por ser mais afluente às varas de justiça	O judiciário é canal institucional para que minorias excluídas do processo político se façam representar
Elite	Os juízes são escolhidos dentre a elite e tendem a perpetuar as condições de supremacia de sua classe	Os juízes acessam a carreira por mérito e por isso só têm compromissos com sua convicção.
Técnicos	A preponderância da técnica sobre o político pode gerar déficits democráticos.	Os juízes são burocratas altamente qualificados e por isso podem decidir as mais complexas questões do estado.
Independência	A independência decisória leva à irresponsabilidade política dos juízes, ensejando a desconexão da ação estatal ao interesse público vocalizado pelos tradicionais canais democráticos de participação (executivo e legislativo).	A independência em relação a pressões de grupos e instituições confere ao judiciário legitimidade para funcionar como contrapeso aos órgãos representativos do jogo político.
Veto players	Dada a amplitude da discricionariedade dos juízes na interpretação do texto constitucional, seu papel não se resume ao mero veto, mas à própria <i>formulação</i> das políticas públicas.	O Poder Judiciário age como ‘veto player’, aos quais os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação de interesses constitucionalmente consagrados e não alcançados na arena política.
Participação democrática	A prodigalidade do judiciário em acudir os interesses políticos frustrados no processo político desincentiva a maior participação nos foros tradicionais de exercício cidadania.	Todos os canais de participação social devem ser intensificados e não são excludentes.
Operadores do direito	A dogmática jurídica e as instituições judiciais são instrumentos de poder da classe dos juristas (juízes, promotores, advogados etc.), razão pela qual tendem a sustentar com argumentos maior participação nas políticas públicas. Na construção comunicativa de consensos, a maior articulação desse grupo faz prevalecer as visões que o beneficiam.	A racionalidade e a formalidade da argumentação jurídica, procedimentalizada e transparente, tornam mais qualificado o processo de construção dos consensos por meio do judiciário.
Crítica à capacidade institucional (geral)	O judiciário não está institucionalmente preparado para lidar com conflitos de justiça distributiva.	O judiciário e o processo judicial vêm sofrendo transformações para adaptá-lo aos novos desafios (como, por exemplo, as ações coletivas)
Inércia	O princípio da inércia judicial leva o judiciário a ser um formulador errático nas políticas públicas	A inércia permite ao juiz conhecer do caso livre de pré-conceitos e interesses.
Falta de coerência/atomização	Por decidir de forma <i>ad hoc</i> diversos casos semelhantes, mantendo cada juiz independência para decidir	A incoerência pode ser combatida através dos mecanismos de consolidação jurisprudencial. O judiciário é menos

	segundo sua própria convicção, o judiciário acaba se tornando um <i>policy maker</i> errático e incoerente.	sujeito à captura de interesses regulados, pois tem atuação horizontal (ou seja, não está sujeito à esfera de influência de um grupo de interesse específico, como estão as agências reguladoras, por exemplo)
Prioridades	O judiciário é incapaz de pensar em termos de prioridades, pois sua decisão leva em consideração apenas o interesse posto em juízo, ignorando todos os demais interesses dependentes da ação Estatal	O judiciário garante a observância, pelos demais poderes, das prioridades já estabelecidas pelo constituinte.
Barganha	O judiciário tem mecanismos limitados e rígidos que o impedem de lidar com a barganha em plano coletivo	Recentes alterações no processo judicial, como por exemplo o Termo de Ajustamento de Conduta, vêm permitindo soluções alternativas e negociadas de processos envolvendo interesses coletivos.
Lógica de imputação	O judiciário atua transformando pontos de vista parciais em direitos que precisam ser ou não ser titulados por quem os afirma, em um jogo de tudo ou nada. O espaço próprio da adjudicação consiste em determinar, com autoridade, questões ligadas a demandas por direitos e acusações de culpa o que é fruto da moldura institucional dentro da qual tanto os litigantes quanto o próprio juiz funcionam.	A lógica de imputação de direitos (direitos subjetivos) é a razão de ser da positivação dos chamados direitos humanos de segunda geração: submeter à força retórica dos direitos aspirações a programas de ação estatal.
Objeto	O juiz está adstrito ao caso concreto e não pode extrapolá-lo ou ampliá-lo de sorte a contemplar outras necessidades sociais	A possibilidade de o juiz adaptar o objeto está previsto no anteprojeto ao código de processos coletivos.
Poder de agenda	O judiciário não tem condições de gerir a própria agenda e de determinar as próprias soluções.	O judiciário preserva com isso a natureza diferente de sua atuação, em relação aos demais poderes.
Direitos individuais	O processo judicial é tradicionalmente baseado na proteção de direitos individuais.	É possível instituir mecanismos de transformação de conflitos individuais com repercussão geral, em discussão no anteprojeto de código de ações coletivas.
Justiça retributiva/distributiva	O processo judicial é tradicionalmente voltado para operação de mecanismos retributivos de justiça.	O direito do estado liberal contém uma inspiração distributiva.
Ações individuais/coletivas	O processo judicial tem dificuldade de lidar com “questões policêntricas”. O contraditório bilateral não se adequaria à natureza plurilateral dos conflitos distributivos	O processo coletivo pode prever mecanismos de ampliação da participação dos interessados, como <i>amicus curie</i> , audiências públicas (como a realizada pelo STF no caso dos medicamentos) etc.
Definitividade das decisões	As decisões judiciais não podem ser dadas sob condição.	O processo coletivo pode ser adaptado a permitir a flexibilização da coisa julgada e os poderes do juiz no processo de execução.
Retrospecção	O processo adjudicatório é	A adaptação do processo às questões

	marcadamente voltado para o <i>accertamento</i> de situações passadas, e encontra dificuldades em lidar com a regulação de situações futuras. O judiciário está preparado para lidar com direitos adquiridos, voltados para o passado, e não está preparado para lidar com os direitos sociais que, em geral, são direitos presentes ou futuros.	coletivas permitirá maior familiaridade dos juízes com a lógica prospectiva.
Coisa julgada	O processo judicial não dá margem à revisão de suas políticas.	
Privilégios	A eficácia intra-partes da sentença impedem a aplicação das decisões a todo universo social, criando distorções e privilégios.	O reconhecimento de direitos individuais não é privilégio. A irrisignação de quem sabe dos seus direitos, e não se submete, aproveita a todos.
Legalismo	A estrutura da decisão com base na referência à lei retiraria legitimação para o órgão decidir politicamente.	A referência à lei nas decisões judiciais não constrange a ação judicial.
Tradicionalismo	As idéias de precedente, tradição e cultura jurídica trariam em si um elemento estático incompatível com a justiça dinâmica e distributiva.	A vinculação a precedentes contribui para a organicidade da ação judicial.
Desaparelhamento	O aparelhamento insuficiente do judiciário dificultaria acesso a informações importantes para a tomada de decisões com efeito coletivo, o que acabaria por fazer do judiciário mais uma instância de mediação, de adiamento do conflito enquanto se negocia uma solução definitiva fora do juízo.	O problema tem solução administrativa.
Accountability	Os juízes, embora disponham de recursos públicos e interesses relevantes da sociedade, não estão sujeitos a “prestar contas”, explicando o que anda a fazer, como faz, por que faz, quanto gasta e o que vai fazer a seguir.	A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode ser um importante passo para maior <i>accountability</i> no funcionamento da máquina judiciária.
Ignorância	Matérias complexas são difíceis de serem apuradas nas rígidas balizas do processo judicial	O processo judicial favorece que os fatos e informações sejam reconstruídos de forma dialética.
Morosidade	A morosidade judicial tornaria a atuação judicial inadequada, sobretudo quando trata de ações governamentais que instrumentalizam a intervenção do estado no domínio econômico	O problema tem solução administrativa.
Ineficiência	O judiciário brasileiro não teria condições de conferir pleno e rápido <i>enforcement</i> a direitos contratuais e de propriedade, o que gera prejuízos econômicos associados à incerteza e imprevisibilidade de atuação do ordenamento jurídico	O problema comporta providências de ordem administrativa e de reforma das normas processuais.

Perda de imparcialidade	O envolvimento de juízes em questões policêntricas ou que dependam de negociação pode fazer as pessoas encarregadas da decisão perder sua condição de árbitros isentos do conflito (são obrigadas a ‘testar’ soluções em audiências posteriores, consultar partes não presentes no processo, cogitar de fatos não alegados nem provados etc.).	O maior envolvimento dos juízes com negociações, produção de prova e condução pró-ativa do processo, embora possa representar perda de parcialidade, representa ganho em termos de familiaridade com a situação concreta. Ademais, o sistema recursal assegura a revisão imparcial e equidistante dos fatos.
Visão majoritária	Falta de disponibilidade ideológica dos julgadores que, de maneira geral, correspondem de modo significativo ao senso comum da sociedade, reproduzindo a visão majoritária.	Os juízes, embora egressos das classes dominantes, têm asseguradas condições (irredutibilidade de salários, vitaliciedade etc.) que lhes permitem ser livre-pensadores.
Legalismo	A dogmática jurídica, com seu arsenal interpretativo, legitima as escolhas feitas pelo juiz dentro de um amplo espectro de possibilidades, o que na prática serve para escamotear, sob a retórica da argumentação jurídica, as escolhas políticas que os juízes efetivamente fazem, em detrimento das escolhas emanadas dos demais poderes. A imagem do juiz-boca-da-lei, como único capaz de ‘mediunizar’ a ‘vontade do legislador’, está ultrapassada.	A inafastabilidade da apreciação do poder judiciário e a sujeição de todos os atos “império da lei” delega aos juízes o poder-dever de submeter as políticas públicas ao ordenamento jurídico. O juiz é o único intérprete legítimo da lei, capaz de descobrir o sentido do “interesse público” em cada caso concreto a partir da argumentação jurídica, fulcrada em princípios e valores juridicamente consagrados.
Interesse público	O “interesse público” não está escrito nas estrelas nem é objeto de “descoberta” a partir da hermenêutica. Em um modelo de democracia participativa, o sentido do interesse público emerge da comunicação. Tanto mais acurado será o resultado quanto maiores e mais qualificados forem os canais e foros de participação, para que os interesses existentes no bojo da sociedade possam ser mapeados, confrontados e sintetizados.	O Judiciário exerce o controle do conteúdo da regulação econômica segundo juízos de valor balizados pelo princípio regulador de realização do interesse público. Dessa forma, é o juiz, enquanto intérprete autêntico da norma, que define, dentro do sistema jurídico, o que constitui o interesse público (como fundamento e objetivo a ser alcançado) em matéria de regulação econômica. O fenômeno da judicialização da política pode ser visto como saudável reflexo da intensificação da participação social no processo de formulação de políticas públicas
Custos de transação	A postura pró-ativa dos juízes teria o efeito de aumentar os custos de transação da tomada de decisões de política pública (desperdiço de recursos escassos), reduzindo a eficiência da economia.	O argumento pelo “engessamento” da atividade dos juízes, em nome da maior eficiência econômica, é reacionário à transformação da sociedade pelo direito.
Efeitos econômicos	Efeitos graves podem ser observados se, em sua interferência, o Judiciário se abster de fazer qualquer consideração de natureza econômica da tomada de sua decisão.	Os juízes não devem estar preocupados apenas com os aspectos econômicos ou de bem-estar.

Reação ao desmonte do <i>welfare state</i> brasileiro	A prodigalidade dos constituintes em declarar direitos sem cuidar dos meios e recursos para sua efetivação criou uma avalanche de demandas.	As políticas alcunhadas de neoliberais do final do século XX teriam feito canalizar para o interior do judiciário as demandas reprimidas por direitos.
--	---	--

3. Dogmática jurídica e políticas públicas

3.1. Introdução

Se é certo que o controle jurisdicional das políticas públicas é inafastável (CF/88, art. 5º, XXXV), quais são, então, seus limites? O capítulo pretende demonstrar a insuficiência dos tradicionais instrumentos oferecidos pela dogmática jurídica para responder a essa questão.

A dicotomia “ato administrativo vinculado vs. discricionário” perdeu instrumentalidade ao longo do século XX, em razão (i) da “juridicização” das políticas públicas e dos princípios jurídicos; (ii) do fato do ato administrativo ter assumido naturezas judicante e normativa; (iii) do emprego, nas leis de regulação dos mercados, de expressões de conteúdo semântico aberto; e (iv) dos controles de “razoabilidade e proporcionalidade” do mérito dos atos administrativos.

Essa nova conformação da legalidade exige mais que a mera subsunção de fatos à norma: *exige do intérprete fazer escolhas*. Com certo ceticismo a respeito da possibilidade de estabelecerem-se normativamente os limites da revisão judicial (*Indeterminacy Thesis*), o estudo pretende demonstrar que é o próprio poder judiciário que deve definir a fronteira de sua intervenção e, em suma, “decidir quem decide”.

3.2. Quais os limites do controle judicial dos atos administrativos?

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A fórmula, expressa no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, concretiza aspiração do Estado de Direito de submeter todos os atos da administração e dos particulares ao *império da lei*. O controle jurisdicional dos atos administrativos deve ser exercido para garantir a continência da ação administrativa aos ditames da legalidade³⁸, pois se ao particular é assegurado fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração só pode o que a lei lhe autoriza.

³⁸ Assim, FAGUNDES (2006:115), para quem “todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade”.

Classicamente, a doutrina sustenta que o ato administrativo deve ser anulado pelo Poder Judiciário quando (i) não se inclua nas atribuições legais do agente que o praticou (*incompetência*); (ii) importe violação da constituição, lei, regulamento ou outro ato normativo (*objeto ilícito*); (iii) desrespeite as formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (*vício formal*); (iv) seja motivado em matéria de fato ou de direito materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (*motivação*); e (v) desvie de sua finalidade visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (*desvio de finalidade*).

Mas qual o limite do controle de “legalidade”? Para respondê-lo, a doutrina usa distinguir os atos administrativos em vinculados e discricionários³⁹. A distinção definiria os limites da atuação do Judiciário: no primeiro caso, o juiz deve verificar se houve perfeita subsunção dos fatos à norma; no segundo, respeitar o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo administrador.

Mas mesmo em relação ao mérito dos atos administrativos discricionários, parece haver um consenso na doutrina moderna de que deve haver um *controle amplo* da jurisdição, sobretudo quanto à *finalidade*⁴⁰ e *motivo*, que seriam elementos integrantes da *legalidade* e não da discricionariedade e mérito⁴¹. Afinal, sustentam muitos autores⁴², discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, e a Administração deve agir sempre voltada a concretizar não a sua, mas a *vontade da lei* e o “*bem comum*”⁴³. Assim, “o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei,

³⁹ Quando uma norma jurídica de que decorram deveres à administração possui uma hipótese fática (*fattispecie*) descrita de forma objetiva, sem ensejar qualquer margem de manobra ou escolha para completá-lo o sentido, diz-se que o ato administrativo é vinculado e, portanto, não resta ao administrador senão executá-lo tal qual prescrito. Em contrapartida, se a hipótese fática da norma jurídica confia à discricção do administrador um juízo de conveniência e oportunidade para sua incidência, diz-se que o ato administrativo é discricionário.

⁴⁰ Para MELLO (1993:65), “o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu cargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também a finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato”.

⁴¹ MEDAUAR (1996:432), CASAGRANDE FILHO (2007:156), DI PIETRO (2001:1)

⁴² Por exemplo, MORAES (2002:33).

⁴³ CASAGRANDE FILHO (2007:128). No mesmo sentido, GUERRA (2005:288) fala do “controle pelos princípios diante da queda do positivismo legalista”.

pois obriga, necessariamente, a submissão também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais” (FIGUEIREDO, 1998:150)⁴⁴.

No que tange aos motivos determinantes do ato administrativo, a quase totalidade da doutrina sustenta que o judiciário deve verificar se o ato guarda relação de pertinência com a veracidade dos fatos que o justificaram⁴⁵. “Se num primeiro momento não se admitia que o Judiciário pudesse apreciar fatos e provas relativos à atividade da Administração, firmou-se, depois, orientação no sentido da plena possibilidade de exame de fatos e provas” (MEDAUAR, 1996:433). Assim, tratando-se de decisões proferidas ao cabo de processo administrativos, a maioria da doutrina é pacífica no sentido de que o limite de revisão dos atos administrativos não se limita a verificar a regularidade procedimental (quanto aos aspectos assecuratórios do devido processo legal), mas também o acerto e a justiça da decisão⁴⁶.

Ademais, a doutrina tradicional ressalta que o judiciário deve realizar o “controle pela via principiológica”⁴⁷, zelando para que o ato administrativo esteja consonante não apenas com a legalidade, mas também com princípios, de substrato ético, como *isonomia*⁴⁸, *impessoalidade*, *moralidade*⁴⁹, *publicidade* e *eficiência*⁵⁰, positivados Constituição Federal de 1988, bem como outros “pressupostos”, como *supremacia do interesse público sobre o privado*⁵¹, *duplo grau administrativo*⁵², *boa-fé*⁵³, *proporcionalidade e razoabilidade*⁵⁴,

⁴⁴ No mesmo sentido, sustenta GUERRA (2005:285) que “ao considerar que o texto da Constituição Federal de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público, o princípio da legalidade se assenta em bases amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais aberto sobre a atividade da Administração”.

⁴⁵ MORAES (2003:2).

⁴⁶ Para DI PIETRO (1999:145), “não há fundamento, no direito brasileiro, para a distinção que se fazia no direito norte-americano (hoje em grande parte superada), entre questões de fato e questões de direito, para deixar as primeiras à competência exclusiva das agências, excluindo-as do âmbito da apreciação judicial”. No mesmo sentido, SAMPAIO (2007:103).

⁴⁷ CASAGRANDE FILHO (2007:157), DI PIETRO (2001:168)

⁴⁸ Para COELHO (2002:17), “à administração pública é vedado privilegiar certos cidadãos ou prejudicar de maneira desarrazoada outros. Cumpre-lhe atuar sem favorecimentos ou perseguições para a consecução dos valores abrigados na Constituição Federal [...]”.

⁴⁹ DI PIETRO (2001:144)

⁵⁰ Para BARROSO (2002:127), “o entendimento clássico de que não é possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos hoje cede a algumas exceções importantes de desenvolvimento recente e fulgurante, a saber: os princípios da razoabilidade, da moralidade e, já mais recentemente, o princípio da eficiência”.

⁵¹ MELLO (1993:43)

⁵² MELLO (1993:47)

economicidade e quaisquer outros que, retoricamente, se dizem vistos no texto constitucional.

O “princípio da proporcionalidade” também é usado pela doutrina e pela jurisprudência para designar uma *meta-regra* de aplicação das normas da Constituição, segundo a qual compete ao intérprete ponderar os princípios constitucionais em um determinado caso concreto, de forma a extrair a solução que preserve, da melhor forma possível, a eficácia de todos (*princípios jurídicos como mandados de otimização*).

Assim, por exemplo, na revisão judicial o juiz deveria verificar ela se está conforme os princípios fundamentais do estado brasileiro (soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), bem como se cumpre com todos os imperativos constitucionais da ordem constitucional econômica (valorização do trabalho humano, livre iniciativa, assegurar a todos existência digna, justiça social, soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte).

3.3. Dificuldades na aplicação dos instrumentos de controle oferecidos pela doutrina

3.3.1. É possível estabelecer normativamente limites à jurisdição?

Os chamados “operadores do direito” – juízes, promotores e advogados – são sacerdotes de uma religião moderna e secular, nascida com o Iluminismo, chamada “dogmática jurídica”. Sua profissão de fé se assenta na crença na justificação racional dos postulados de “justiça”⁵⁵ e na confiança absoluta na palavra sagrada contida na “bíblia” (os

⁵³ COELHO (2002:31).

⁵⁴ BUCCI (1996:173), ARAGÃO (2002:46) e GUERRA (2005:301).

⁵⁵ MacINTYRE (1991: 15), professor de filosofia da University of Notre Dame, diz haver um “cinismo generalizado em nossa cultura quanto ao poder ou mesmo à relevância do argumento racional em questões consideradas suficientemente fundamentais”, como o que é a justiça. “O fideísmo tem um corpo grande, nem sempre articulado de adeptos, não apenas entre os membros das Igrejas e movimentos protestantes que o proclamam abertamente; há muitos fideístas seculares. [...] Habitamos, portanto, uma cultura na qual a inabilidade de se chegar a conclusões comuns e racionalmente justificáveis sobre a natureza da justiça e da racionalidade prática coexiste com a utilização, por parte de grupos sociais em oposição, de conjuntos de

textos legais) - que lhes foi legada por “evangelistas” (os legisladores) e “profetas” (os doutrinadores), inspirados pela vontade de “deus” (o povo). A “bíblia” traz a “boa nova” (ou evangelho), que é a “promessa do paraíso” (um lugar onde todos têm saúde, educação, lazer, pleno emprego, meio-ambiente saudável etc.). Os *xamãs* (os juízes) são os únicos que podem compreender o “verdadeiro” e “único” sentido da bíblia, mediante estabelecimento de contato mediúnico com “espíritos” (os princípios jurídicos) que a eles falam durante um ritual próprio (o processo). Como os padres católicos que têm o poder de transubstanciação do pão e do vinho no corpo e sangue de Cristo, esses *xamãs* têm o poder de transubstanciação do “branco em preto e do quadrado em redondo”⁵⁶ (a coisa julgada).

A “teoria do xamanismo judicial” proposta por TOMAS (2006:3) é uma abordagem analítica pós-moderna sobre a fundamentação das decisões judiciais (*judicial reasoning*). O “xamanismo” é aqui compreendido como a fundamentação jurídica feita dentro de condições de incerteza jurídica com *abuso do processo de dedução do texto legal*. Ela alarga a noção de *ateísmo constitucional* proclamada por Duncan Kennedy, um dos expoentes do movimento *Critical Legal Studies* (CLS), em seu “*American Constitutionalism as Civil Religion: notes of an atheist*”. Afirmando que a fundamentação das decisões judiciais (*judicial reasoning*) não passa de uma espécie de xamanismo contemporâneo, TOMAS (2006:3) visa pôr em evidência que a as decisões judiciais, quando anulam ou modificam uma lei ou ato administrativo a pretexto de não corresponderem ao que seria o “verdadeiro” “espírito da lei” ou “da constituição”, são na verdade uma forma pura e simples de impor a vontade do próprio juiz ou da classe que representa (elite jurídica e econômica) sobre a opção do legislativo, escamoteando-o sob a aparência da perfeita lógica do discurso jurídico.

convicções rivais e conflitantes não-embasadas na justificação racional. Nem as vozes da filosofia acadêmica, nem aliás, no que concerne a este assunto, as de nenhuma outra disciplina acadêmica, nem as das subculturas partidárias têm sido capazes de prover os cidadãos comuns de um modo de unificar suas convicções, em cada assunto, pela justificação racional. [...] Era uma aspiração central do Iluminismo – aspiração cuja formulação foi por si só uma grande realização – prover o debate público de padrões e métodos de justificação racional através dos quais cursos de ação alternativos, em cada esfera de vida, pudessem ser julgados justos ou injustos, racionais ou irracionais, esclarecidos ou não-esclarecidos. Assim, esperava-se, a razão tomaria o lugar da autoridade e da tradição. A justificação racional deveria lançar mão de princípios inegáveis a qualquer pessoa racional e, portanto, independentes de todas as particularidades sociais e culturais que os pensadores do Iluminismo consideravam mera roupagem acidental da razão em lugares e épocas particulares. [...] Entretanto, os pensadores do Iluminismo, assim como seus sucessores, mostraram-se incapazes de entrar em acordo sobre quais eram precisamente os princípios que seriam considerados irrecusáveis por todas as pessoas racionais”.

⁵⁶ É o que diz o brocardo latino “*Sententia facit de albo nigrum de quadrato rotundum*”.

Esse exercício pode ser tão arbitrário (ainda que fruto de sincera convicção) quanto as interpretações do *xamã* em comunidades tradicionais, conforme referido autor procura demonstrar com a comparação entre exemplos práticos colhidos da jurisprudência da Corte Européia de Justiça e rituais xamânicos catalogados na antropologia (TOMAS 2006:4-38). Por exemplo, os xamãs (juízes), nos rituais xamânicos (processo), dizem ouvir uma luta espiritual entre “os espíritos” (princípios jurídicos) que brigam entre si, e diz à comunidade quem foi o vencedor.

É claro que o exercício do poder pelos juízes é *legitimado* pelo discurso racional e encontra na aceitação social seu verdadeiro substrato. Porém, ao valerem-se de *argumentação*, os adeptos da religião da “dogmática jurídica” tornam-se capazes de exercer um tipo de poder que favorece seus próprios interesses e privilégios, interesses e privilégios de uma classe que se arroga o uso retoricamente efetivo da argumentação para seus próprios propósitos. Para MacINTYRE (1991:15), “os argumentos, é preciso dizer, passaram a ser compreendidos em alguns círculos, não como expressões de racionalidade, mas como armas, técnicas de exposição que constituem uma parte decisiva das habilidades profissionais de advogados, acadêmicos, economistas e jornalistas que, através delas, dominam aqueles que não têm fluência ou articulação dialética”.

Os adeptos dos CLS são céticos quanto à capacidade da dogmática jurídica delimitar ou menos ainda prever o resultado das decisões judiciais (*indeterminacy thesis*). Quer isso dizer que os juízes farão o que bem entender no processo de julgamento e motivação de suas decisões. A exuberância dos mecanismos de controle do ato administrativo oferecidos pela doutrina sofisticada – muito longe de eliminar – o alto grau de discricionariedade do juiz na fundamentação de suas decisões.

Tomemos o seguinte magistério de FIGUEIREDO (1998:316): “Até onde se pode chegar [a revisão judicial das decisões administrativas]? Pode atingir a chamada ‘área discricionária’ da Administração? Tem também o magistrado discricionariedade, ou sua atividade é apenas de subsunção? [...]. O ato administrativo, individual ou de caráter normativo, deve ser esmiuçado *até o limite em que o próprio magistrado entenda ser seu campo de atuação*. Não há atos que se preservem ao primeiro exame judicial. O exame judicial deverá levar em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também os valores

principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade”⁵⁷. Embora chocante para aqueles que receberam a tradicional “educação religiosa” nas escolas de direito, a sinceridade da professora Lucia Valle Figueiredo – não por acaso ela própria uma *xamã* (juíza) - não deixa de ser profundamente honesta. Ela expressa o que verdadeiramente ocorre: o juiz fará o que entender estar no seu campo de atuação e não há forma de se impor normativamente limites a isso.

Esse tipo de abordagem não visa propor outra forma de realização da justiça, nem tampouco retroceder a formas ainda mais primitivas e obscurantistas. Muito pelo contrário, ao desmistificar o papel dos juízes e demais operadores do direito, os CLS pretenderam contribuir para uma compreensão mais realista do exercício do poder. A atividade de aplicar o Direito é um espaço para tomada de decisões que não pode ser completamente pré-determinado pela lei. É de certa forma ingênuo acreditar na normatividade como limite à atuação do juiz, já que este tem o poder de definir qual seu “verdadeiro” conteúdo. Ora, se o vizinho puder decidir onde fica a cerca que delimita sua propriedade, a minha estará inelutavelmente em suas mãos.

“O aplicador do direito também exerce um poder ao escolher uma entre várias decisões possíveis. Numa democracia, todo exercício de poder pede um controle democrático. Portanto, todo o problema passa a ser a maneira pela qual essa escolha é feita e como podemos controlá-la democraticamente” (RODRIGUEZ, PÜSCHEL & MACHADO, 2006:15).

3.3.2. O que “diz” a lei?

A inafastabilidade da apreciação judicial constitui, ao lado da separação dos Poderes, pilar fundamental do Estado de Direito. Da *Bill of Rights* (1689) à Revolução Francesa (1789), a consolidação histórica dessa forma de organização do Estado serviu à aspiração liberal burguesa de submissão de todos os atos da administração ao império da lei, com vistas à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana⁵⁸. A par de

⁵⁷ No mesmo sentido, COELHO (2002:47).

⁵⁸ A *Bill of Rights* (1689), imposta pelo parlamento ao Príncipe de Orange como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, e a publicação, no mesmo ano, de *Two Treatises of Government*, por John Locke,

assegurar as liberdades públicas contra as arbitrariedades do Estado (liberalismo político), a ordem jurídica do Estado Liberal buscava também atender às exigências de *calculabilidade e previsibilidade* reclamadas pela emergente forma de produção capitalista (liberalismo econômico). Como aponta LOPES (2002:189), no século XIX, o positivismo insere-se no direito, buscando na *centralização da produção normativa* no parlamento e no *movimento codificador* o material necessário para tornar a ciência jurídica um objeto demonstrável pela manipulação e pela experimentação e, portanto, passível de *previsão* absoluta. Dessa aspiração à *segurança jurídica* surge uma crença quase religiosa na *racionalidade e completude* do sistema jurídico, que deposita toda confiança na produção normativa do parlamento e atribui ao juiz a função meramente técnica de subsunção de fatos às normas. Não por acaso, nas formulações clássicas da separação dos poderes, o judiciário não era reconhecido como um terceiro “poder”, senão uma “autoridade” sem participação criativa na aplicação do direito⁵⁹.

Deste contexto nasce o direito administrativo⁶⁰ e seu instrumental teórico para constrição dos atos da administração à *legalidade* (e, portanto, centralização do poder político nas mãos do parlamento). Todavia, a absoluta previsibilidade da aplicação do direito veio a revelar-se uma *quimera*, sobretudo ao longo do século XX, com a edificação do Estado de Bem-estar e sua consorte, a positivação dos direitos humanos de “segunda geração” ou sociais. A inclusão de normas programáticas (ou dirigentes) nas constituições econômicas, a partir de Weimar (1919), com vistas a efetivar os direitos humanos de “segunda geração”, “juridicizou” as políticas públicas, tornando-as comandos normativos que, como tais, passaram a conformar o próprio juízo da “legalidade”.

influenciaram os iluministas franceses do século seguinte, dentre os quais Montesquieu e seu “Espírito das Leis” (1758), cuja obra serviu de substrato teórico para a ação dos revolucionários em 1789.

⁵⁹ “O ideal iluminista da Codificação, em sua versão mais radical, foi o ideal da abolição do especialista em Direito como figura com direito de cidade. O Código Civil deveria “falar por is”: sua construção seria suficientemente racional, simples e clara, a ponto de permitir que qualquer cidadão o aplicasse a um caso concreto. A criação da lei conforme o direito natural determinaria completamente sua aplicação e, portanto, aplicar as normas jurídicas não poderia significar usurpar o poder legítimo do legislador e frustrar a realização do direito. Todo poder político estaria concentrado no Parlamento, local de assento dos representantes do povo” (RODRIGUEZ, PÜSCHEL & MACHADO, 2006:15).

⁶⁰ O núcleo original da doutrina do direito administrativo são as obras de Louis Antoine Macarel, *Les éléments du droit administratif français* (1818); De Gerando, *Institutes Du droit administratif français* (1930), Cermenin, *Traité Du droit administratif* (1840).

Os chamados direitos humanos de “primeira geração” exigiam, sobretudo, prestações negativas por parte do Estado, e por isso, o instrumental teórico positivista desenvolvido pela dogmática jurídica do Estado Liberal era perfeitamente adequado para efetivá-los: o controle jurisdicional dos atos administrativos limitava-se a aferir se o Estado não descumpriu seu dever de omissão – ou seja, de não ferir as “liberdades públicas” – e de respeitar os “limites da lei”. Todavia, com o advento dos direitos humanos de segunda geração (ou “sociais”), ao Estado passam a ser impostas obrigações positivas – efetivar o direito à educação ou à saúde, por exemplo – cujo cumprimento depende de *escolhas* sobre a forma de implementá-las. A “forma de implantação” dos direitos sociais exige do Estado a definição de meios, recursos, estratégias e prioridades num contingente de inevitável escassez de bens públicos. Com isso, muito ao contrário do que imaginavam os formuladores originais do princípio da legalidade, a lei não oferece uma única resposta correta, o que implica a necessidade de se fazer escolhas dentre as respostas que se encontram no espectro de possibilidades da norma⁶¹. Se, por exemplo, é certo que o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis e em condições adequadas, conforme preconiza o art. 2º, I, da LGT, já não é possível extrair do mesmo texto legal uma só forma, dentre as inúmeras possíveis, de efetivar tal mandamento.

3.3.3. Completação “discrecional” ou “legítima” do texto legal?

Sobretudo nas leis de regulação dos mercados, o legislador emprega expressões de conteúdo semântico “aberto”. Diante da pluralidade de interpretações possíveis de interpretação legal, quem deve escolher a que seria a mais “correta” ou “justa”? GRAU (2005:210) sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados sujeitam-se, exclusivamente, a um processo de interpretação de textos normativos e que, portanto, a única interpretação “legítima” seria aquela feita pelo juiz. Nessa concepção, não haveria espaço para o administrador público completar o sentido das normas: sua atividade não passaria de um angustiado esforço de tentar prever qual será a interpretação “legítima” a ser dada pelo juiz posteriormente. Portanto, para GRAU (2005:210), só haverá

⁶¹ Para TOJAL (2002:147), “a partir do momento em que se consolida o modelo do Estado Social [...], o direito assume o papel de fator implementador das transformações sociais, veiculando inclusive prestações públicas. Por consequência, opera-se uma rematerialização da racionalidade legal”.

discrecionariedade quando a norma jurídica atribuir ao administrador público fazer juízos de conveniência e oportunidade; fora dessa hipótese, o agente público estará jungido à lei – cujo sentido “verdadeiro”, “único” e “legítimo” seria aquele emanado da “boca do juiz”.

De modo mais realista, entretanto, MELLO (2001:23) sustenta que, quando há fluidez das expressões da lei, outorga-se uma margem de liberdade ao administrador para eleger um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis. Isso ocorre porque, muitas vezes, e exatamente porque o conceito é fluido, é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, em que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que qualquer delas sejam igualmente razoáveis⁶².

Por que isso ocorre? Em primeiro lugar, porque, durante o processo legislativo, é impossível prever todas as situações futuras, sobretudo quando se trata de uma realidade dinâmica como o mercado. Em 1997, quando foi promulgada a LGT, por exemplo, era inimaginável que a tecnologia evoluísse ao ponto de permitir que, por uma mesma plataforma tecnológica, fosse possível prover, como atualmente, serviços *triple play* (voz, banda larga, e TV por assinatura). Essa possibilidade alterou, de uma forma que jamais poderia ser imaginada pelo legislador em 1997, as condições de concorrência no serviço de telecomunicações, permitindo que indústrias que antes pertenciam a mercados relevantes completamente distintos (TV por assinatura e voz) passassem a competir entre si.

Em segundo lugar, o legislador necessita delegar a *experts* o processo final de concreção normativa, fixando na lei finalidades e objetivos e delegando às agências reguladoras a tarefa de regulamentar-lhe os meios. Em terceiro lugar, o legislador visa fugir de decisões impopulares, que lhe retirem votos ou o submetam a pressões políticas. Em quarto lugar vem o fato de ser muito difícil, em órgãos legislativos com muitos membros, como o Congresso Nacional, que se obtenham consensos para aprovar leis com nível de detalhe e especialização necessário à regulação de determinado mercado. Por fim, mas talvez a mais óbvia e importante razão, é a impossibilidade prática de antecipar e

⁶² Analisando as diversas correntes doutrinárias, GUERRA (2005:184) conclui que “parece ser acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa somente poderá existir num plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos casos concretos. Assim sendo, se apóia o pensamento de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no conceito da teoria da discrecionariedade administrativa”.

resolver todas as questões relevantes de implementação (por exemplo, a Lei 8.884/94 diz que o CADE poderá autorizar de concentração econômica desde que tenham por objeto “propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”, mas “não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços”).

Obviamente, através do esgarçamento do texto normativo, o legislador permite que se infiltrem as escolhas de políticas públicas do intérprete no processo decisório. Sendo as normas antitruste e regulatórias um dos instrumentos de implantação de políticas públicas, a própria atividade de aplicação dessas normas pressupõe sua escolha. Nesses casos, dizer que o texto legal só permite uma única solução possível e legítima, com base num dogma de que só o juiz pode dizer a lei (estabelecendo contatos mediúnicos com os “espíritos” da lei e da Constituição), é esconder sob a retórica jurídica a substituição da política pública feita pelo administrador.

Em 1984, a Suprema Corte americana elaborou a chamada “Doutrina Chevron” (*Chevron USA v. Natural Resources Defense Council*⁶³), estatuinto que os órgãos públicos, e não as cortes, são o veículo preferencial para resolver conflitos entre políticas públicas decorrentes da aplicação de estatutos legais. Os órgãos administrativos e as agências reguladoras têm maior expertise nas questões de sua competência. E o congresso tinha a intenção de delegar-lhes “completar as lacunas” quando, intencional ou inadvertidamente, deixadas quando da elaboração dos projetos de lei. Assim, ante a ambigüidade do estatuto legal, a análise judicial deve passar por dois passos. Primeiro, verificar se o congresso tinha alguma específica intenção a respeito de determinado assunto. Caso contrário, a interpretação da agência é vinculante perante as cortes, caso o regulamento adotado pela agência encontra-se “dentro dos limites de interpretações possíveis da lei”.

3.3.4. O que é discricionariedade técnica?

Dispõe a Lei 8.884/94 que o CADE, no julgamento de atos de concentração (como fusões e aquisições), deve verificar se o mesmo não causa prejuízo à livre concorrência. A

⁶³ 467 U.S. 837 (1984).

primeira etapa da análise realizada pelo CADE é a definição de mercado relevante, ou seja, “do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação”. Nos casos concretos, essa definição pode ser bastante complicada, exigindo complexos estudos econômicos e econométricos para aferir, por exemplo, o “grau de substitutibilidade” entre dois ou mais produtos. Em muitos casos, é possível encontrar na literatura econômica dados e estudos sustentando as mais diversas formas de definição do mesmo “mercado relevante”. Qual deve o CADE adotar?

FERRAZ Jr. (1997:88) sustenta não haver qualquer discricionariedade ao CADE ao definir o melhor critério a adotar: “embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica”, a decisão do CADE nesses casos seria “vinculada”, “não cabendo ao administrador senão uma única solução juridicamente válida”. Discricionariedade técnica propriamente dita haveria, segundo referido autor, se o CADE, louvando-se em laudos técnicos, tivesse a possibilidade de escolher não adotá-los (ele cita o caso de tombamento de determinados bens pelo valor cultural, mas que em virtude de outros critérios como segurança ou finanças decide não realizá-lo).

Contrariamente, GUERRA (2005:208), fazendo uma cuidadosa análise da doutrina a respeito, conclui que o termo “discricionariedade técnica” visa apenas predicar uma forma especial de discricionariedade – aquela de escolher, dentre os critérios técnicos disponíveis na ciência, a mais adequada. Para ele, “para integração de uma norma (seja por sua propositada abertura ou pela existência de conceitos jurídicos indeterminados), e diante de técnicas conhecidas e disponíveis, se a Agência Reguladora identificar vários meios igualmente racionais, razoáveis e proporcionais para a consecução do fim público, resta indisputável que deverá selecionar o que, no seu juízo, seja mais oportuno e conveniente para o subsistema regulado”.

Evidentemente, o argumento da vinculação da Agência Reguladora a uma única solução possível diante de vários instrumentos técnicos disponíveis pelo estado da arte permite, na prática, que o juiz faça a escolha “da melhor solução técnica disponível”, desconsiderando o papel do órgão que, por ser técnico, supostamente está mais capacitado para fazê-la. Se a decisão é técnica, é mais provável que o erro de escolha seja feito pelo

juiz (que não é especialista) do que pela agência. Isso não significa que a agência não pode errar. Na dúvida, porém, talvez conviesse alguma deferência a esta.

3.3.5. Análise principiológica (ou a “farra dos princípios”⁶⁴?)

A concreção das normas de regulação dos mercados, por serem instrumentos de implementação de políticas públicas, não raras vezes enseja a colidência entre princípios jurídicos constitucionais. A decisão administrativa de construir uma usina hidroelétrica, por exemplo, pode pôr em conflito, de um lado, o imperativo constitucional de proteção do meio ambiente e, do outro, o do desenvolvimento regional. Ora, em um mundo marcado pelo “politeísmo de valores”, a concreção normativa – que passa pela “ponderação dos diversos princípios jurídicos” – torna a interpretação do direito uma tarefa não tão trivial como se imaginava no século XIX, ensejando inúmeras respostas igualmente válidas para cada caso concreto.

Na já clássica acepção de ALEXY (1999:68), as normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios. A diferença não é grau de importância ou de abstração, mas sim estrutural. As regras prescrevem “deveres definitivos”, que ou se aplicam ou não se aplicam a um caso concreto (“tudo ou nada”). Havendo conflito entre regras, os critérios de solução são o cronológico (*lex posterior derogat priori*), especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*)⁶⁵. Já os princípios são “mandamentos de otimização”, pois exigem que seu dispositivo deva ser realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes. Assim, os princípios jurídicos podem colidir com regras ou outros princípios, exigindo do intérprete um *sopesamento* entre os diversos princípios envolvidos⁶⁶.

⁶⁴ A sonora expressão é de MACEDO (2006).

⁶⁵ Assim, por exemplo, o dispositivo constitucional segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, da CF/88), embora por sua importância tenha sido alcunhado de “princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa”, não passa de uma “regra” (na verdade, meta-regra, pois serve a disciplinar a aplicação de outras regras). Sua aplicação é direta: se a lei penal for mais gravosa, não se aplica a fatos anteriores a sua edição; se mais benéfica, sim.

⁶⁶ O dispositivo constitucional que assegura a liberdade de expressão, por exemplo, possui inegável importância dentro a constelação de valores constitucionais do Estado de Direito, mas ninguém ousaria dizer que uma norma administrativa que impede a instalação de carros de som na frente de hospitais é

No controle de constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo que limita algum princípio constitucional, propõe ALEXY (1999:68) que o sopesamento seja feito seguindo-se a “regra da proporcionalidade”, que possui três etapas sucessivas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em primeiro lugar, é necessário verificar se a medida estatal é “adequada”, ou seja, se há relação de pertinência entre o meio adotado e a finalidade pretendida, de modo que a medida tenha o condão de realizar ou fomentar o fim a que se destina. Caso a medida seja adequada, deve-se verificar se é “necessária”, ou seja, se não há medida alternativa que *realize o objetivo perseguido com a mesma intensidade* (eficácia) e *restringa o direito atingido com menor intensidade*. Caso a medida seja adequada e necessária, somente então haveria a possibilidade de se efetuar a análise da proporcionalidade em sentido estrito, mediante o sopesamento dos princípios constitucionais. Fazer o sopesamento não significa estabelecer uma ‘hierarquia de princípios’ (“direito à vida” “vale” mais que “direito à liberdade”), mas sim buscar a comparação entre o “grau de realização” de um princípio e o “grau de restrição” a outro, em face de medidas alternativas.

A teoria dos princípios de ALEXY (1999) não sustenta a idéia de haver uma única resposta correta ou “legítima” na interpretação do texto constitucional. Ao contrário, casos que envolvam decisões sobre princípios constitucionais que positivam os direitos humanos de segunda geração, por dependerem da definição de meios, recursos, estratégias e prioridades num contingente de inevitável escassez de bens públicos (políticas públicas), dificilmente comportarão uma única solução. ALEXY (1999) parece não atribuir a tarefa de “sopesamento” e de “escolha” da solução no caso concreto exclusivamente ao juiz; muito pelo contrário, sua metodologia de aplicação da regra da proporcionalidade revela grande deferência ao sopesamento que é feito pelo legislador e pela administração.

No Brasil, a doutrina de ALEXY, adotada com muito entusiasmo e pouco siso⁶⁷, infelizmente vem sendo reduzida a um mero permissivo ao juiz de aplicar os “princípios

inconstitucional, ou que tal garantia se sobrepõe à de proteção da criança e do adolescente no que tange a acesso a programas inadequados.

⁶⁷Para CARVALHO (2007:9), “uma onda dos “princípios” tomou de assalto a doutrina pátria. É “postulado” para cá, ‘princípio’ para lá, ‘ponderação’ aqui, ‘colisão’ acolá. Tal epidemia lembra a praga dos coelhos na Austrália, algo que nasceu desprezível, mas cuja reprodução exponencial gerou uma verdadeira catástrofe nacional. Trata-se da “farra principiológica”, na feliz expressão cunhada por Ronaldo Porto Macedo, pela

constitucionais” “diretamente”, da forma que entender mais consentânea com sua avaliação subjetiva do que considera ser o “espírito da Constituição” – passando-se por cima da lei e o ato administrativo.

Com efeito, reproduzindo o entendimento de muitos autores, COELHO (2002:6-7) sustenta que “ao Poder Judiciário é reservada a extraordinária tarefa de proceder ao controle da administração pública, verificando se, na implantação das políticas públicas, na administração do Estado, nas relações entre o Estado e pessoa, *estão sendo respeitados os vetores axiológicos constitucionais*. [...] Se se tem como razoavelmente assente que ao Poder Judiciário incumbe a guarda da Constituição, tem-se como consequência seu dever-poder de controlar os atos administrativos e mesmo os legislativos, e de cotejá-los com a Constituição, suas normas, valores e principiologia. Para tanto, e como guardião da Constituição, o Poder Judiciário deve aplicá-la sem restrições, diretamente que seja, sem a intermediação da Lei, no tocante inclusive à sua principiologia e às normas que conduzem carga programática”

Ora, esse uso inadequado e abusivo da teoria dos princípios gera (consciente ou inconscientemente) arbitrariedades que vêm sendo sugestivamente chamadas por alguns professores de *farra dos princípios*: basta ao juiz tirar um princípio da cartola (de preferência um de conteúdo bastante rarefeito, como “dignidade da pessoa humana”), para justificar retoricamente, com aparência de racionalidade, a substituição da opção do legislador ou do administrador pela sua. Investindo-se a si próprios como os únicos capazes de entender o “verdadeiro” e “legítimo” sentido da Constituição, alguns juízes, a partir do “sopesamento” de diversos princípios e valores constitucionais, reduzem as opções feitas pelo legislador e pelo administrador a pó, com grave déficit democrático.

PEREIRA (2009), em sua dissertação de mestrado, realizou pesquisa empírica sobre a coerência na aplicação da proporcionalidade pelo STF, analisando os votos proferidos entre 2006/2008 pelo Ministro Gilmar Mendes em que a meta-regra foi empregada como razão de decidir. Embora referido magistrado tenha dedicado sua

qual se acha que todo e qualquer problema jurídico pode ser solucionado através de um passe de mágica, como se princípios fossem coelhos tirados da cartola”.

pesquisa acadêmica ao tema, no exercício da função judicante, dos 22 votos considerados, em apenas 4 (18,19%) empregou a proporcionalidade, segundo o autor, de forma coerente.

3.3.6. Controle de “razoabilidade” (ou *bom-sensismo judicial*?)

Como visto, a doutrina defende que mesmo os atos administrativos discricionários “puros” - em que há ampla margem de decisão ao administrador público - sujeitam-se à revisão judicial quanto aos critérios de “razoabilidade e proporcionalidade”, tornando ainda mais fluida a definição, *a priori*, dos limites judiciais de controle. Os dois vocábulos têm sido empregados indistintamente, razão pela qual preferiremos “razoabilidade” para não confundi-lo com a “regra da proporcionalidade” da hermenêutica constitucional de ALEXY (1999) mencionada anteriormente.

Para BUCCI (1996:173), o princípio da razoabilidade trata de verdadeira diretriz de “senso comum” que pode ser utilizada na aplicação do direito. Ele teria assento na cláusula *substantive due process of law* (GUERRA, 2005:301), “constituindo limite ao legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade e de racionalidade, devem guardar, seguindo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir” (STF, ADIN 15211-7/DF, REL. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.96).

A regra deveria ser usada para controlar casos extremos em que o ato administrativo ultrapassa as barreiras de possibilidades racionais de inteligência do mandamento legal ou constitucional. Todavia, no mais das vezes, no dia a dia dos tribunais, a meta-regra da “razoabilidade” se transubstancia em “bom-sensismo” judicial, conferindo uma aura de tecnicidade à substituição, pura e simples, da decisão administrativa pela do juiz (com a comodidade de prescindir do esforço de fundamentação)⁶⁸.

⁶⁸ Vide, por exemplo, decisão do TRF1 que alterou idade máxima prevista em edital de concurso público para acesso à carreira militar de 23 para 26 anos, com base na razoabilidade (AMS, 200138010014646).

3.3.7. Atos administrativos de natureza judicante e normativa

É inegável que órgãos administrativos, como as agências reguladoras, possuem hoje uma prolífica produção normativa (*rule making*) e, no julgamento de processos administrativos de natureza adjudicatória (sancionador ou autorizativo), funcionam como verdadeiros tribunais administrativos (*adjudication*). Uma das razões da insuficiência do instrumental teórico sobre revisão judicial dos atos administrativos é o fato da doutrina nacional ignorar – ou fingir não ver – as diferenças entre a noção tradicional de ato administrativo, sobre a qual foi elaborado, e os atos administrativos de natureza normativa e judicante (adjudicatórias).

O Estado regulador é caracterizado pela perda de centralidade na produção normativa (CASTRO, 1986:105). A necessidade de instrumentalizar de forma técnica e efetiva a intervenção do Estado sobre o domínio econômico rompeu com o monopólio da produção normativa pelo poder Legislativo (TOJAL, 2002:157). O estudo não se ocupará do debate – estéril – sobre a possibilidade de atribuição de poder normativo às agências reguladoras: isto é um fato e, negá-lo, como advertiu o Professor Fábio Konder Comparato já na década de 60, é insistir em “uma situação anômala que fez de todos nós, profissionais do direito, os sacerdotes de uma religião tão esotérica e absurda como o universo de Franz Kafka” (COMPARATO, 1964:26)⁶⁹.

Os atos normativos de regulação, se não criam direitos e obrigações para além dos limites definidos pela lei, inegavelmente decorrem de uma ampla margem de discricionariedade atribuída ao administrador para disciplinar a conduta dos agentes

⁶⁹ Já na década de 60 COMPARATO advertia: “não basta reconhecer o mal-estar persistente do mundo jurídico diante da evolução da sociedade moderna, e o incontestável divórcio entre o Direito e a realidade social. Por outro lado, seria inútil, senão ridículo, continuar a denunciar a torto e a direito o demônio das ‘inovações perniciosas’. [...] Tal diagnóstico, que começa a ser feito por alguns espíritos de vanguarda, tende a se fixar sobre a natureza específica dos problemas sociais do nosso tempo, e a notável evolução assinalada nas fontes de expressão do Direito. Os primeiros resultados parecem indicar que a verdadeira dissociação se apresenta não tanto entre o Direito em geral e a realidade social, mas entre um direito nobre e oficial, o único admitido nas discussões acadêmicas e nos debates doutrinários, e um direito menos qualificado ou de segundo grau, destinado a completar e corrigir o primeiro., e de cuja elaboração e interpretação se incumbem os práticos. [...] Tal situação manter-se-á por muito tempo? Nossos centros de cultura jurídica poderão continuar ignorando a profunda influência das instruções da extinta SUMOC, hoje Banco central da República, sobre a vida jurídica privada, ou os problemas postos pela regulamentação do câmbio ou o estatuto do capital estrangeiro?” (COMPARATO, 1964:14).

econômicos no mercado. Por essas normas se permite o exercício da capacidade administrativa e técnica das agências reguladoras para dispor, com maior densidade, sobre a conformação do mercado. Ao inovar o ordenamento jurídico, evidentemente, dispõem as agências reguladoras de uma função nova, diferente do tradicional ato administrativo regulamentador, com os quais a norma reguladora não se confunde. A regulamentação, acometida a chefes de Estado ou Governo, é uma função política, que visa impor regras de caráter secundário em complementação às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e dar-lhes execução. A regulação é uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e sim da abertura da lei para que o agente regulador pondere, de forma neutra, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais ou efetivos (MOREIRA NETO, 1999:132).

Na atividade de adjudicação administrativa (refiro-me aos processos administrativos sancionadores), os órgãos administrativos proferem julgamentos, muitas vezes cercados dos ritos e solenidades próprios dos tribunais judiciais, após um processo administrativo, no âmbito do qual são produzidas provas em contraditório e assegurada ampla defesa. O ato administrativo decorrente desse julgamento consiste na adjudicação da solução legal aos fatos que foram apurados no âmbito do processo administrativo, que passa por quatro fases lógicas: apuração dos fatos, valoração das provas, qualificação jurídica dos fatos e subsunção.

Na *apuração dos fatos*, a administração realiza uma *escolha* estratégica acerca da melhor forma de empregar os diversos meios de produção de provas. Essa escolha é dita *estratégica* na medida em que exige um uso *eficiente* dos instrumentos probatórios, a partir de uma ponderação entre o custo marginal de produção e o benefício marginal na demonstração da verdade factual. É impossível empreender a investigação da verdade até o infinito, sendo necessário interromper a produção das provas no ponto em que se verificar que, apesar de melhorar o conjunto probatório, o custo de produção de mais uma prova (recursos públicos e privados, tempo, risco de tumultuar o processo etc.) não é justificado pela melhora que trará a todo conjunto probatório (por exemplo, será necessário ouvir duas testemunhas sobre um mesmo fato? O fato da segunda testemunha ter domicílio no

estrangeiro – o que dificulta e encarece a produção da prova testemunhal - é relevante para responder à primeira pergunta?).

A *valoração das provas* – fase intrinsicamente ligada à primeira, pois define o “ponto de parada” da instrução – impõe à autoridade administrativa julgadora um raciocínio de dedução lógica acerca dos fatos que foram apurados da fase probatória. Filosoficamente, atingir “a verdade”, na concepção grega de *aletheia* (“aquilo que é tal como é”) é uma aspiração irrealizável na prática. No processo judicial ou administrativo, imperativos de *non liquet* e *decidibilidade dos conflitos* impõem aceitar como verdade aquilo que o julgador, a partir de uma atividade cognoscitiva racional e motivada sobre o conjunto probatório, considera mais correspondente àquela verdade “material” inatingível. As limitações práticas de restauração dos fatos tal qual efetivamente são ou aconteceram impõem ao julgador uma avaliação livre – embora racional e motivada – das provas. Por mais que essa afirmação possa chocar aqueles que crêem na possibilidade de se alcançar “verdade material”, é certo que os fatos também são *matéria de interpretação* do julgador, tanto quanto o direito. Funcionam, aí, as presunções legais e jurisprudenciais, bem como as regras de distribuição do ônus da prova⁷⁰.

A *interpretação da lei*, como visto anteriormente, impõe ao julgador diversas escolhas, tanto na completação dos conceitos jurídicos indeterminados como na definição dos melhores meios e estratégias para se alcançar os fins fixados na Constituição (políticas públicas). Ao atribuir ao CADE o poder de aprovar atos de concentração econômica que

⁷⁰ Nos processos administrativos instaurados para apurar cartéis *hard core*, por exemplo, uma discussão recorrente diz respeito à necessidade da autoridade administrativa demonstrar a existência de poder de mercado quando já suficientemente provado que os acusados se engajaram numa prática colusiva (por exemplo, através de uma interceptação telefônica). Ocorre que, sem poder de mercado, o acordo colusivo não tem a potencialidade de causar danos à livre concorrência, na medida em que não seria capaz de impor aos consumidores preços mais altos através da redução da oferta (a oferta sonogada pelo cartel seria compensada por concorrentes não alinhados). Todavia, em muitos casos, a prova de poder de mercado pode se mostrar tarefa bastante complexa, por demandar o dispêndio de tempo e recursos com cálculos econométricos, sem nem a certeza de sucesso por falta de dados. Por isso, alguns consideram que a prova de poder de mercado é dispensável, a partir de uma presunção lógica: sendo os agentes econômicos racionais (e que certamente conhecem o mercado melhor que a autoridade antitruste), jamais fariam um cartel para fixar preços de forma concertada se não souberem, de antemão, que serão capazes de impor ao mercado uma redução da oferta (do contrário, simplesmente perderão dinheiro, pois a demanda será desviada para os demais agentes do mercado). Em sentido diametralmente oposto, há quem defenda que a prova cabal do poder de mercado é indispensável para a caracterização do ilícito antitruste. E outros, ainda, que defendem uma análise mais superficial (*quick look*) (TAUFICK, 2007:1). Qual dessas interpretações sobre a suficiência do conjunto probatório é a correta?

“propiciem a *eficiência econômica*” (art. 54, § 1º, I, “c”, da Lei 8.884/94), por exemplo, a lei confia aos seus conselheiros a escolha entre as diversas concepções de “eficiência” que porfiam acirrados debates na literatura – e que, em última instância, representam visões rivais sobre Justiça. Uma decisão “Pareto-eficiente” é aquela em que o incremento de bem-estar de alguns não se dá em sacrifício do bem-estar dos demais. Já uma política pública eficiente no sentido de Kaldor-Hicks foca no ganho de bem-estar no agregado, independentemente de questões distributivistas. Ou seja, se uma decisão de política pública favorece o incremento do bem-estar agregado, embora imponha perda a alguns, não seria considerada eficiente no sentido de Pareto, mas sim no de Kaldor-Hicks⁷¹. Essas diferentes visões a respeito dos objetivos da política antitruste, mais que meras especulações teóricas, são determinantes no dia à dia dos julgamentos do CADE.

Por fim, na *adjudicação* propriamente dita, ou *subsunção das conseqüências legais aos fatos qualificados no processo decisório*, o julgador administrativo deve escolher, dentro das margens fixadas na lei, qual a solução mais adequada à justiça do caso concreto. Essa escolha, embora deva ser racionalmente motivada, decorre inafastavelmente de um juízo subjetivo de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, por exemplo, configurada a infração contra a ordem econômica, a lei confia à discricão do CADE fixar multa entre 1% e 30% do faturamento da empresa.

Assim, como visto, a atividade de julgamento de processos administrativos implica diversas escolhas em cada uma das fases lógicas do processo de decisão que, por razões que serão analisadas adiante, como conhecimento especializado, maior permeabilidade ao político etc., foram confiadas pela lei ao administrador e não ao juiz. Assim sendo, permitir que essas escolhas sejam refeitas em juízo (por exemplo, realizando perícias), além de frustrar as razões de criação do órgão administrativo judicante, ensejaria uma redundância nas atividades administrativa e judicial.

⁷¹ Para uma percuciente e didática análise do debate a respeito de qual deve ser o objetivo da política antitruste e das diferentes concepções de eficiência, vide GOLDBERG (2006:138).

3.4. Conclusão: quem deve fazer as escolhas?

Como visto, a inclusão de normas programáticas nas constituições do século XX, com vistas a efetivar os direitos humanos de segunda geração, “juridicizou” as políticas públicas, tornando-as comandos normativos que, como tais, acabam por conformar o próprio juízo da legalidade. Em um mundo marcado pelo politeísmo de valores, a concreção normativa - que passa pela ponderação dos diversos princípios jurídicos - torna a interpretação do direito uma tarefa não tão trivial como se imaginava no século XIX, ensejando inúmeras respostas igualmente válidas para cada caso concreto. Por outro lado, a administração moderna, para atender às novas demandas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, passou a assumir funções normativas e judicantes, como se observa da atividade do CADE e das agências reguladoras, tornando, nesses casos, mais complexo o conceito tradicional de ato administrativo. Além disso, o emprego cada vez mais freqüente, nas leis de regulação dos mercados, de expressões de conteúdo semântico aberto (conceitos jurídicos indeterminados) parece outorgar ao aplicador do direito uma certa margem de manobra que o obriga a fazer escolhas. Através do esgarçamento do tecido normativo, o legislador permite que se infiltrem as escolhas de políticas públicas do intérprete no processo decisório. Por fim, hoje em dia, a doutrina diz que mesmo os atos administrativos discricionários puros - em que há ampla margem de decisão ao administrador público - sujeitam-se à revisão judicial quanto aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, tornando ainda mais fluida a definição, *a priori*, dos limites judiciais de controle.

Pelas conclusões acima, parece claro que a atividade de aplicação do direito, e em especial das normas de regulação dos mercados, não se resume à mera subsunção silogística de fatos à norma, como se supunha outrora. Elas implicam inúmeras escolhas, inclusive de políticas públicas. No próprio balanceamento dos princípios constitucionais encontram-se escolhas de valores e de prioridades. Na escolha de uma pena, dentre a margem fixada na lei, por exemplo, manifesta-se não apenas uma avaliação subjetiva do tribunal administrativo a respeito de sua proporcionalidade e razoabilidade em função da gravidade das condutas punidas, mas também o sentido de sua política pública de *deterrence*.

Sendo tantas, quem deve fazer essas escolhas? É de se repudiar a idéia de que elas já se encontram todas feitas *a priori* pelo legislador, não passando a hermenêutica de uma mais ou menos sofisticada atividade de “mediunizar” a “vontade” da lei ou do legislador. Paradoxalmente, essa idéia é, ao mesmo tempo, ingênua e astuciosa. Se de um lado desconsidera de maneira pouco realística o papel criativo do intérprete, de outro se presta a legitimar o exercício das escolhas que efetivamente se faz, escamoteando-as sob a retórica da perfeita lógica e exatidão do discurso jurídico. Ao contrário do que se acreditava no Século XIX, a legalidade não oferece mais uma única resposta possível – aquela emanada da boca do juiz. Quando o direito passa a exigir do intérprete mais que um mero esforço de silogismo de subsunção de fatos à lei, mas também escolhas sobre prioridades e meios (o que enseja uma pluralidade de respostas corretas para cada caso concreto), rompe-se com o tradicional modelo juiz boca-da-lei, integrando diversas instituições na tarefa de interpretação e construção do direito. Nesse contexto, é compreensível certo ceticismo quanto à capacidade da dogmática jurídica de estabelecer normativamente os limites da revisão judicial dos atos administrativos ("Indeterminacy Thesis" dos "Critical Legal Studies"). Ao final, é o próprio Poder Judiciário quem vai definir a fronteira de sua intervenção e, em suma, “decidir quem decide”.

4. Análise institucional comparada e o modelo centrado na participação

4.1. A escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe

Pelo caminho até aqui percorrido, pudemos ver que as políticas públicas são conformadas a partir de escolhas, muitas vezes dramáticas, sobre fins, meios e prioridades. A diversidade de escolhas possíveis em casos concretos reflete a existência de concepções conflitantes de interesse público e, no limite, de justiça⁷².

A discussão sobre os fins últimos da ação estatal é sem dúvida nenhuma parte essencial da construção democrática e comunicativa do sentido do interesse público, desde seu nível mais abstrato (welfarismo ou rawlsianismo?), até ao prático (construir escola ou asfaltar uma rua?).

Contribuição fundamental (embora não exclusiva) para a discussão sobre os fins e sentido da ação estatal advém das decisões judiciais e teses acadêmicas que procuram interpretar e conciliar a plêiade de fins socialmente relevantes que foram insculpidos na constituição. Sem dúvida nenhuma, o discurso da interpretação constitucional qualifica pela racionalidade jurídica o debate a respeito dos fins socialmente relevantes da ação do estado.

Todavia, a simples leitura da constituição não nos informa claramente qual deve ser a ação estatal, já que os “grandes fins sócio-econômicos da organização constitucional”, nas palavras de COMPARATO (1986:22), muitas vezes são contraditórios entre si ou então encontram severas limitações fáticas para implementação, notadamente a escassez de recursos.

É o que ocorre, por exemplo, na “colidência de princípios” dos *hard cases*. Como contemplar, ao mesmo tempo, o direito à liberdade de expressão e informação com o direito ao segredo do estado? E o direito ao meio ambiente equilibrado com o desenvolvimento econômico (que exigem muitas vezes alterações no meio ambiente)?

⁷² Para os adeptos de uma visão welfarista de justiça, por exemplo, a escolha deve ser tal que maximize a satisfação de todos (“Pareto-eficiente”). Já sob uma visão rawlsiana, justa será a escolha que promover uma distribuição igual da riqueza, respeitado o “princípio da diferença”. Já para uma visão marxista, justa será a escolha que der “a cada um de acordo com sua necessidade e de cada um conforme sua capacidade”. O cardápio de opções é extenso.

Como realizar os direitos sociais em um contexto de escassez de recursos? Como conjugar, na regulação dos mercados, imperativos tão diversos e antagônicos entre si como eficiência econômica, universalização, continuidade dos serviços e modicidade tarifária?

Para determinar o resultado da ação estatal, não basta aos formuladores de políticas públicas discutir quais devem ser os fins socialmente relevantes e insculpi-los na constituição. Conforme se pretendeu demonstrar anteriormente, a dogmática jurídica não lhes facilitou a vida para fazer as escolhas. A aplicação dos princípios constitucionais, mediada por juízos de proporcionalidade e razoabilidade, para lembrar um exemplo, gera uma lista igualmente extensa de soluções possíveis que se candidatam à escolha em cada caso concreto.

Todavia, apesar da escolha entre fins sociais e princípios seja um importante ingrediente para compreender e avaliar o resultado da aplicação do direito e das políticas públicas, a análise das escolhas sobre os fins sociais e dos valores, sozinhos, diz pouco sobre os resultados – quais são ou deveriam ser. Nesse sentido, tão importante quanto o debate a respeito de quais fins, meios e prioridades devem ser escolhidos para a ação estatal é o debate a respeito da escolha de quem fará essas escolhas. A depender da instituição que for incumbida de fazer as escolhas, podemos ter resultados mais ou menos aderentes ao interesse público.

Nas palavras de KOMESAR (1994:5), “a escolha dos fins socialmente relevantes pode ser necessária para a determinação do direito e das políticas públicas, mas está longe de ser suficiente. Uma “ponte” está faltando, geralmente negligenciada nas análises, ao se supor que o resultado de um dado direito ou política pública decorre pura e simplesmente da escolha de fim socialmente relevante. Essa ausência é a escolha institucional”^b.

Em uma frase, a escolha de *quem* escolhe pode ser a escolha *do que* se escolhe.

Ilustremos a tese a partir do exemplo do “Caso dos Drogadictos”, descrito e analisado por VIANNA&BURGOS (2005:32), em seu “Cinco estudos de casos de ação civil pública”. Trata-se de uma ação civil pública proposta pelo ministério público visando a obrigar a prefeitura do Rio de Janeiro criar pelo menos dezesseis leitos para crianças e

jovens dependentes de drogas e álcool. O pedido fundamentou-se no art. 227 da Constituição Federal⁷³ e arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁴.

Segundo comentam VIANNA&BURGOS (2005:38), “verifica-se [...] que o pedido do ministério público [...] já contém uma proposição de política pública definida e formatada pelos promotores, sem que, aparentemente, tenham efetuado maiores consultas a especialistas”. Provavelmente, isso se deveu ao fato dos promotores terem fundamentado sua ação no argumento de que “na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde [...] não se deveria [sic] asfaltar ruas, construir sambódromos”.

Como se pode notar, existe aqui uma clara escolha dos promotores a respeito tanto dos fins da ação estatal quanto dos meios para se atingir esses fins. Essa escolha não é embasada nem em considerações “técnicas” (do ponto de vista de saúde pública) nem foi determinada a partir da articulação de grupos de interesse. A escolha foi justificada apenas e tão somente pela argumentação jurídica (dogmática jurídica). Independentemente da motivação (se com base em argumentos jurídicos, técnicos ou políticos), o fato é que os promotores fizeram sua escolha a respeito dos fins e meios da ação estatal, naquele caso concreto.

É certo que sobre esse mesmo caso concreto poderia haver entendimentos muito diferentes a respeito de qual deveria ser a escolha dos fins e meios da ação estatal. Uma pesquisadora na área de saúde pública, por exemplo, entrevistada por VIANNA&BURGOS (2005:38), disse que “se tivesse de apostar todas as fichas, apostaria na prevenção, pois o problema tem de ser tratado como uma epidemia, o que supõe uma abordagem intensiva e cotidiana”. Já o responsável pela área de saúde mental da prefeitura-re disse que “a ação civil pública em questão é inexecutável, tanto pelo prazo de efetivação

⁷³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

⁷⁴ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (a redação ao tempo da propositura da ação, posteriormente alterada pela Lei 11.185, de 2005).

quanto pela magnitude dos recursos. A demanda dos dezesseis leitos é absurda, o número é exorbitante, porque já não há espaço para doentes em estado terminal em vários hospitais. O programa de atendimento ambulatorial, com profissionais treinados e todos os seus dispositivos, requer uma mobilização muito grande de recursos” (VIANNA&BURGOS, 2005:42).

A esses argumentos poderíamos adicionar outros ainda, como, por exemplo: (i) o asfaltamento de ruas é importante parte da política de saúde pública, porque impede a proliferação de doenças; (ii) o asfaltamento de ruas é importante, concomitantemente à política de saúde, porque favorece o desenvolvimento econômico e social que, no fim, promoverá a geração de riqueza necessária à efetivação dos direitos sociais, inclusive da saúde; (iii) a construção de sambódromo promove o turismo na cidade, o que gera milhões de empregos e renda, propiciando desenvolvimento econômico que garante recursos necessários à promoção da saúde; (iv) junto com a criação do sambódromo há toda uma política de integração social nas comunidades carentes e que, inclusive, mantém jovens e adolescente das drogas e, pior, do tráfico; (v) o lazer, que também é um fim socialmente relevante previsto na constituição, é necessário para promover a saúde mental, o que previne diversas doenças psicológicas.

A favor da referida ação civil pública acorrem os argumentos de que (i) essas ações “cumprem um papel pedagógico, como tijolinhos de uma construção” sendo “um poderoso instrumento de transformação” (resposta dos promotores à entrevista de VIANNA&BURGOS, 2005:43); (ii) “a batalha quixotesca do ministério público e do judiciário em torno da questão da drogadição de crianças e adolescentes parece ter alcançado êxito, incorporando à agenda pública um tema que não lhe teria chegado pela via política (VIANNA&BURGOS, 2005:43); (iii) “a inércia da prefeitura é antiga” e “apesar de muitas promessas”, não teria havido “avanço efetivo” (petição inicial).

É muito provável que o leitor já tenha agora sua própria opinião a respeito da questão, incluindo outros e (certamente) melhores argumentos, e esteja disposto a defendê-la com unhas e dentes. No entanto, convido-o a deixar de lado o mérito da questão de fundo, que não nos interessa no momento, para centrarmos o foco em duas constatações: (i) *existem diversas soluções razoáveis e defensáveis no âmbito de intelecção do texto*

constitucional; e (ii) a depender de quem for encarregado de fazer as escolhas, dentro do amplo leque de possibilidades, o resultado da ação estatal será diferente.

Ora, no exemplo em tela, vimos que pontos de vista diferentes determinaram escolhas diferentes. Para a acadêmica entrevistada, provavelmente influenciada pelo resultado de pesquisas nacionais e internacionais sobre políticas públicas na área de drogadição, a alocação do orçamento público da saúde deveria ser focada na prevenção. Para o técnico da secretaria de saúde da prefeitura, entretanto, que tem uma visão não apenas da demanda por serviços relativos à drogadição, mas também de todas as demais demandas por serviços de saúde, assume aos olhos a escassez de recursos para resolver todos os problemas de saúde do município. Para a Câmara dos Vereadores, que aprova a lei orçamentária, embora a promoção da saúde seja importante, não é possível deixar desatendidas outras demandas legítimas dos munícipes, que pressionam com seus votos por asfaltamento de ruas, áreas de lazer e projetos sociais. Já para os promotores que ajuizaram a ação, nada disso é relevante, pois têm diante de si uma constituição que manda o estado prover serviço de saúde a todos, e sua função é, precipuamente, concretizá-la.

Diferentes visões entre as instituições aqui consideradas – academia, prefeitura, legislativo e judiciário - ocorre porque a forma com que são desenhadas explica grande parte de como serão suas decisões. Por desenho institucional refiro-me aqui às regras, formais e informais (como, por exemplo, tradição e cultura organizacional), que condicionam seu *modus operandi*, a moldura de incentivos ou de constrições à ação de seus agentes e sua interação com demais agentes e/ou instituições. As instituições são formadas por pessoas “de carne e osso”, ou *uomini nati da ventre di donna*, na graciosa expressão de Tulio Ascarelli (*apud* COMPARATO, 2005:334). O resultado institucional depende, portanto, da ação dessas pessoas, como são selecionadas, como são remuneradas, o que levam em consideração, a que informações têm acesso, como se relacionam entre si e com outras instituições, quantos e como decidem, quais recursos dispõem para decisão, a quais ritos e solenidades está submetido o processo de decisão etc..

É possível explicar o comportamento individual a partir de uma análise psicológica e comportamental de seus agentes. Assim, por exemplo, interessantes pesquisas interdisciplinares vêm sendo desenvolvidas a partir da chamada “Law and Psychology”,

que engloba pesquisa empírica e psicológica sobre o direito, o judiciário e as pessoas que participam do processo judicial. De que maneira as condicionantes psicológicas influenciam a decisão do juiz na sentença e dos jurados no júri? Qual o papel da intuição e das emoções no processo de formação do convencimento? De que maneira as condicionantes psicológicas do juiz (como os arquétipos da sombra, da *anima/animus* etc.), influenciam sua decisão?⁷⁵

Entretanto, as instituições não estão totalmente reféns das idiossincrasias das pessoas que a compõem. O papel principal das instituições, sua *raison d'être*, enquanto conjunto de regras que ditam o que os agentes podem e não podem fazer, é justamente o de reduzir as incertezas existentes no ambiente, criando estruturas estáveis que regulem as relações entre indivíduos. Assim, por exemplo, o sistema de recursos e revisões do sistema judicial contribui para anular ou mitigar os riscos de decisões extravagantes de algum de seus membros. Da mesma forma, a colegialidade em tribunais e agências reguladoras.

Como visto no capítulo 2, algumas características institucionais do judiciário são vistas por parte da doutrina como favoráveis à sua atuação nas políticas públicas. Assim, por exemplo, para alguns autores, as garantias de independência (inamovibilidade, irreversibilidade de vencimentos, vitaliciedade etc.) colocam os juízes fora das pressões a que cotidianamente estão sujeitos os membros do congresso e do executivo, tornando o judiciário uma instituição melhor capacitada para suprimir a inércia dos demais poderes e de canalizar interesses sub-representados no processo político.

Porém, outra parte da doutrina faz uma “crítica da capacidade institucional”, voltando-se especificamente à análise do impacto dessas condicionantes institucionais no desempenho do judiciário para decidir sobre as escolhas de políticas públicas. As críticas, em suma, referem-se ao fato de que o desenho institucional do judiciário – processo de decisão, cultura organizacional, racionalidade etc. – é praticamente o mesmo do tempo em que só era chamado a decidir questões individuais. Nesse sentido, por exemplo, foram ressaltados: (i) a dificuldade das cortes lidarem com “questões policêntricas” (em razão da bipolaridade do processo judicial); (ii) o princípio da inércia (que implica decisões *ad hoc*

⁷⁵ No Brasil, nas academias de direito, infelizmente ainda são raros estudos interdisciplinares entre direito e psicologia. Um louvável exemplo é o trabalho de PRADO (2008).

e, portanto, erráticas); (iii) os juízes são generalistas (o que impede acessar diretamente as questões técnicas de fundo); (iv) a impossibilidade dos juízes reverem as decisões (o que dificulta, por engessamento, a disciplina de situações futuras; etc..

Para os autores que acolhem essa crítica institucional, a atuação do judiciário em políticas públicas pode gerar resultados distorcidos (e paradoxalmente contraditórios com os fins visados). Como visto anteriormente, FERRAZ (2009), por exemplo, sustenta que a interpretação do direito à saúde como direito individual é mantida à custa dos princípios da equidade e universalidade estabelecidos na Constituição e que esta interpretação resulta na inversão dos objetivos primordiais do Sistema Único de Saúde, transformando-o em instrumento de perpetuação das iniquidades em saúde já significativas no país.

Essas possíveis distorções podem explicar os resultados apresentados na pesquisa empírica realizada por TERRAZAS (2008) e descrita no capítulo 2: os juízes, determinando em ações individuais a concessão de medicamentos fora da lista definida pelos órgãos públicos responsáveis pela política de saúde, ao invés de beneficiar os mais pobres, como se supõem fazendo, acabaram concentrando os escassos recursos públicos da saúde em favor da parcela mais rica da população. Idem DURAN-FERREIRA (2004).

O debate a respeito da (in)capacidade institucional do judiciário em lidar com políticas públicas promete ser tão acirrado quanto aquele sobre os fins da ação estatal. E, da mesma forma com que preferimos deixar aquele de lado, para os propósitos deste trabalho, faremos o mesmo agora. Pois o que nos interessa inferir de tudo o que foi até aqui dito é apenas isto: *a depender da instituição que for encarregada de fazer as escolhas de políticas públicas (fins, meios e prioridades), teremos diferentes resultados de política pública.*

Inegavelmente, os trabalhos coligidos no capítulo 2 sob a designação de “crítica institucional” trazem importantes e convincentes argumentos que revelam as limitações do judiciário em lidar com as escolhas de políticas públicas.

Todavia, serão essas imperfeições motivo suficiente para excluirmos, de pronto, o judiciário da disputa pela escolha de políticas públicas?

Embora tenha cumprido papel fundamental ao ampliar nossa compreensão a respeito das limitações do poder judiciário, a “crítica da capacidade institucional” não é capaz, por si só, de responder à pergunta básica: se e quando deve o judiciário atuar na formulação das políticas públicas. Pois se é certo, como pressupõem alguns dos trabalhos da “crítica da capacidade institucional”, que o judiciário tem enormes dificuldades e limitações para fazer as escolhas de políticas públicas, não está claro que as demais instituições candidatas a fazer as mesmas escolhas não tenham seu desempenho ainda mais comprometido por suas próprias limitações.

A resposta à pergunta acima não será dada, portanto, a partir de uma análise monoinstitucional, centrada exclusivamente nas imperfeições do judiciário. É preciso comparar suas fraquezas e méritos relativamente às fraquezas e méritos das demais instituições candidatas a fazer as escolhas de políticas públicas em cada caso concreto. Pois todas as instituições são imperfeitas (no sentido de que não funcionam tal qual idealizado) e por isso mesmo a resposta à pergunta acima depende de uma *análise institucional comparada*.

A análise monoinstitucional, ao revelar as limitações do judiciário para lidar com as escolhas de políticas públicas, implicitamente assume, sem maiores considerações, que as demais instituições funcionariam satisfatoriamente, o que está longe de ser verdadeiro.

Apesar da importância, a maioria dos estudos sobre políticas públicas ignora a questão da escolha institucional ou a considera intuitivamente óbvia. Nas palavras de KOMESAR (1994:6), “não raras vezes, qualquer escolha institucional incompatível com a preferência sobre política pública do analista é sumariamente afastada após apresentar um show de horrores”^c. O autor refere-se aqui à tendência de condenarmos uma instituição para lidar com o tipo de política pública expondo suas limitações, sem, entretanto, considerar se as demais instituições também não padecem dos mesmos ou maiores problemas. Por exemplo, dizer que o judiciário é moroso, decide sem conhecimento técnico, tende a ser “pró-devedor” etc. não autoriza, por si só, afastá-lo da análise de questões que envolvam crédito, pois é capaz das demais instituições padecerem dos mesmos problemas.

Os raros trabalhos que tratam da questão da escolha institucional o fazem de forma singular. Por exemplo, POSNER (1992) sustenta que a atuação do judiciário é justificada na presença de falhas de mercado, e ELY (2002), para quem a atuação do judiciário se justifica na presença das falhas de governo. A nenhum desses autores ocorreu, entretanto, avaliar se os mesmos fatores que limitam a capacidade do mercado e do processo político também não afetariam a capacidade do judiciário.

Para KOMESAR (1994:23), “os mesmos fatores que alteram a capacidade de uma instituição em duas situações muitas vezes altera a capacidade da(s) instituição(ões) alternativa(s) na mesma direção. É muito comum - embora nem sempre - as instituições se movem juntos. Quando uma instituição está no seu melhor ou pior, as instituições alternativas muitas vezes estão no seu melhor ou pior”^d.

A contribuição que o presente trabalho pretende dar ao debate a respeito da judicialização da política é justamente nele fazer inserir o seguinte argumento: *para o debate a respeito dos limites da revisão judicial sobre as políticas públicas, é preciso acrescentar à crítica da capacidade institucional do judiciário as críticas à capacidade institucional das demais instituições.*

De quais outras instituições estamos falando? De quaisquer instituições: igrejas, mercado, sindicatos, entidades do terceiro setor, executivo, legislativo, imprensa, organismos internacionais, judiciário, academia etc. Mas é claro que as três grandes instituições que primeiro se apresentam à nossa escolha no estado democrático de direito, laico e capitalista são o processo político (executivo e legislativo), o processo de trocas (mercado) e o processo adjudicatório (judiciário).

A inclusão do mercado como *instituição* aqui pode causar alguma surpresa, já que na visão da economia clássica é entendido como um fenômeno da natureza, decorrente da existência de uma coleção de compradores e vendedores que interagem entre si, resultando na possibilidade de troca (RUBINFELD, 2005). Essa visão “naturalística” do mercado como *locus naturalis* evoluiu com os economistas institucionalistas (COASE, 1937), para quem o mercado é uma estrutura de governança, uma forma de governar as transações econômicas (WILLIAMSON, 2000).

Já nesse sentido os economistas divisam um conteúdo normativo à noção de mercado, que incide sobre e ao mesmo tempo decorre do mercado como fato da natureza (conjunto de pessoas que trocam mercadorias). Daí que, para os juristas, mais do que o *locus* onde ocorrem as trocas, o mercado é um conjunto de institutos jurídicos que garante e disciplina as trocas, modulando a forma com que são feitas (GOLDBERG, 2006). O mercado, assim, não é um *locus naturalis*, um mero fenômeno da natureza, mas sim um *locus artificialis*, decorrência das relações de poder e dominação na sociedade que se traduzem em normas jurídicas que limitam, regulam e conformam as interações entre os agentes econômicos⁷⁶.

Vejamos no capítulo seguinte outros exemplos de como a escolha de quem escolhe é determinante para a escolha do que se escolhe.

4.2. Dois casos a ilustrar a importância da análise institucional comparada

A interdependência entre as escolhas dos *fins socialmente relevantes* e da *instituição responsável por fazer tais escolhas* – ou seja, a ideia de que *a escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe* – é demonstrada por KOMESAR (1994) através da análise de dois casos: “Boomer”⁷⁷ e “Pentagon papers”⁷⁸.

Os dois casos foram selecionados, em primeiro lugar, porque são considerados “clássicos” na doutrina americana, recorrentemente referidos e analisados em trabalhos acadêmicos. Ademais, por tratarem de valores de “naturezas” diferentes (o primeiro lida com *direitos de propriedade* e o segundo, com *liberdade*), o estudo conjunto dos dois casos atende à conveniência de demonstrar que a “análise institucional comparada” é necessária, não importa o “fim socialmente buscado” pelo analista: se a “eficiência

⁷⁶ Para GRAU (2006), o próprio estado, como garantidor das trocas, pode ser entendido como instituto que conforma, influencia e determina o que chamamos de mercado. Seu argumento pode ser assim sumariado: (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se ou reproduzir-se sem a forma do direito positivo; (iii) este direito é posto pelo estado para disciplinar o mercado para domesticar os determinismos econômicos. Assim, mercado passa a designar também uma idéia (*rectius*: ideologia), um projeto político da classe dominante (terceiro estado). O mercado exige, para satisfação de seus interesses, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação do capital. A ordem jurídica – o direito posto pelo estado – é uma decorrência e condição *sine qua non* para a acumulação do capital. O liberalismo político (garantias contra o estado) e o liberalismo econômico (em favor do mercado) são faces da mesma moeda.

⁷⁷ Boomer vs. Atlantic Cements Co.. 26 N.Y.2d 219, 309 N.Y.S.2d 312 (N.Y. 1970)

⁷⁸ The New York Times Co. vs. United States 403 U.S. 713 (1971)

alocativa”, propugnada pelos welfaristas (em especial os adeptos da Análise Econômica do Direito), ou a “liberdade”, defendida pelos rawlsianos.

No caso Boomer, sete vizinhos ajuizaram ação contra empresa de cimento, reclamando que a sujeira, fumaça e vibração emanada da planta industrial causavam prejuízos ao pleno gozo de seus respectivos direitos de propriedade. No direito americano, o remédio tradicional contra esse tipo de violação ao direito de propriedade é a cominação de ordem de cessação das atividades. Entretanto, apesar de reconhecer que a planta continuava a causar prejuízos aos autores, o júri negou-lhes o mandado de cessação, deferindo, em substituição, uma indenização por perdas e danos.

A decisão, considerada heterodoxa, veio a ser confirmada pelo tribunal de New York. Porém, o tribunal dividiu-se, com forte dissidência. A maioria dos desembargadores entendeu que o prejuízo causado a todos os autores da ação (estimado em US\$ 185mil, valor da indenização) era muito inferior aos benefícios sociais que aquela indústria proporcionava (a empresa fora avaliada em US\$ 45 milhões e gerava cerca de 300 empregos diretos). A lógica da decisão foi bastante clara: a despeito dos vizinhos terem, a rigor, o direito à cessação das atividades da fábrica, fechá-la seria “ineficiente”, já que traria mais prejuízos que benefícios ao conjunto da sociedade. A lógica, claramente, foi a da busca da *alocação eficiente de recursos*, visando à maximização do bem-estar agregado da sociedade.

Suponhamos que a empresa de cimento, ao invés de causar limitação ao gozo da propriedade dos vizinhos através de barulho, vibração e poluição, tivesse ocupado uma parte de seus terrenos para nele instalar uma máquina essencial ao seu processo produtivo. Custoso imaginar que algum juiz negaria a concessão de mandado de reintegração de posse sob o mesmo argumento de que “valor social da empresa” é maior que “o prejuízo percebido pelos vizinhos esbulhados” (qualquer que fosse). Como justificar decisões distintas para as duas hipóteses?

POSNER (1992), um dos mais influentes doutrinadores da escola da Análise Econômica do Direito, sustenta que o direito de propriedade (assim como a maioria das regras morais e jurídicas) pode ser explicado pelo objetivo da eficiência, ou seja, o direito de propriedade assegura que os bens serão alocados no mercado àqueles para os quais o

bem tem maior utilidade, o que pode ser aferido por sua disposição em pagar. Assim, a proteção do esbulho criaria o incentivo adequado para que a cimenteira negociasse a compra do terreno, chegando as partes livremente e sem a intervenção estatal à melhor situação para todos.

Todavia, POSNER (1992) reconhece que em determinadas situações o mercado não funciona adequadamente, em razão das chamadas *falhas de mercado*, o que pode levar a uma alocação não-eficiente de recursos. Nesses casos, a intervenção do judiciário seria desejável, para corrigir a “incapacidade institucional” do mercado em obter o fim socialmente relevante da alocação eficiente de recursos. Onde o mercado não funciona, o judiciário realizaria o fim social da eficiência alocativa. Uma das mais comuns das falhas de mercado são os *custos de transação*. Quando o custo de transação aumenta, a capacidade de o mercado alocar eficientemente os recursos escassos na economia diminui. Assim, quanto maior o custo de transação, maior seria, na opinião de POSNER (1992), a necessidade de outra instituição intervir para que a eficiência econômica seja atingida.

No caso Boomer, a existência de sete partes simultânea e indivisivelmente lesadas aumentava significativamente o custo de transação para uma solução negociada. Qualquer um dos vizinhos teria o poder, sozinho, de impedir o funcionamento da planta, recusando-se a aceitar um acordo negociado livremente com a cimenteira. A negociação com todos poderia tornar-se extremamente difícil ou até impossível, com ameaça de comportamentos oportunistas. O resultado seria o fechamento da fábrica, o que, no saldo, seria socialmente menos desejável. Por essa razão, uma análise econômica tradicional para o caso Boomer, como a de POSNER (1992), levaria à conclusão de que a atuação judicial era preferível à do mercado.

POSNER (1992) reconhece, assim, que a consecução do fim socialmente relevante por ele escolhido - eficiência econômica – depende intrinsecamente da escolha institucional – no caso, o judiciário.

A principal crítica de KOMESAR (1994) à análise de POSNER (1992) é a de ser monoinstitucional, ou seja, centrada apenas na *incapacidade institucional* do mercado alcançar, no caso concreto, o fim (por ele escolhido) da eficiência econômica. A crítica decorre do fato de POSNER (1992) assumir, sem qualquer consideração, que o judiciário

funcionaria, no caso, de forma perfeita. O que lhe autoriza supor, como verdade absoluta, que o judiciário também não teria limitações institucionais para lidar com o mesmo caso?

A escolha da instituição no caso analisado – se o mercado ou o judiciário – deveria ser resultado de uma análise institucional comparada, que ponderasse as limitações institucionais de cada qual. Isso porque, assim como o mercado, o judiciário também diminuiria sua capacidade de responder adequadamente uma demanda na medida em que o número de partes envolvidas aumenta.

O voto dissidente no tribunal lembrou que os vizinhos não eram os únicos lesados pela poluição. Lesados também eram todos os habitantes das cidades ao longo do vale do rio Hudson. Assim, o cálculo de “perdas e ganhos” deveria levar em consideração não apenas as perdas dos sete vizinhos (avaliada em US\$ 185mil), mas também as perdas individuais dos milhares de cidadãos novaiorquinos. Matematicamente, seria possível considerar, por exemplo, que além dos US\$ 185mil dos sete vizinhos, a poluição trouxesse, digamos, US\$ 50 para cada um dos um milhão de cidadãos. Nesse caso, o total de prejuízos (US\$ 50.185mil) superaria o valor da fábrica (US\$45milhões), a demonstrar que, na verdade, o arranjo proposto pelo voto majoritário poderia ser ineficiente (apesar de declaradamente dizer buscar a eficiência).

Todavia, o voto minoritário reconheceu que o judiciário não teria *capacidade institucional* de fazer a avaliação de todos os prejuízos e conhecer todas as demandas de milhares de cidadãos requerendo a sua parcela de indenização por perdas e danos, não apenas por limitações de infraestrutura forense, mas também e principalmente porque esses cidadãos muito provavelmente sequer chegariam a ajuizar suas próprias ações. A uma, porque não teriam conhecimento do fato lesivo (“custo de informação”). A duas, porque a mobilização seria inviável (“custo de organização” e “comportamento free-ride”). A três, porque os benefícios individuais com a propositura da ação de indenização (US\$ 50) não compensariam os custos de ingresso.

Assim, sustentou o voto dissidente, somente uma ordem de paralisação das atividades seria capaz de criar o incentivo adequado para que a cimenteira investisse em soluções tecnológicas contra poluição. Perceba-se que o voto dissidente também tem como objetivo a eficiência. Todavia, o faz a partir de uma consideração institucional diferente,

para chegar à conclusão diversa, qual seja, a falha do judiciário em lidar com a questão coletiva.

A maioria entendeu que o preceito cominatório seria uma solução adequada caso o mercado pudesse funcionar adequadamente. Já a minoria entendeu que a indenização seria uma solução adequada se e somente se todos os cidadãos lesados pela planta industrial pudessem se valer do processo adjudicatório. Isso implicaria a internalização dos custos e a empresa continuaria a funcionar se isso fosse realmente eficiente (ou seja, a continuidade da fábrica fosse mais interessante que o fechamento). Todavia, dadas as *limitações institucionais*, isso estaria fora do alcance do judiciário.

A maioria também parece ter implicitamente creditado confiança no funcionamento perfeito de outra instituição: o *processo político*. Para a maioria, o direito dos demais cidadãos não envolvidos no processo poderia ser protegido pela aprovação, pelo legislativo, de leis determinando instalação de medidas anti-poluição, ou realização, pelo executivo, de regulamentos e fiscalizações.

Ocorre, todavia, que o processo político também pode ter seu funcionamento inadequado ou enviesado, nos casos de sobre-representação de interesses concentrados (tirania da minoria) ou a sub-representação de interesses dispersos (“tirania da maioria”). O lobby e a influência de grupos minoritários (por exemplo, das empresas poluidoras) sobre órgãos reguladores poderia enviesar sua atuação em favor de uma regulação pró-poluição.

A avaliação institucional pode continuar *ad aeternum*, especificando cada vez mais os prós e contras de cada instituição. Mas os passos até aqui dados já são suficientes para concluir que: (i) identificar um objetivo (no caso Boomer a eficiência econômica) diz pouco sobre a correta aplicação do direito e da política pública. É preciso haver ponderação sobre a escolha institucional. (ii) Não basta identificar as falhas de funcionamento de uma única instituição, pressupondo o funcionamento das demais. Geralmente, os mesmos fatores que prejudicam o funcionamento de uma instituição também têm impacto sobre as demais.

No caso Pentagon Papers, ocorreu que o jornal New York Times publicou documentos secretos do exército americano sobre a guerra do Vietnam⁷⁹. O governo ajuizou ação visando proibir a divulgação, sob o argumento de que a revelação daquelas informações poderia ameaçar a segurança nacional, a vida dos soldados, prolongaria a guerra e comprometeria as relações diplomáticas com aliados. A Suprema Corte dividiu-se em três entendimentos diferentes, cada qual com três votos. No final, o pedido do governo veio a ser indeferido por 6 votos a 3.

A discussão tratava do tema da liberdade, confrontada com imperativos da segurança nacional. Os juízes estavam preocupados em fazer cumprir o primeiro princípio de justiça rawlsiano, segundo o qual “a sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros” (ou seja, em que medida a liberdade de expressão de um passa a limitar a liberdade dos demais ao serem expostos a riscos de defesa nacional).

Três juízes (ditos “absolutistas”) entenderam que o comportamento dos indivíduos exercendo sua liberdade de expressão não tem o condão de ameaçar o direito dos demais à segurança, de modo que a ação do governo deveria ser desprovida *tout court*. Esses juízes apostaram no “livre mercado de idéias”⁸⁰ como instituição melhor vocacionada a controlar eventuais excessos (assim como o juiz dissidente no caso Boomer acreditava que, garantindo de forma absoluta o direito dos vizinhos, o mercado se rearranjará por si só). Embora não ignorem a imperfeição do “livre mercado de idéias”, acreditam que suas limitações são menos graves do que as das demais instituições. Isso porque o mercado de idéias pode até funcionar mal em algumas circunstâncias, mas são preferíveis seus erros (abuso do direito de expressão) às imperfeições das demais instituições (censura).

⁷⁹ O caso teve grande repercussão nos Estados Unidos, pois os documentos divulgados pelo jornal The New York Times revelaram que o governo americano, ao contrário do anunciado por seu presidente, teria recrudescido as atividades das tropas na guerra. Ao tornar-se pública, essa informação catalisou a opinião pública americana contra a guerra.

⁸⁰ O conceito de “livre mercado de ideias” (*“free marketplace of ideas”*) é comumente atribuído ao juiz Oliver Holmes, que assim se pronunciou no caso *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition...But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas...that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution”.

Os três juízes dissidentes manifestaram desconfiança tanto em relação ao governo quanto ao “mercado de idéias” e concluíram que, nesse caso, a instituição mais adequada para decidir a questão deveria ser o judiciário.

Os últimos três juízes reconheceram que a constituição outorgava ao presidente da república grande margem de discricionariedade na condução das políticas de defesa nacional e internacional, inclusive para promover a confidencialidade de informações. Entretanto, ressaltaram que a mesma constituição assegurava na primeira emenda ampla liberdade de expressão. Diante desse largo campo de conflito, competiria ao congresso, e não ao judiciário, definir os limites da atuação do executivo. Por isso, deveria o presidente da república buscar passar no congresso uma lei definindo melhor os critérios para *checks and balances*. Na ausência dessa regulamentação, não seria o judiciário a instituição mais capacitada para estabelecer esses limites. Para KOMESAR (1994:47), “a total deferência dos juízes ao legislativo reflete uma visão de que o processo adjudicativo (com seus juízes generalistas, processo formalista e adversarial, abordagem *ad hoc*) tem graves limitações para lidar com questões como defesa e segurança nacional, que são complexas e globais, e por serem muito delicadas frequentemente requerem algum grau de confidencialidade”^e.

Note-se que todos os juízes estavam preocupados em efetivar o princípio de justiça rawlsiano de “máximo de liberdade para cada um compatível com uma liberdade igual para todos”. Todavia, diferentes percepções a respeito do funcionamento das instituições levaram-nos a três soluções divergentes. Três juízes entenderam que o “livre mercado de idéias”, apesar de suas limitações institucionais (que permitiam abusos), era preferível às limitações das demais instituições (risco de censura). Outros três juízes entenderam que deveria ser o congresso a instituição melhor vocacionada a estabelecer os limites entre liberdade de expressão e defesa nacional (e, na ausência dessa regulamentação, seria arriscado ao judiciário fazê-lo). Por fim, os três juízes dissidentes entenderam que nem congresso nem executivo teriam condições, como o judiciário, de fazer a escolha.

“Como Rawls, todos os juízes que decidiram o caso Pentagon Papers estavam preocupados com o equilíbrio entre a liberdade individual e a liberdade de todos. Para compreender e avaliar as diferentes posições é preciso muito mais do que uma idéia de qual objetivo ou interesse social está envolvido. Subjacente a estas diferenças estão

diferenças na percepção sobre quem deve resolver as incertezas inerentes à realização dos objetivos sociais. [...] Direitos - constitucionais ou não - são escolhas institucionais a serviço de objetivos sociais. Elas envolvem a escolha de uma instituição responsável por tomar a decisão sobre a outra. O valor ou a validade dos direitos no atendimento dessas metas depende da validade das escolhas institucionais subjacentes” (KOMESAR, 1994:48)^f.

4.3. Quem deve escolher quem fará as escolhas?

Segundo KOMESAR (1988), este é uma “tarefa para os juízes”. Tendo os juízes a última palavra sobre a ação do estado, a escolha sobre qual instituição está mais vocacionada a fazer as escolhas de modo mais aderente ao interesse público é o próprio judiciário. Para isso, devem ponderar as fraquezas e vantagens comparativas de cada uma das instituições, inclusive as suas próprias. Mas faz duras advertências.

Em primeiro lugar, adverte que “juízes constitucionais têm a responsabilidade sobre recursos muito escassos, e devem assumir essa responsabilidade seriamente. Constitucionalistas têm a responsabilidade de ajudar essas escolhas judiciais explicando e analisando claramente as escolhas institucionais que lhes são inerentes. Essa tarefa pode parecer desinteressante para muitos estudiosos do direito constitucional, mas eles devem aceitar a responsabilidade de lidar de forma produtiva com as escolhas reais ou retirar-se do campo de batalha” (KOMESAR, 1994:270)^g.

“Os juízes devem ser particularmente cuidadosos para resistir ao canto da sereia do monoinstitucionalismo. Uma análise institucional válida insta os tribunais a funcionar quando eles podem fazer um trabalho melhor do que as alternativas. Às vezes, essa comparação pode exigir que os tribunais abandonem as questões com as quais estão acostumados (porque o mercado ou o processo político lida ainda pior). Tribunais devem considerar mais. No mundo considerado da análise institucional comparada, os tribunais podem ser chamados para tratar de questões para as quais eles estão mal equipados para fazê-lo em sentido relativo. De um modo geral, os juízes são confrontados com uma tarefa (excepcionalmente) difícil e que só a eles pertence. Mais do que em relação aos outros tomadores de decisão, espera-se dos juízes que ponderem, de forma imparcial, equilibrada e cuidadosa, as necessidades sociais. Mas esse peso e balanceamento obriga-os a

considerar com cuidado especial as realidades institucionais. Os juízes devem equilibrar a necessidade de uma determinada atividade judicante (muitas vezes definida pela gravidade da falha do mercado ou do processo político), com os custos dessa atividade, definidos pela (i) gravidade da pressão sobre limitados recursos; (ii) habilidades limitadas do judiciário, (iii) vieses sistêmicos e (iv) conhecimentos limitados”^h.

4.4. Como escolher quem fará as escolhas?

4.4.1. Considerações iniciais e metodológicas

Para realizar essa tarefa, KOMESAR (1994) propõe uma metodologia de análise que chamou de “modelo centrado na participação”.

Referido modelo procura descrever e prever o resultado da atividade institucional a partir de uma variável chave: quais são os grupos de interesse que participam efetivamente do processo de decisão. Consumidores, fornecedores, votantes, lobistas, litigantes etc.: a interação entre esses atores sobre as diferentes instituições explica e condiciona o resultado da política pública.

A participação dos diversos grupos é determinada, sobretudo, pela “escolha racional”, mediada por um juízo de ponderação entre os custos e benefícios de participar do processo decisório. Do lado dos benefícios, o foco é posto na dispersão dos benefícios entre os membros da classe. Do lado dos custos, a análise é focada, principalmente, nos custos de transação (custo de informação e de organização da classe).

A partir desse mínimo denominador comum, o modelo pretende fornecer ao analista elementos para comparar a capacidade de diferentes instituições, notadamente os processos político (executivo e legislativo), de trocas (mercado) e adjudicatório (judiciário).

Antes de apresentar o modelo, algumas advertências metodológicas não de ser feitas.

O “modelo centrado na participação” é ora apresentado com o escopo apenas de chamar a atenção para a importância do esforço da análise institucional comparada - ou a inclusão da variável “quem” – nas escolhas de políticas públicas. Não tenho a pretensão,

nos limites de uma pesquisa em nível de mestrado, de prescrever normativamente sua aplicação em casos concretos. Sua apresentação está exclusivamente a serviço de ilustrar o argumento fundamental do trabalho, que é a necessidade de se enfrentar, nos debates a respeito da judicialização da política, a questão da análise institucional comparada. Em outras palavras, explicitar como a análise institucional comparada poderia contribuir para a sofisticação e aprimoramento do ensino jurídico, da pesquisa acadêmica, da formulação de políticas públicas e da interpretação e aplicação do direito.

Como todos os modelos teóricos, o “modelo centrado na participação” busca explicar a realidade partindo de premissas simplificadoras, que permitem aproximar de nosso campo de visão o objeto de análise. As variáveis que determinam o desenho institucional são infinitas e, em sua amplitude, inacessíveis à nossa razão. Porém, ao optar deliberadamente por eleger apenas uma – a participação dos grupos de interesse – o modelo ganha em termos de acuidade e capacidade explicativa. Para explicar o movimento dos corpos ou dos gases, o físico muitas vezes pressupõe a ausência de atrito ou a presença das “condições normais de temperatura e pressão” (fatos que, na “vida real”, raramente ocorrem). Isso de forma alguma retira dos modelos sua capacidade explicativa. Servem, apenas, para isolar as variáveis mais importantes, para compreendermos qual sua correlação com o fenômeno estudado.

A análise institucional pode ser muito mais complexa que o modelo apresentado por KOMESAR (1994). Seu modelo tem a pretensão declarada de ser simples para uma primeira aproximação sobre o tema. A simplificação é, pois, deliberada e atende ao propósito de tornar o modelo acessível e confortável para um amplo conjunto de analistas. Seu autor não nega, todavia, que exames microanalíticos mais específicos podem vir a ser desenvolvidos e acrescidos em prol da sofisticação da análise (KOMESAR, 1994:43).

Ao isolar a variável “participação dos grupos de interesse”, não se pretende defender ser essa a única variável explicativa do comportamento das instituições. Todavia, há sem dúvida nenhuma uma assunção de que esta variável é muito importante e pode explicar ou prever grande parte dos comportamentos das instituições.

Daí podem surgir outras objeções, do tipo “Guilhotina de Hume” ou “*is/ought problem*” (dificuldade de, no discurso moral, distinguirem-se asserções de caráter

descritivo daquelas prescritivas ou normativas). Conforme será visto adiante, o modelo centrado na participação é tributário de duas tradições muito influentes nas academias americanas: as escolas do “Law & Economics” e a da “Public Choice”. Referidas escolas são marcadas por aplicar na análise do funcionamento do direito e da política os mesmos pressupostos metodológicos empregados pela ciência economia para explicar o comportamento dos agentes no mercado: racionalidade prática baseada em cálculos de custo/benefício, maximização de utilidade, preferências manifestadas por meio de escolhas (*trade-offs*), resposta a incentivos etc.. Assim, por exemplo, da mesma forma com que o consumidor busca maximizar sua satisfação pessoal, o político buscaria maximizar votos (ou poder), o burocrata, competências, os membros das agências reguladoras, reputação e assim por diante.

Ao tomar emprestado os mesmos pressupostos metodológicos da microeconomia – notadamente o individualismo metodológico - o modelo não poderá se pôr a salvo da crítica segundo a qual, ao contrário de estar meramente descrevendo ‘realisticamente’ como *é* o comportamento dos seres humanos nas suas inter-relações, visa na verdade prescrever uma visão de como *devem ser*. Em especial, o ceticismo (ou cinismo?) a respeito da capacidade do ser humano de agir altruística e desinteressadamente⁸¹.

Para esquivar-se da crítica, KOMESAR (1994:65) minimiza a importância da motivação da ação individual (se egoística ou altruística) para a validade das conclusões de seu modelo de análise. Segundo ele, os problemas enfatizados pela teoria política dos grupos de interesses decorrem das distorções na sub-representação ou sobre-representação de interesses (minoritários ou majoritários) no processo de decisão das instituições. Conforme veremos mais detalhadamente adiante, essas distorções decorrem, sobretudo, (i) da forma de distribuição dos impactos da política pública, (ii) do custo de informação e (iii) dos custos de organização. Assim, “não há qualquer razão *a priori* para se acreditar que essas distorções sistêmicas estejam altamente correlacionadas com qualquer categoria de interesses”ⁱ, vale dizer, egoísticos ou altruísticos. Com efeito, se a principal determinante do resultado institucional depende de quem participa de seu processo decisório, é de se concluir que mesmo o mais benevolente dos agentes públicos estará

⁸¹ Para uma descrição das críticas à “teoria da escolha racional”, que pressupõe o “individualismo metodológico, vide SCOTT (2010).

subordinado à influência de quem participa. O ceticismo em relação à sua plena capacidade de inferir o sentido do interesse público, aqui, não é quanto à suas verdadeiras e últimas motivações (benevolência ou egoísmo), mas sim com relação à sua onisciência (ele não detém todas informações). Da mesma forma, mesmo o mais altruísta dos cidadãos estará sujeito aos custos da ação política (obtenção de informação e organização).

A epígrafe deste trabalho, excerto de “A vida de Galileu”, de Brecht, visa antecipar resposta à crítica comum no meio jurídico brasileiro contra qualquer tipo de aproximação econômica do fenômeno jurídico. Acredito que a razão dessa ojeriza é o fato de que a triste ciência nos traz um quadro amargo porquanto não idealizado do comportamento humano. A análise econômica (vale dizer, seu individualismo metodológico e a escolha racional) pode conduzir a resultados errados, mas não pode ser ignorada. Sobretudo os *insights* que ela traz são úteis para a reflexão a respeito do direito. As limitações de um modelo de análise não significam que os problemas com que ele procura lidar não existam, nem comprometem toda sua capacidade explicativa. Embora a física newtoniana não consiga explicar como a luz pode ser distorcida pela influência de matéria ou o comportamento dos *quarks*, ela permanece válida para explicar o movimento dos corpos na terra.

Tal como os “doutores da igreja” de Brecht, os “doutores da economia clássica” se prendem ao modelo teórico que idealiza o mercado como instituição capaz de por si só de alocar de forma ótima (ou seja, maximizadora) a distribuição dos bens na sociedade. “Os doutores do direito” se prendem em tomar as instituições de forma idealizada no modelo de tripartição de poderes, ou seja, basta investir uma boa técnica de hermenêutica que o direito previsto na lei se realizará. Tal como a luneta de Galileu, o instrumento novo de análise proposto por Komesar revela coisas desagradáveis com que lidar. Mas olhando de perto, não é possível ignorar que o modelo pressuposto na análise jurídica – o de que as instituições funcionam da forma tal qual idealizadas – é falho e por isso incapaz de determinar o resultado da aplicação do direito.

Embora adira a alguns pressupostos epistemológicos da escola do Law and Economics, KOMESAR (1994) tem uma pretensão revisionista. Os autores que aderem ao L&A derivam os resultados de suas pesquisas de um pressuposto fundamental: o “objetivo social” a ser perseguido é a alocação eficiente de recursos. Todavia, a análise institucional

comparada é pertinente independentemente do fim social a que o analista adere. “Qualquer análise do direito e de políticas públicas – econômicas ou não – depende da análise institucional comparada” (KOMESAR, 1994:10)^j.

Por fim, o modelo não tem a pretensão de ser um “algoritmo” pelo qual basta inserir os dados de suas variáveis para dar “a” resposta correta. A análise institucional comparada se dá caso a caso e, como nos adverte seu autor desde o início, “é muito difícil” (KOMESAR 1994:7). Talvez tão difícil e subjetiva quanto a análise dos fins das políticas públicas.

4.4.2. Contexto e tradição

O modelo centrado na participação é tributário de três vertentes teóricas bastante influentes na doutrina americana: a teoria política dos grupos de interesse (*interest group theory of politics*), a teoria dos custos de transação de Ronald Coase e a teoria da revisão judicial de John Ely. Cada qual centrou seu foco no funcionamento de um tipo de instituição: o processo político (legislativo e executivo), o processo de trocas (o mercado) e o processo adjudicatório (judiciário), respectivamente. O modelo ora proposto busca derivar, a partir da síntese dessas três linhas de pesquisa, uma espécie de teoria “unificada” para o funcionamento dessas três instituições.

Em 1776, um professor de ética e filosofia moral da Universidade de Oxford chamado Adam Smith revolucionou a economia política com uma idéia original: os fins ótimos (em termos de maximização de bem-estar social) seriam alcançados de forma natural pela interação dos indivíduos agindo segundo seus próprios e egoísticos interesses em um sistema de livre mercado. “Não é por benevolência do açougueiro, do cervejeiro, ou do padeiro que devemos esperar nosso jantar, mas de sua atenção e cuidado com seus próprios interesses”. Os agentes econômicos, racionais e egoístas, respondem a incentivos e buscam apenas a maximização de utilidade pessoal (ou seja, de seu bem-estar) – mas, ao agirem desta forma, acabam, guiados por uma “mão invisível”, fazendo o bem que não era parte de suas intenções. “Buscando seus próprios interesses, promovem mais bem-estar social do que quando realmente têm a intenção de fazê-lo”.

A força dessas idéias serviu de justificativa científica e ética para o desenvolvimento do sistema econômico capitalista então emergente na época, relegando ao Estado no século XIX o papel de mero garante das regras necessárias para o bom funcionamento do mercado: proteger a propriedade privada, o respeito aos contratos e evitar que o voluntarismo estatal impedisse a sociedade de alcançar os benefícios da interação de seus membros no regime de livre mercado. A idéia motriz da ordem econômica liberal é que a alocação de recursos na economia será tão mais maximizadora de bem-estar social quanto menor for a intervenção do Estado no domínio econômico.

Como visto anteriormente, o início do século XX traz acontecimentos importantes que obrigam o Estado a assumir outra postura em relação à economia. Especialmente a recessão mundial que se seguiu à quebra da bolsa de New York em 1929 exigiu do Estado a tarefa de reimpulsionar a máquina econômica paralisada. A fundamentação teórica desse novo papel do Estado é feita por Keynes, que publica, em 1936, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*. Sem negar a importância da economia de mercado, Keynes demonstrou que ao estado incumbia, por meio do aumento de gastos públicos e estímulo aos investimentos privados, romper com equilíbrios de estagnação para viabilizar o pleno emprego.

Nesse contexto, o presidente americano Franklin Delano Roosevelt propõe um “novo pacto” social (*New Deal*), com uma série de políticas públicas voltadas para instrumentalizar a maior intervenção do Estado no domínio econômico com vistas a recuperar a economia norte-americana, bem como resgatar os prejudicados pela “Grande Depressão”. Nesse contexto, foram criadas nos Estados Unidos dezenas de agências federais, as “*alphabet agencies*”: SEC (Securities and Exchange Commission), FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), CCC (Civilian Conservation Corps), AAA (Agricultural Adjustment Administration), PWA (Public Works Administration), CWA (Civil Works Administration), SSB (Social Security Board), WPA (Works Progress Administration) e NLRB (National Labor Relations Board) etc..

No Brasil, o modelo de intervencionismo estatal foi implementado pelo Estado Novo no governo de Getúlio Vargas, durante o qual foram criadas, dentre outros, a Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS, com o monopólio sobre a exploração do petróleo,

a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE, o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB, o Instituto Brasileiro do Café – IBC, o seguro agrário, o Banco do Nordeste, a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE⁸².

Se na ordem econômica liberal o estado representava papel secundário, na ordem econômica do estado social passa a ser protagonista na promoção do desenvolvimento econômico e social. Assim, os economistas de matriz keynesiana passaram a estudar o papel do Estado na alocação de bens públicos, introduzindo na análise econômica a “*função de bem-estar social*”, que explicaria e mediria as consequências sociais das intervenções estatais na economia, permitindo a um planejador governamental incorporar à sua função objetivo a visão de um “economista ético” como forma de obter um máximo de bem-estar social.

Nos estudos dos expoentes da economia do bem-estar, como BERGSON (1938) e SAMUELSON (1947), preocupados com o cálculo da “política pública ótima”, era pressuposta uma visão “perfeita” (ou “divina”) do estado e de seus agentes, por serem *oniscientes, onipotentes e benevolentes*, ou seja, (i) possuem toda a informação relevante para a maximização da função do bem-estar social; (ii) dispõe de todos os meios necessários para alcançar seus objetivos e (iii) sempre os empregará na busca do melhor resultado social.

De 1930 a 1960, o direito público é marcado por certo otimismo a respeito da possibilidade de as instituições serem desenhadas de tal modo que, neutralizando as distorções causadas pela ação de grupos de interesse, manteriam preservada sua capacidade de desenvolver políticas públicas de acordo com o “interesse público” (MERRIL, 1997:960). Para os acadêmicos expoentes dessa fase, como LANDIS (1938)⁸³, TRUMAN (1951), LATHAM (1952) e DAHL (1961), o embate democrático dos diversos grupos de

⁸² Com nome de batismo “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”, a autoridade antitruste brasileira foi criada pelo Decreto-lei 7.777/45 praticamente natimorto. A Lei Malaia (assim alcunhada por causa do apelido do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães) sofreu forte oposição do empresário Assis Chateaubriand, que nela via uma ameaça do Estado Novo à expansão do conglomerado de seu “Diário Associados”, e por isso foi revogada no mesmo ano pelo Decreto 8.167/45 de José Linhares, provisoriamente exercendo a presidência do Brasil após a deposição de Getúlio Vargas. Somente em 1962, promulgada a Lei 4.137, de autoria do deputado Paulo Magalhães (filho de Agamenon Magalhães), renasce o órgão antitruste, agora com o nome de Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁸³ Sobre a obra James Landis, vide KOCH (1996) e McCRAW (1984).

interesse na esfera política produziria um resultado muito próximo ao “interesse público”. Mas para que esse resultado não fosse distorcido no momento da implementação do comando de política pública, bastaria insular o corpo técnico de órgãos administrativos especializados da influência política, através de garantias institucionais de independência. A desconfiança, nessa época, era especialmente a respeito da ação dos grupos de interesse minoritários, cuja ação poderia desviar o resultado da ação estatal de políticas majoritárias (e, por isso, pensava-se, mais aderente ao “interesse público”). Segundo RUBIN (1986), essa fase é marcada por grande deferência judicial às decisões dos órgãos administrativos.

No campo da regulação econômica, essas idéias tiveram repercussão na chamada “escola do interesse público” sobre regulação. Segundo essa concepção, explica MATTOS (2004:147)⁸⁴, “a regulação econômica, através da ação estatal, é justificada na medida em que tais agências são órgãos administrativos compostos por um corpo de tecnocratas especializados que têm a função de regular mercados visando corrigir suas falhas em nome do interesse público. Aqui a idéia de independência decisória está centrada na concepção de que a regulação de mercados deveria ser realizada por *experts* e de forma apolítica. Nessa concepção, a política pública é formulada pelo Congresso eleito, ao editar leis, e pelo presidente eleito, ao executar leis. Assim, os conselheiros que compõe as agências reguladoras independentes apenas formulariam normas técnicas e decidiriam segundo juízos técnicos balizados pela lógica econômica de correção de falhas de mercado. Essa seria, então, a principal justificativa para a intervenção do Estado na economia (correção de falhas de mercado), legitimada pelo princípio normativo de que tal intervenção visa garantir fins coletivos. O controle da atuação das agências reguladoras é realizado pelo terceiro poder, o Poder Judiciário, que tem a função de aplicar tal princípio normativo, revendo as normas editadas e as decisões tomadas pelas agências. O Judiciário exerce assim o controle do conteúdo da regulação econômica segundo juízos de valor balizados pelo princípio regulador de realização do interesse público. Dessa forma, é o juiz, enquanto intérprete autêntico da norma, que define, dentro do sistema jurídico, o que constitui o interesse público (como fundamento e objetivo a ser alcançado) em matéria de regulação econômica. Porém, aqui o juiz também é concebido como um técnico apolítico. Sua função limita-se a interpretar a norma técnica editada pela agência administrativa segundo as

⁸⁴ Embora o autor esteja no excerto se referindo às “agências reguladoras”, suas observações se aplicam a todos os tipos de “órgãos administrativos”.

escolhas políticas realizadas previamente pelo Congresso eleito, ao editar leis. Trata-se de um controle dos fins previstos em lei, considerando o conteúdo da norma a ser editada pelo órgão regulador, dos meios previstos para atingir tais fins, além do controle no que se refere à adequação formal dos procedimentos adotados para edição da norma. Portanto, segundo a teoria do interesse público, o momento da política está centrado no processo eleitoral, e as escolhas políticas são feitas pelo Congresso eleito e pelo presidente eleito. A formulação de políticas públicas é realizada pelo Congresso, enquanto órgão colegiado que vota leis, democraticamente legitimadas pelo processo eleitoral. E o presidente eleito executa tais leis, com certo grau de discricionariedade para fazer escolhas sobre políticas públicas, também democraticamente legitimadas pelo processo eleitoral. O controle de tais escolhas é realizado pelo Poder Judiciário ao verificar se as leis editadas pelo Congresso ferem a ordem constitucional estabelecida, bem como se a burocracia estatal está regulamentando tais leis e executando as políticas públicas segundo a norma. Porém, para a teoria do interesse público, esse momento de controle jurisdicional já não seria mais político. Seria regulado de forma asséptica no Estado de direito (*rule of law*) segundo a interpretação do juiz (supostamente insulado da política)”.

O período que medeia as décadas de 60 e 80 é marcado pela disseminação, nas academias americanas, de um profundo pessimismo a respeito da possibilidade de se colocarem as instituições acima da ação dos grupos de interesse, de tal modo que seu funcionamento mantenha-se orientado única e exclusivamente para o “interesse público”. É o período de florescência da chamada Escola da *Public Choice*, cujos teóricos, a começar por DOWNS (1962), passaram a contestar as premissas dos economistas do bem-estar, segundo as quais o estado é uma instituição *onisciente* e *benevolente*, que determina impostos, subsídios e quantidades com o objetivo sempre de obter a alocação ótimo-paretiana de recursos na economia (MENDONÇA&ARAUJO, 2003:12).

A Escola da *Public Choice* propunha-se a estudar não a forma com que os agentes públicos deveriam decidir, mas como efetivamente decidem. Sua matéria era, portanto, a mesma das ciências sociais: teoria do estado, regras de votação, comportamento dos eleitores, partidos políticos, burocracia etc. Entretanto, a Escola da *Public Choice* adotava como ferramenta de análise do comportamento desses agentes públicos os mesmos

pressupostos metodológicos da economia clássica, ou seja, a *escolha racional* e o *individualismo metodológico*.

A base de todas as formas da *teoria da escolha racional* é a suposição de que os fenômenos sociais complexos podem ser explicados em termos das ações dos indivíduos que os compõe (SCOTT, 2000:3). Este ponto de vista, chamado *individualismo metodológico*, afirma que “a unidade elementar da vida social é a ação humana individual. Explicar as instituições sociais e a transformação social é mostrar como elas decorrem da ação e interação dos indivíduos que a compõem” (ELSTER, 1989:13). Os teóricos da *escolha racional* argumentam que os mesmos princípios gerais usados pela teoria econômica para explicar o comportamento dos agentes no mercado também podem úteis para se compreender outras escolhas individuais envolvendo recursos tais como tempo, informações, aprovação e prestígio. Os indivíduos racionais buscam escolher a alternativa que lhes trará maior satisfação (HEATH, 1976:3; CARLING, 1992:27; COLEMAN, 1973). Assim, os políticos podem ser vistos como agentes maximizadores de satisfação, renda, prestígio e poder que lhe proporciona o aparato do Estado. Os eleitores veriam as eleições como forma de selecionar o governo com maior probabilidade de lhe beneficiar. Os burocratas – funcionários públicos estáveis – buscariam nas suas ações maximizar de competências ou salários e minimizar trabalho.

Para essa linha de pesquisa, a produção do conhecimento científico é um processo social que pode ser analisado a partir dos instrumentos conceituais derivados da ciência econômica. WILLIAMSON (1993:455), um dos pais fundadores da Nova Economia Institucional, faz uma avaliação bastante imodesta da metodologia econômica (*escolha racional* e *individualismo metodológico*) para analisar e interpretar o comportamento humano em toda interação que dependa de escolhas, não apenas no mercado. Para ele, “em comparação com as outras ciências sociais, a abordagem econômica a respeito do funcionamento das organizações econômicas da organização econômica é decididamente mais calculista. [...] Aplicações da análise econômica e do raciocínio econômico para as ciências sociais contíguas à economia - principalmente o direito, ciência política e sociologia - têm aumentado consideravelmente [a partir da década de 60]. [...] O casamento da economia e da ciência política também passou por uma transformação significativa. Essas transformações decorrem do trabalho de Keneth Arrow sobre as

escolhas sociais, o tratamento dado por Anthony Downs a sua uma teoria econômica da democracia, a lógica de Mancur Olson para as ações coletivas e os trabalhos de James Buchanan e Gordon Tullock sobre as constituições. Como uma simples consulta nos volumes mais recentes do Journal of Law, Economics and Organization deixa claro, o uso do raciocínio econômico para analisar a política e as instituições políticas se generalizou e, para algumas questões, se tornou até mesmo essencial”.

Assim como a regulação econômica cria uma moldura de incentivos para que os agentes econômicos, buscando a maximização de seus interesses pessoais, atinjam os mesmos benefícios sociais que seriam obtidos se estivessem em um ambiente de concorrência perfeita (prejudicados pelas falhas de mercado), as instituições (como órgãos governamentais) também poderiam ser moduladas de forma a criar incentivos a que seus agentes, embora buscando a maximização de seus interesses pessoais, beneficiassem o interesse público. Os bônus por desempenho e cumprimento de metas criam os incentivos para o diretor de uma grande sociedade anônima, cujo capital social é totalmente pulverizado, agir na condução dos negócios sociais em benefício dos acionistas e não próprio. A regra das eleições diretas, ao obrigar o agente público a buscar a maximização de votos (e, portanto, os benefícios que o cargo público lhe traz), cria o incentivo para que atue da forma a que traga o maior benefício ao maior número de eleitores⁸⁵.

Na década de 1970, o Estado de Bem-estar social entra em crise. O excesso de despesas públicas com a manutenção dos programas de assistência social, em especial previdenciária, a falta de recursos para investimentos no setor produtivo e a ineficiência gerada pelo excesso de intervenção direta do Estado na economia são apontados por acadêmicos das Escola de Chicago e Virgínia⁸⁶ como causas da estagnação econômica após o choque do petróleo em 73. Eles propunham a reabilitação da idéia-força de que o governo é inerentemente ineficiente como agente para atingir os objetivos que podem ser satisfeitos por meio de trocas privadas. A intervenção direta do Estado na economia,

⁸⁵ Evidente e infelizmente, o dia à dia da política nacional mostra que isso nem sempre ocorre. A hipótese citada é, obviamente, simplificadora da realidade e serve apenas para demonstrar o papel que a moldura de incentivos institucionais tem para fazer com que os agentes públicos atuem em benefício do interesse público. As regras do processo eleitoral são ressaltadas, na medida em que a forma com que os representantes forem escolhidos determinará mais ou menos a aderência de suas ações com o interesse público

⁸⁶ DEMSETZ (1968); STIGLER (1971); POSNER (1974); NOLL & JOSKOW (1981); BECKER (1983); KEELER (1984); ROSE-ACKERMAN (1988); PRIEST (1993) e PELTZMAN (1989).

através de empresas públicas ou da definição das variáveis quantidade/preço, além de gerar ineficiências econômicas, desestimulariam o investimento da poupança privada. Ao invés de atuar diretamente na economia, onde é ineficiente, ao Estado deveria caber a função de estimular o investimento privado criando, através de instrumentos regulatórios, a moldura de incentivos necessária para que o mercado pudesse propiciar os benefícios imaginados pela teoria econômica clássica.

Os estudos das Escolas de Chicago e Virgínia ofereceram o substrato acadêmico às políticas dos governos Margareth Thatcher e Ronald Reagan no início da década de 1980, que implementaram políticas de liberalização da economia: redução da carga tributária, diminuição dos gastos “sociais”, incentivo ao investimento da poupança privada, abertura dos mercados para comércio internacional e retirada do Estado da atuação direta na economia, mediante a privatização das empresas públicas. A força dessas idéias influenciou as políticas econômicas dos demais países. Em 1995, o governo Fernando Henrique Cardoso divulga o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). A crise do Estado é definida como “(1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática. [...] Nessa nova perspectiva, busca-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura” (MARE, 1995).

A partir desse diagnóstico, foram implementadas as seguintes políticas: (i) redução da participação direta do Estado no domínio econômico (privatização das empresas estatais), (ii) controle da inflação segundo política monetarista, (iii) contenção dos gastos públicos (responsabilidade fiscal”), e (iv) maior abertura do mercado para o comércio internacional e (v) reconfiguração da regulação setorial de mercados de especial interesse, com a criação das agências reguladoras: energia elétrica (ANEEL, Lei 9.427/1996),

telecomunicações (ANATEL, Lei 9.472/1997), gás e petróleo (ANP, Lei 9.478/1997), vigilância sanitária (ANVISA, Lei 9.782/1999), saúde suplementar (ANS, Lei 9.961/2000), transportes terrestres e aquaviários (ANTT e ANTAQ, Lei 10.233/2001).

Assim, o objetivo era diminuir a participação direta do Estado na economia e fortalecer o papel do Estado de indução, através da *regulação*.

A fundamentação teórica sobre a criação das agências reguladoras tem inspiração nos estudos da *Public Choice*. A experiência demonstrou que os agentes políticos, maximizadores de votos, não tinham incentivos adequados para tomar decisões que atendessem ao interesse público, quando impopulares no curto prazo. A fixação de tarifa de serviços públicos é exemplo banal. O agente político, para maximizar votos para a próxima eleição, tem o incentivo de fixar as tarifas de serviços públicos abaixo do montante necessário para remunerar a expansão da infraestrutura e, assim, ampliar o número de pessoas atendidas pelo serviço. Ocorre que, entre a insatisfação daqueles que já têm acesso ao serviço público e os que não têm, os primeiros com interesses bem titulados e os segundos, difusamente dispersos na sociedade (muitas vezes sem mesmo saber que aquela decisão lhe afeta), o agente político tende a ser mais favorável os primeiros. Explica-se: se o preço da tarifa aumenta, os proprietários de linhas reclamam, fazem protestos, “ameaçam” o político com seus votos; os não-proprietários não percebem o problema das tarifas como seu (afinal, não pagam conta de telefone no final do mês). Todavia, a sub-precificação impede que haja recursos para a expansão das redes de telefonia, o que no longo prazo exclui uma parcela da população do acesso aos serviços de telefonia.

Assim, por traz da idéia de criação das agências reguladoras estaria o objetivo de estabelecer uma moldura de incentivos para que os agentes públicos tomassem a decisão da forma mais técnica e favorável ao interesse público, alinhando os incentivos pessoais dos agentes com os da sociedade, no longo prazo. Os mandatos garantiriam a independência necessária para que decisões impopulares no curto prazo, porém importantes para todo país no longo prazo, fossem tomadas. Ao aumentar a segurança das regras tarifárias, as agências favoreceriam a captação da poupança privada. A composição

por técnicos e especialistas, professores universitários, tornaria as decisões da agência mais aderentes à melhor técnica, porquanto o controle reputacional seria feito pela academia.

É claro que o modelo contém inúmeros problemas. A crítica mais contundente é a da *teoria da captura*, segundo a qual os grupos de interesse, depois de entenderem as regras do jogo, passam a exercer grande influência sobre a instituição, enviesando sua atuação. Isso pode ocorrer por diversas formas como, por exemplo, a existência de grande assimetria de informação entre o regulador e regulado (que torna aquele dependente deste), ou a promiscuidade entre os agentes públicos e privados, como o problema do *revolving door* (o elevado nível de especialização exigido tende a obrigar o gestor público ser selecionado dentre os profissionais que trabalham das empresas reguladas).

Conforme explica MATTOS (2004:169), “os economistas da Escola de Chicago e da Escola da Virgínia, em especial, inspirados pelos trabalhos de DOWNS (1957) e OLSON (1965), formularam, no final da década de 60 e ao longo da década de 70, no plano das *teorias da regulação econômica*, o que ficou conhecido como *teorias da captura* ou *teorias da escolha pública* (*public choice*). [...] O principal texto da Escola de Chicago que marca o debate norte-americano sobre regulação econômica por meio de *agências reguladoras independentes* é o ‘The Theory of Economic Regulation’ de George Stigler, de 1971. Neste texto, Stigler tem por base dois outros textos de teóricos de Chicago que serão fundamentais para o seu argumento, quais sejam, ‘Competition and Democracy’, de Gary Becker, e ‘Why Regulate Utilities?’, de Harold Demsetz. Neste último, Demsetz constrói o argumento contrário à justificativa, no plano da teoria econômica, de que a regulação de mercados – a intervenção do Estado sobre a economia – é necessária para a correção de falhas de mercado. Segundo Demsetz, a competição no livre mercado disciplina de forma mais eficiente a economia do que a regulação estatal. [...] O argumento de Demsetz, na parte que será aproveitada por Stigler, parte da proposição formulada por Gary Becker no texto “Competition and Democracy”. Para Becker, o processo político pode contaminar as *agências reguladoras independentes*, na medida em que grupos de interesse - congressistas e *lobbies* coordenados pelos grandes grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais – pressionam a burocracia estatal para obter vantagens competitivas no mercado econômico (grupos econômicos) e no mercado político (congressistas). Sem nos estendermos na análise dos pressupostos do argumento de

Becker, a conclusão formulada por ele aponta para a seguinte proposição: “se as falhas de governo forem maiores do que as falhas de mercado é melhor não regular”. Neste contexto, Stigler formula a teoria segundo a qual o conteúdo da regulação estabelecida pelas *agências reguladoras independentes* é fruto de um processo de oferta e demanda por regulação. Assim, uma vez que existem *agências reguladoras* e que a política não pode ser afastada da burocracia estatal, mesmo que esta seja composta apenas por tecnocratas com garantias de independência decisória, segundo Stigler, os agentes econômicos buscarão realizar seus interesses privados maximizando o seu bem-estar econômico por meio da obtenção de vantagens competitivas. Assim, para Stigler, o conteúdo da regulação econômica nasce capturado pelos grupos de interesse que venceram o processo de barganha por regulação. As *agências reguladoras independentes* não são, portanto, independentes. E os conselheiros que compõem as agências não são tecnocratas apolíticos. São, pelo contrário, membros de uma burocracia estatal inserida no jogo de relações políticas entre Congresso e Presidência da República e, em último grau, suscetíveis ao processo eleitoral que – em função dos mecanismos de financiamento das campanhas eleitorais – é fortemente influenciado pelos grupos econômicos que atuam no mercado. No texto ‘The Theory of Economic Regulation’, Stigler não chega, como afirma Becker, a dizer que não existe razão para regular mercados se as falhas de governo forem maiores do que as falhas de mercado. A importância do texto de Stigler está no questionamento que a sua teoria faz ao pressuposto normativo da teoria do interesse público de que as *agências reguladoras independentes* regulam visando o interesse público. Para Stigler, as agências regulam segundo interesses privados sob a justificativa formal de que o conteúdo da regulação adotada atende ao interesse da coletividade. Assim sendo, para Stigler não há que se falar em interesse público como fim da regulação econômica. A *teoria da captura* tal como foi formulada por Stigler deu início nos Estados Unidos a uma profunda revisão dos pressupostos das teorias clássicas de direito administrativo e constitucional. A justificativa racional, do ponto de vista normativo, para a intervenção do Estado na economia foi posta em questão. Contudo, a noção de interesse público enquanto princípio regulador da atividade da administração pública permaneceu intacta no plano da teoria constitucional. O que mudou foi a crença nos mecanismos de independência decisória, dando início a estudos e debates sobre o desenho institucional dos órgãos reguladores e procedimentos decisórios”.

Em razão do desencantamento a respeito do funcionamento dos órgãos públicos (executivo e legislativo), houve no período de 1960 a 1980 nos Estados Unidos, segundo SHAPIRO (1988) um aumento do ativismo judicial em direito administrativo, visando restringir a discricionariedade da Administração Pública e obrigá-la a ser mais responsiva aos interesses sociais. Ao mesmo tempo, o Congresso americano passou a editar normas mais detalhadas restringindo a discricionariedade da Administração Pública.

A partir de 1980, assistiu-se ao recrudescimento do pessimismo a respeito do papel dos grupos de interesse. Os novos expoentes da Escola da *Public Choice*, como MASHAW (1997), FARBER & FRICKEY (1991) e ELHAUGE (1991) passaram a ver com desconfiança não apenas a influência dos regulados sobre o regulador, objeto primeiro da teoria da captura, mas também o papel dos demais grupos de interesse, minoritários e majoritários, sobre todas as instituições públicas, indistintamente. “De acordo com esse pessimismo ainda mais generalizado a respeito do funcionamento das instituições democráticas, nenhum corpo político pode ser considerado capaz de atingir resultados segundo o interesse público. [...] Assim, “a Teoria da Public Choice sugere que o interesse público estará tanto melhor atendido quanto mais se transferir o poder de decisão para longe instituições políticas (executivo e legislativo). Os candidatos preferenciais para receber tal autoridade seriam o mercado e os tribunais” (MERRIL, 1997:961)^k.

O ceticismo a respeito da capacidade das instituições políticas (legislativo e executivo) atuarem no interesse público dividiu os acadêmicos a respeito da instituição para a qual deveria ser transferido o lócus de atuação das políticas públicas. Os acadêmicos de esquerda, como SUSTEIN (1985), defenderam um maior ativismo do Judiciário, através da implementação de interpretações constitucionais que ensejariam formulação de políticas públicas e sociais. Os acadêmicos de direita, por seu turno, como EPSTEIN (1985), MACEY (1986) e EASTERBROOK (1983), advogaram maior deferência ao mercado.

A obra de KOMESAR (1994) aflui dessa tradição de pesquisa acadêmica. Todavia, segundo MERRIL (1997), pode ser precursora de uma nova fase na tradição da *Public Choice*, mais radical em seus pressupostos (nenhuma instituição é perfeita, todas são

sujeitas à influência de grupos de interesses etc.) e, por isso mesmo, menos preconceituosa a favor ou contra uma instituição de preferência⁸⁷.

KOMESAR (1994) estende para o mercado e o judiciário o ceticismo da Escola da Escolha Pública a respeito da capacidade das instituições atuarem de forma indene das distorções provocadas pela atuação dos grupos de interesse. Paradoxalmente, ao estender esse ceticismo para todas as três grandes instituições (mercado, judiciário e política), ele propõe uma teoria unificada um tanto otimista a respeito de funcionamento simultâneo dessas instituições. Para MERRIL (1997:964), “o livro de Komesar pode ser um marco na extensão da teoria”.

Conforme salienta MERRIL (1997:966), “manifestações favoráveis à análise comparativa institucional não são novas, como reconhece o próprio Komesar. Talvez o exemplo mais famoso seja o livro de Henry Hart e Albert Sacks, clássico do *underground* que, por coincidência, foi finalmente publicado no mesmo ano com o livro de Komesar (1994)⁸⁸. Mas, evidentemente, eles foram praticamente ignorados. Ninguém, depois de ler o livro Komesar, deve deixar de reconhecer que a questão relevante não é se uma instituição é falha, mas sim se outra instituição pode fazer melhor. E ninguém deve esperar que alguém pode simplesmente argumentar a favor de um objetivo social e, imediatamente, assumir que isso se traduz em ação por uma instituição particular. Por apenas essas razões, Komesar deveria ser leitura obrigatória para quem pretende se aventurar no mundo da análise jurídica normativa”¹.

4.4.3. O processo político

Pelo modelo centrado na participação, o processo político⁸⁹ é analisado segundo a “teoria política dos grupos de interesse” (*interest group theory of politics*). Conforme visto anteriormente, as premissas básicas da teoria são: (i) *individualismo metodológico* (as

⁸⁷ Não obstante, KOMESAR (1994:30) não esconde sua preferência pelo mercado como instituição. “Real world markets are often good institutional choices, not because they are costless or even nearly so. But rather because, although they are costly, markets are less imperfect and costly than their alternatives” (KOMESAR, 1994:30).

⁸⁸ O trabalho de HART & SACKS foi escrito na década de 1960 mas, por opção de seus autores, não havia sido publicado até 1994. Não obstante, a versão “não oficial” tornou-se pública e influenciou muitos trabalhos acadêmicos.

⁸⁹ Por processo político entendem-se aqui as instituições democráticas original e tradicionalmente encarregadas da definição das políticas públicas, ou seja, o legislativo e o executivo.

instituições sociais são explicadas pela ação e interação dos indivíduos que as compõem ou com quem se relacionam); e (ii) *escolha racional* (os indivíduos agem baseados em cálculos de custos e benefícios de todos os cursos de ações possíveis e suas consequências).

Disso decorre que os indivíduos buscarão participar no processo político segundo um cálculo de custo/benefício, com o objetivo de influenciar um resultado institucional favorável aos seus interesses. Dizer que a participação decorre de um cálculo de custo/benefício significa que esta somente ocorrerá se o *benefício esperado* compensar os *custos de participação*.

Os custos de participação geralmente estão associados à informação, acesso e organização. Os custos de informação são aqueles incorridos para se compreender o problema ou a questão a ser decidida, levantar dados que subsidiem seus argumentos, enfrentar matérias técnicas etc.. Os custos de acesso estão atrelados às barreiras à entrada (jurídicas, políticas e econômicas), ao cálculo da probabilidade de êxito etc.. Os custos de organização, por fim, são aqueles necessários à mobilização de uma classe ou grupo de pessoas, coordenação de seus membros, fiscalização e monitoramento etc..

Decorrência lógica dos pressupostos metodológicos da teoria política dos grupos de interesse acima apontados é a de que o resultado institucional depende, sobretudo, de quem participa no processo de decisão (*rule-making*). Aqueles indivíduos, ou grupo de indivíduos, que puderem participar, terão mais chances de fazer prevalecer seus pontos de vista e, portanto, de favorecer o resultado do processo em seu benefício.

Outro corolário é a idéia de que o desenho institucional, ao estabelecer incentivos ou desincentivos à ação dos indivíduos, determina se e de que modo os indivíduos participarão do processo decisório. A realização de consulta pública por uma agência reguladora, por exemplo, visa a abaixar o custo de acesso ao processo decisório, aumentando a participação.

Mesmo assim, diz-se que as empresas reguladas têm maior poder de influência sobre as agências reguladoras do que os consumidores, razão pela qual a regulação seria enviesada em seu favor. Essa maior influência decorreria, sobretudo, do fato de que a

relação custo/benefício da participação seria mais favorável às empresas do que aos consumidores.

Para participar de uma consulta pública a respeito de determinada norma regulatória, por exemplo, é preciso incorrer em diversos custos, associados ao levantamento de informações sobre a matéria técnica especializada e levantamento de dados (às vezes com a contratação de consultores, especialistas etc.). As empresas têm grande vantagem pelo fato de conhecerem o mercado, possuírem todos os dados e dominarem a matéria técnica. Além disso, é preciso arcar com os custos de se fazer presente no processo de decisão, não apenas nas audiências públicas, mas também nos gabinetes dos burocratas e assessores responsáveis pela decisão (passagens de avião, contratação de representantes legais etc.). Também nesse ponto as empresas têm enormes vantagens comparativas em relação aos consumidores, pois seu relacionamento cotidiano com as autoridades (que, aliás, foram ou serão prestadores de serviços para elas) favorece maior aproximação. Por fim, os custos de mobilização para apresentação de propostas coletivas é muito menor entre poucas empresas do que entre muitos consumidores⁹⁰.

Todos esses custos são incorridos como “investimento” que visam a benefícios, por meio de regulação favorável. Suponhamos, por exemplo, que a consulta pública fosse a respeito de qual índice de correção monetária deveria ser aplicado em determinado ano, um mais favorável às empresas ou outro mais favorável aos consumidores. Para cada uma das empresas individualmente consideradas, o retorno dessa regulação é enorme, pois impacta todo seu faturamento. Para cada um dos consumidores individualmente considerados, entretanto, o retorno da regulação é desprezível, pois se refere a uma alteração bastante marginal em apenas uma das inúmeras “contas” que têm de pagar ao final do mês.

Desta forma, embora muito mais numerosos que as empresas, os consumidores tenderiam a “perder a briga” para as empresas. Ainda que “ganho total da coletividade de consumidores” fosse muito superior ao “ganho total da coletividade de empresas”, a regulação estaria fadada a maximizar este em detrimento daquele, gerando resultados

⁹⁰ Outro problema é o de “free rider” (caroneiro): até um determinado da curva de benefícios, a inação do grupo pode decorrer de um jogo de resultado sub-ótimo: um espera que o outro aja para não ter de incorrer nos custos e se beneficiar da ação do outro.

agregados (ganhos dos consumidores + dos consumidores) sub-ótimos, em razão das condições institucionais que conformam a ação dos indivíduos no processo de decisão.

Benefícios individuais baixos e altos custos (de informação, de coordenação ou de ação política) desencorajam a atuação de grupos majoritários, ainda que o somatório dos benefícios seja superior à inação.

O exemplo não é meramente hipotético, mas foi testado e comprovado empiricamente por MATTOS (2004), ao analisar os dados de consultas públicas realizadas pela ANATEL de 1998 a 2003. Segundo apurou, 71,81% das sugestões apresentadas durante as consultas públicas e que foram efetivamente acolhidas pela agência reguladora tinham por objeto atender aos interesses das empresas reguladas, enquanto que menos de 22% atendiam aos interesses dos consumidores.

Para evitar esse tipo de distorção em favor da minoria, seria então melhor acabarmos com as agências reguladoras e restabelecemos o poder regulamentar ao chefe do poder executivo? Nesse caso, a ameaça dos consumidores com seus votos serviria para disciplinar a ação do regulador em favor da maioria. Como visto anteriormente, este viés pró-maioria foi apontado pelos teóricos da regulação como a principal causa da incapacidade dos órgãos públicos de promover um ambiente de negócios favorável ao investimento de longo prazo. Isso se deve, por exemplo, ao *risco regulatório de expropriação por oportunismo governamental*: depois de realizados investimentos privados, o governo teria o incentivo de sub-remunerar o investidor (por exemplo, aprovando um índice de reajuste da tarifa abaixo da inflação), para agradar a massa de consumidores-eleitores.

O medo da *tiranía maioria* esteve sempre presente nas discussões sobre a democracia, desde TOCQUEVILLE (1835) e MILL (1859), bem como nos discursos dos “pais fundadores” da nação americana (*Federalist Papers n.10*). Como garantir que a regra da maioria não seja usada para esmagar interesses legítimos das minorias? Já a desconfiança da influência da minoria surge na pauta dos trabalhos acadêmicos, sobretudo a partir da década de 60. Como garantir que o maior poder de participação das minorias organizadas não sobreponha seus interesses em detrimento das maiorias desmobilizadas?

A teoria política dos grupos de interesse desde então vem focando sua maior atenção nos problemas decorrentes da super-representação de minorias sobre o processo político, em detrimento de uma maioria dormente e inerte. Todavia, KOMESAR (1994) insiste que a acurácia da análise do comportamento dos grupos de interesse na política requer a consideração das “duas forças”: influência da maioria e influência da minoria. Um modelo de duas forças acresce à tradicional análise da teoria política dos grupos de interesse, focada no controle das distorções causadas pela minoria concentrada, a influência exercida pelas maiorias. Se a maioria é dormente, o modelo tradicional da teoria política dos grupos de interesse funciona bem. Quando existe uma maioria atuante, o resultado político pode ser mais balanceado.

Para KOMESAR (1994:84), “os sentidos do interesse público, entre os extremos das tiranias da maioria e da minoria, são resultados dessas forças compensatórias. Os resultados são gerados pela variação em um pequeno número de fatores: a distribuição dos impactos (custos e benefícios) e os custos de informação e organização”.⁹¹

O grau e a forma da participação no processo político, quer do grupo majoritário, quer do minoritário, depende em boa parte de certas características da distribuição dos benefícios, incluindo a *média*, a *variância* a *assimetria da distribuição dos benefícios dentro do grupo de interesse*.

A maioria tem mais influência por causa de sua superioridade numérica. Mas a minoria deriva sua influência da distribuição desigual dos benefícios no conjunto da sociedade, como visto no exemplo da consulta pública. Como adverte KOMESAR (1994:78), “não há como saber em que ponto as chances da maioria prevalecer se torna menor que a da minoria. Entretanto, é possível facilmente traçar um *continuum* de possibilidades em função das determinantes da participação institucional”^m.

Quanto maior o benefício *per capita* do grupo majoritário (ainda que menor do que o benefício *per capita* do grupo minoritário), maior a probabilidade de seus membros incorrerem nos custos envolvidos na ação política. Assim, por exemplo, temas como

⁹¹ Tradução livre para: “Public interests results, as well as the extremes of minority or majority tyranny, are the product of these countervailing forces. These results are generated by variation in a small set of factors – the distribution of stakes and the costs of information and organization” (KOMESAR, 1994:84).

benefícios previdenciários tendem a contar com maior participação da maioria, pressionando a decisão das instituições políticas (executivo e legislativo)⁹². Quanto menor o benefício per capita do grupo majoritário (ainda que no agregado seja superior ao benefício total do grupo minoritário), menor a probabilidade de que seus interesses se façam presentes no processo político. Por exemplo, temas como meio ambiente e defesa da concorrência (antitruste) tendem a ser tratados sem a participação da maioria.

Quanto maior a heterogeneidade da distribuição dos benefícios no grupo, maior a probabilidade de ação política do grupo, em razão da existência de subgrupos com alto benefício *per capita*. Isso se deve ao fato de que se pode formar no interior do grupo majoritário um subgrupo catalisador da participação da maioria (ainda que apenas com a ameaça de “despertar a maioria dormente”). É caso, por exemplo, nas discussões sobre meio ambiente, de sub-grupos diretamente afetados, como vítimas da construção de barragens.

O custo de informação está associado, sobretudo, à dificuldade de reconhecimento da existência do benefício. A prevalência dos interesses das minorias sobre as minorias se deve, em grande parte, ao fato de que aos indivíduos que compõem a maioria sequer compreendem se e de que forma a decisão impacta, positiva ou negativamente, a sua vida. Segundo pesquisa conduzida por MACERA & MONTEIRO (2009), por exemplo, 84% das medidas de defesa comercial concedidas pela autoridade antidumping brasileira beneficiaram indústrias altamente concentradas (três ou menos empresas). Esse dado pode ser explicado (dentre outras hipóteses possíveis⁹³) pelo fato de que a maioria dos consumidores que se prejudicam (pelo menos no curto prazo) com a concessão de defesa comercial (ao mitigar a contestabilidade do mercado via importações os preços tendem a subir) sequer compreende se e de que forma a decisão tomada em um gabinete na Esplanada dos Ministérios pode afetar seus interesses.

A complexidade (e, portanto, o custo de informação) varia com a matéria, a cultura, a educação, a cobertura da mídia etc..

⁹² No momento em que essas linhas estão sendo escritas, França e Inglaterra vivem onda de protestos contra a reforma da previdência anunciadas pelos respectivos governos. Vide *Protestos na França têm apoio de 69%, diz pesquisa*, publicado no jornal O Estado de São Paulo, edição de 22 de outubro de 2010.

⁹³ Como, por exemplo, que os mercados mais sujeitos ao dumping sejam os globalizados e, portanto, que requerem maior ganho de escala (por isso, menor número de agentes).

Os fatores que potencializam o poder dos grupos catalisadores de ativar a maioria dormente são as variáveis centrais do modelo: quanto maior o benefício *per capita* dos demais membros da maioria e quanto mais simples for a questão para ser entendida, maior a chance da maioria ser mobilizada. O sistema eleitoral é um mecanismo de coordenação da maioria que pode ser determinado pela ação de grupos catalisadores.

O grau de influência ou a capacidade de enviesar a política pública depende do objetivo social em questão. Por exemplo, “em algumas circunstâncias, a regra da maioria será antes preferida pelos liberais (welfaristas) que pelos igualitaristas (rawlsianos) (KOMESAR, 1994:80).

Do ponto de vista dos adeptos da eficiência econômica como objetivo social, por exemplo, há um viés quando uma minoria com alto interesse *per capita* prevalece sobre a maioria dormente e o resultado social agregado seja sub-ótimo. Mas, da mesma forma, do ponto de vista do objetivo da alocação de recursos, haveria um resultado indesejável quando o interesse da maioria prevaleça sendo menor do que o interesse da minoria (o que é menos provável).

O fato de que a escolha do objetivo social influencia a caracterização do viés majoritário ou do viés minoritário não torna menos importante a análise das duas forças. Pelo contrário, como ressaltado anteriormente, a transformação de políticas públicas em direito pressupõe também a escolha institucional. “Entender o comportamento institucional permanece essencial para uma análise normativa independentemente de qual objetivo social pretendido” (KOMESAR, 1994:80)ⁿ.

Para o escopo da análise institucional comparada, pouco importa a frequência ou severidade de uma distorção causada pelas influências majoritária ou minoritária, mas sim o quanto que uma determinada distorção pode ser corrigida por outra instituição. Para KOMESAR (1994:82), por exemplo, “a distorção em favor da maioria costuma frequentemente ser melhor endereçada pelo controle judicial do que as distorções em favor da minoria”^o.

Como vimos anteriormente, o debate a respeito da criação das agências reguladoras independentes decorreu justamente de um esforço de mitigar ou corrigir os efeitos das

distorções minoritárias e minoritárias através do desenho institucional do órgão tomador da decisão. Embora haja explicações baseadas no ‘interesse público’, como, por exemplo, a necessidade de se lidar com a complexidade da matéria técnica, o grande objetivo era eliminar o risco decorrentes da “influência da maioria”.

4.4.4. Processo de trocas (mercado)

O processo de trocas econômicas é conformado por uma estrutura de governança que disciplina o modo de participação de consumidores e fornecedores e influencia seus resultados. Em economias capitalistas, a propriedade privada, o *pacta sunt servanda* e a livre iniciativa, são os elementos básicos institucionais, a partir dos quais cada mercado é configurado em suas peculiaridades.

Da mesma forma que o processo político, o modo com que o processo de trocas (mercado) produzirá eficiência, equidade, justiça ou qualquer outro fim socialmente relevante é largamente determinado pela forma da participação (KOMESAR, 1994:99)^P.

No modelo clássico de mercado, uma vez assegurados os direitos de propriedade e o respeito aos contratos, a livre participação e interação entre consumidores e fornecedores promoveria a alocação eficiente de recursos, maximizando o bem-estar de todos. O “bem-estar”, assim como a felicidade, é uma experiência pessoal que não pode ser mensurada. Todavia, ao realizar uma troca, o indivíduo revela sua preferência pela nova alocação dos bens em relação à original, o que permite assumir que seu bem-estar depois da troca é maior que antes. Assim, o conjunto das trocas na sociedade promoveria o máximo de bem-estar possível, alocando os bens àqueles que lhes atribuem maior valor. Se o total de bens fosse fixo, o modelo poderia parar por aqui. Todavia, o fato de serem consumidos e a introdução de novos produtos exigem algum fator para determinar qual será o nível de produção. Esse critério é a concorrência. A disputa pelas oportunidades de trocas mais vantajosas incentivaria o fornecedor a reduzir o preço e aumentar a produção. Ao final do dia, o conjunto de fornecedores terá produzido a maior quantidade possível em função do menor preço a que o conjunto de consumidores esteja disposto a pagar.

O mercado, sabemos todos, não funciona assim no “mundo real”. As discrepâncias do modelo com a realidade são comumente referidas como *falhas de mercado* (embora a

falha seja do modelo, que idealiza um mercado “perfeito”⁹⁴. As falhas de mercado estão geralmente associadas a (i) *informação incompleta* (os agentes não dispõem de todas as informações necessárias para fazer as escolhas que maximizariam seu bem-estar); (ii) *externalidades* (efeitos perante terceiros alheios à transação não são levados em consideração no cálculo de custo e benefício da decisão de realizar a troca); (iii) *concorrência imperfeita* (monopólios naturais, oligopólios, poder de mercado etc.) e (iv) *custos de transação*⁹⁵ (racionalidade limitada⁹⁶, assimetria de informação⁹⁷, comportamento oportunístico⁹⁸, *moral hazard*⁹⁹, seleção adversa¹⁰⁰ e problemas de *free ride* em bens coletivos¹⁰¹).

⁹⁴ “The market is ‘failing’ only in the sense that it is failing to be perfect” (KOMESAR, 1994:103)

⁹⁵ Os custos de transação podem ser entendidos como o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar, e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com sua finalidade econômica (PONDÉ, 1993:3). A teoria dos custos de transação avança em relação à abordagem neoclássica do problema microeconômico, que pressupõe que o agente econômico tome suas decisões visando sempre à maximização de bem-estar, a partir da ponderação e conhecimento de todas as variáveis e opções do mercado, no sentido de reconhecer e enfrentar as dificuldades decorrentes das incertezas e complexidades do mundo econômico, de um lado, e a presença de *gaps* de informação, de outro, que conformam a tomada de decisão.

⁹⁶ Afirmar que os agentes econômicos têm racionalidade limitada significa dizer que são incapazes de conhecer todas as variáveis presentes e futuras que poderiam condicionar sua decisão. Enquanto o modelo neoclássico, por exemplo, assume que o consumidor irá comprar sempre o produto que maximize a relação entre a utilidade e preço, a teoria dos custos de transação reconhece que, em determinadas - e maioria - das situações o consumidor não tem a informação a respeito do produto que maximiza sua utilidade (como no caso dos bens credenciais, por exemplo, como remédios, em que a decisão de compra é dependente da decisão de outra pessoa - o médico - que detém a informação a respeito da utilidade do produto). Por outro lado, em razão da racionalidade limitada, o agente não tem como “presentificar” todas as situações futuras que podem alterar as condições contratuais, prevendo-as e adotando medidas corretivas. A existência de racionalidade limitada implica incapacidade de coletar e processar todas as informações necessárias à elaboração de contratos completos. Em relação ao momento da contratação, os custos podem ser ex ante (dificuldade de “presentificar” o futuro, ou seja, de prever e barganhar, logo no momento da contratação, todos os mecanismos de correção em face da incerteza e multifariedade de eventos econômicos que podem ocorrer durante sua execução) ou ex post (adaptação às novas circunstâncias).

⁹⁷ Assimetrias de informação ocorrem quando um dos agentes contratantes detém conhecimento a respeito de informações não disponíveis para o outro.

⁹⁸ O oportunismo pode ser definido como a busca do interesse próprio com malícia. Essa malícia pode decorrer da presença de assimetrias de informação, dando origem a problemas de risco moral (*moral hazard*) e seleção adversa. A ausência de oportunismo determinaria que as condutas dos agentes fossem consideradas confiáveis a partir da simples promessa, de que a distribuição de ganhos previstas nos contratos seriam respeitadas no futuro diante do surgimento de eventos inesperados.

⁹⁹ Na presença de assimetrias de informação, pode ocorrer do agente detentor da informação privilegiada não ter incentivo de se comportar de modo eficiente, participando da informação ao outro contratante. Essa situação de ausência de incentivos dá origem ao chamado risco moral, onde um participante se vale de falhas ou omissões contratuais para maximizar sua utilidade em prejuízo da outra parte. Nas situações sujeitas ao risco moral, uma das partes pode adotar atitudes que afetam a avaliação do valor do negócio por parte do outro agente envolvido, sem que este possa monitorar ou impor a execução perfeita de tais ações (por exemplo, casos em que o direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor não é corretamente assegurado, levando o consumidor a uma falsa representação da realidade ao decidir adquirir determinado produto).

Esses elementos determinam quem e como participa do processo de trocas, variável-chave do modelo de análise proposto por KOMESAR (1994). A presença de altos custos de transação, por exemplo, pode impedir que uma troca desejada pelas partes seja realizada, frustrando o incremento de bem-estar. Do mesmo modo, a existência de monopólio natural impede a entrada de novos ofertantes no mercado, sujeitando os consumidores a preços mais elevados e excluindo uma parcela dos consumidores de participar do mercado¹⁰². As falhas de mercado são, assim, fatores que determinam *limitações à capacidade institucional* do mercado de promover a alocação eficiente de recursos.

As imperfeições institucionais do mercado justificam, muitas vezes, sua substituição por uma alternativa institucional melhor preparada para lidar com a alocação de recursos. Assim, por exemplo, a existência de elevados custos de transação foi apontada por POSNER (1992), na análise do caso Boomer, como justificativa suficiente para a atuação do processo adjudicatório (judiciário). Mas, no mais das vezes, procuram-se corrigir as falhas de mercado por meio do processo político. É a justificativa para a regulação econômica. Assim, por exemplo, grandes assimetrias de informação entre consumidor e fornecedor (mercados de medicamentos e planos de saúde), monopólios naturais (mercado de saneamento básico) ou altas externalidades positivas (mercado de telecomunicações) reclamam uma “correção” pela regulação (atuação do processo político). Se a regulação é vista como antídoto para as “falhas de mercado”, as agências são apresentadas como antídoto para as “falhas de governo”.

Os economistas neoinstitucionais que estudam a teoria dos custos de transação estão focados em entender, explicar e prever as escolhas que se fazem dentro da instituição “mercado”. Na obra seminal do movimento da nova economia institucional, *The nature of*

¹⁰⁰ A seleção adversa ocorre em função do fato de alguns agentes econômicos deterem informação privada antes de se decidir pela realização de um contrato com outro agente, sendo que tal informação é do interesse desse agente (por exemplo, a decisão a respeito da necessidade de se submeter a determinado procedimento clínico, recomendado pelo médico).

¹⁰¹ Bem coletivo, aqui, significa aquele cujo consumo não reduz a disponibilidade da mercadoria para o consumo por outros e de cujo gozo ninguém pode ser excluído. Investimento em bens coletivos estão sempre sujeitos ao risco de comportamento oportunístico do tipo “free-ride” (aproveitamento do investimento de terceiros) que desincentiva o investimento.

¹⁰² O poder de mercado propiciado pelo monopólio (associados a outros fatores como barreiras à entrada, por exemplo) gera aumento de preços via redução da oferta. A redução da oferta significa que uma parcela da população deixará de poder consumir o produto, ou seja, de participar do mercado de consumo.

the firm, de COASE (1937), a questão fundamental é saber o que determina a decisão do empresário de produzir ele próprio um insumo essencial ao seu processo produtivo ou obtê-lo no mercado, através da participação no processo de trocas. Por que as montadoras fabricam o motor e terceirizam a fabricação de peças?

A teoria dos custos de transação, desenvolvida sobretudo por WILLIAMSON (2000) a partir dos insights iniciais de COASE (1937 e 1967), oferece importante subsídio para a compreensão da racionalidade econômica subjacente às práticas ou integrações que impliquem restrições verticais (ou seja, a introjeção de determinada etapa do processo produtivo na empresa ao invés de contratá-la fora no mercado). A integração vertical pode se justificar pela mitigação dos custos de transação, evitando os custos de coordenação via mercado da produção ou prestação de determinado bem ou serviço, na medida em que os provê por meio de coordenação interna às firmas.

Quanto menor a especificidade de ativos, menor a incerteza e menor a frequência das transações, menores são os custos associados à utilização do mercado como forma organizacional que coordena, as relações mercantis entre os agentes econômicos. Quanto maior for a especificidade dos ativos (ou seja, quanto maior for a rigidez de seus usos ou usuários possíveis), mais provável será a opção de internalização da transação dentro da firma (coordenação via hierarquia) ou através de redes (formas híbridas via contratos de longo prazo ou “relacionais”), ao invés do mercado como meio de coordenação.

Assim, bens ou serviços homogêneos, de baixo valor agregado, tecnologia madura, comercializado com frequência, em grandes quantidades com vários agentes do mercado, tendem a ter custos de transação baixos, em razão de não haver sérios problemas de racionalidade limitada e comportamento oportunístico. Por outro lado, produtos de alta especialização (ou seja, que apenas poucos agentes podem utilizar), geralmente associados a produtos de alta tecnologia e valor agregado, com comercialização restrita, tendem a justificar a produção internamente à empresa, facilitando a coordenação e evitando os custos que a contratação com terceiros, no mercado, gerariam, em termos de incerteza e possibilidade de comportamento oportunístico. Essas duas situações explicam, justamente, o exemplo da indústria automotiva, que produz internamente o motor dos automóveis que comercializa, mas não os pneus.

O “Teorema de Coase” afirma que “quando os custos de transação ou negociação forem nulos, os direitos de propriedade serão transferidos aos agentes que atribuam maior valor a eles”. Se os custos de transação forem nulos ou irrisórios, a alocação inicial de direitos efetuada pelo ordenamento jurídico não influirá sobre o resultado da disputa em torno das externalidades, pois os agentes afetados acabarão por encontrar uma solução e acabarão por resolvê-la, através de um processo de autocomposição, no sentido de distribuição mais eficiente dos recursos existentes na economia. Quando as partes podem negociar sem custos e com possibilidade de obter benefícios mútuos, o resultado das transações será eficiente, independentemente de como estejam especificados os direitos de propriedade.

Para Coase, o custo de informação é a variável mais importante do processo de decisão a determinar o comportamento institucional, razão pela qual é a principal ferramenta para análise do mercado segundo o modelo centrado na participação. Avançando em relação à Nova Economia Institucional, entretanto, o modelo centrado na participação tenta explicar as escolhas que são feitas entre o mercado e outras instituições (como judiciário e processo político). “As escolhas intra-mercado envolvem a questão de como a produção e a distribuição é ou deve ser organizada. Mas as escolhas institucionais presentes nas mais relevantes áreas do direito público e das políticas públicas, como antitruste ou trabalhista envolve a escolha de quem decide como a produção e a distribuição são ou deveriam ser” (KOMESAR, 1994:108).

“Assim, a dinâmica da participação no mercado em função das características dos benefícios e custos da participação (benefícios da transação e custos da transação) é semelhante à análise feita para descrever o processo político e se harmoniza com o padrão de falhas de mercado empregada por economistas. O paralelo com o processo político é particularmente importante porque nosso objetivo é a comparação institucional, não apenas a descrição do funcionamento do mercado” (KOMESAR, 1994:103)⁹.

Como visto, autores como POSNER (1992) consideram que a existência de falhas de mercado seria razão suficiente e necessária para justificar a intervenção do estado através de políticas públicas. Na abordagem proposta por KOMESAR (1992), entretanto, isso não é sempre verdadeiro, pois se está a tratar de análise institucional comparada. Os

mesmos fatores que impõem limitações ao funcionamento do mercado podem também limitar o funcionamento das demais instituições.

Dado que o modelo tem a pretensão de preservar sua capacidade explicativa independentemente do objetivo social visado (eficiência alocativa, igualdade de condições no ponto de partida etc.), a análise da participação no mercado também não deve se limitar à eficiência alocativa (que é o objetivo a que adere a corrente da Teoria dos Custos de Transação). Diferenças no “ponto de partida”, como preferem os adeptos de uma justiça igualitária do tipo rawlsiana, podem ser levadas em consideração. “Se os ricos ficam mais ricos ou apenas estão sendo recompensados no processo de trocas (mercado) depende dos parâmetros de participação no mercado [...]. Na medida em que benefícios *per capita* e os custos de participação no mercado variam de acordo com as características individuais como riqueza, renda, escolaridade, sexo, raça, e nascimento, a análise da participação proporciona importantes *insights* sobre o papel do processo de mercado na determinação do toda a gama de objetivos” (KOMESAR, 1994:104)^r.

“Vivemos em um mundo cujas transações são custosas. Vivemos em um mundo cujo processo político tem custos. A questão não é se os custos são baixos ou altos, mas sim de comparar os custos. A mensagem para os dois grupos [os amantes do mercado e detratores de mercado] é o mesmo: a realidade analítica reside na comparação institucional: custo baixo em relação a quê e custo alto em relação a quê alternativa” (KOMESAR, 1994:112)^s.

4.4.5. O Processo adjudicatório (judiciário)

O desempenho institucional do processo adjudicatório (judiciário), para efeitos comparativos com as demais instituições (processo político e processo de trocas), também pode ser reduzido ao mínimo denominador comum do modelo, que é a *participação*. Quem e de que modo participa do processo adjudicatório são determinados pela ponderação entre os *custos de participação* e a *forma de distribuição dos interesses ou benefícios*.

Conforme será visto mais detalhadamente adiante, as diferentes configurações da distribuição dos interesses na sociedade determina em grande parte a natureza da participação. A distribuição pode se *homogênea* (vários potenciais autores e/ou vários

potenciais réus), *heterogênea* (concentrados potenciais autores e/ou concentrados potenciais réus) ou *homogêneo com subgrupos concentrados*. Especiais consequências terá a *inversão da distribuição* (de homogênea para heterogênea).

Os *custos de participação* estão associados a diversos fatores, dentre os quais *custos de acesso* e *custos de informação*. Quanto maiores os custos, menor a *demand*a pelos serviços judiciários. Comparativamente com os demais processos, o adjudicatório é certamente a instituição mais restrita à participação, em razão aos elevados custos de participação.

Os *custos de acesso* ao processo adjudicatório (judiciário) tende a ser maiores que nas demais instituições, em razão dos seguintes fatores: (i) *formalidade* (a participação é mais *formal* e, portanto, restrita que nos demais processos); (ii) *restrição de oferta dos serviços judiciários* (o judiciário é uma instituição muito menor que as demais, com menos recursos e, principalmente, sem capacidade de expandir rapidamente a escala para atender à nova demanda)¹⁰³; (iii) *participação mediada* (o cidadão depende da contratação de um profissional que domine as técnicas de articulação da gramática jurídica para mediar sua relação com a instituição: o advogado. Disso derivam não apenas custos diretos, como honorários, cópias, deslocamentos etc., mas também os custos de transação da contratação

¹⁰³ A capacidade de uma instituição aumentar ou diminuir a oferta de serviços em resposta à demanda é fator determinante de seu processo de decisão e por isso afeta a escolha inter-institucional. As restrições sobre o processo adjudicatório são muito maiores que do mercado e no processo político. “In fact, it is the relative ease with which the market and political processes expand that creates the demands that strain physical capacity of the adjudicative process” (KOMESAR, 1994:142). A instituição judiciária não consegue responder, rapidamente, a choques de demanda, proporcionados, por exemplo, pelo aumento da atividade econômica (a contratação de novos juízes é demorada, pois depende de concursos públicos, e a ampliação dos tribunais depende de lei ou de emenda constitucional). Mas o descasamento entre oferta e demanda pelos serviços judiciários não acarretam “filas” na porta do fórum. O processo judiciário tem formas próprias para lidar com problema de excesso de demanda e falta de capacidade. Essas formas, todavia, afetarão invariavelmente a capacidade do processo adjudicatório comparativamente com as demais instituições. Em primeiro lugar, os tribunais podem diminuir o número de casos restringindo as chances de êxito. “The courts can reduce the number of requests that they review governmental activity by setting out standards that increase the deference given to the reviewed entity” (KOMESAR, 1994:147). Outro mecanismo conhecido de quem milita no foro – porém geralmente velado – é o rigor no controle de condições de procedibilidade (excessivo apego e rigor às questões processuais). Questão a ser investigada é se especial predileção da cultura jurídica brasileira por questões processuais decorre dessa necessidade de adequar demanda e oferta: consulta realizada em 11 de novembro de 2010 revela que dos 355.893 acórdãos disponibilizada à consulta pública na internet pelo Superior Tribunal de Justiça, 76.326 foram indexados com referência ao Código de Processo Civil, 14.437 aos Códigos Civis (1916 e 2002), 18.509 ao Código Penal e 18.580 ao Código Tributário Nacional.

de serviços advocatícios, como problemas de principal/agente¹⁰⁴); (iv) *restrições legais* (somente os habilitados pela lei têm a possibilidade de estar em juízo e de participar do processo¹⁰⁵); (v) *riscos* (associados aos ônus legais, políticos e econômicos da sucumbência); (vi) *custas e honorários* (legais e contratados); (vii) *morosidade* no processo decisório (tanto pela ineficiência da máquina judiciária como pelo inerente sistema recursal); etc..

Porém, a principal limitação do processo adjudicatório, do ponto de vista da participação, pode ser atribuída aos *custos de informação*. Em relação às demais instituições, o judiciário padece de maiores limitações para acessar informações relevantes à tomada de decisão, quer sobre os diversos interesses envolvidos, quer sobre as consequências da decisão. Isso decorre, sobretudo, das garantias institucionais que asseguram *independência e imparcialidade*, que torna o judiciário menos permeável à influência (e, portanto, à participação) dos grupos de interesses.

A *independência e a imparcialidade* dos juízes decorrem de diversos fatores, dentre os quais: (i) *forma de acesso à carreira*¹⁰⁶; (ii) *forma de progressão na carreira*¹⁰⁷; (iii)

¹⁰⁴ O dilema principal/agente é referido na literatura econômica como custo de transação decorrente das dificuldades de informação incompleta e assimetria de informação que dão margem ao comportamento oportunístico e “moral hazard” do representante (agente) em detrimento do representado (principal).

¹⁰⁵ A participação no processo depende das “condições da ação” (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido). Somente é considerada parte legítima aquela que participa da relação jurídica fundamental. Nas ações coletivas, entretanto, são restritos os legitimados a representar o interesse lesado em juízo. Segundo a jurisprudência dominante, o “interesse de agir” deve ser jurídico e não econômico. Isso limita sobremaneira a possibilidade de acesso ao judiciário de casos de mau funcionamento do mercado (por exemplo, na presença de externalidades negativas).

¹⁰⁶ No Brasil, o acesso à carreira da magistratura se dá por meio de concurso público de provas e títulos. Esse critério meritocrático de seleção favorece não apenas a escolha de juízes com sólida formação técnica, mas também e principalmente pessoas sem vinculação a grupos ou interesses políticos. O critério muda em relação à indicação de tribunais superiores (STF e STJ), onde o componente político se faz presente nas indicações pelo poder executivo, controladas pelo poder legislativo. Mesmo assim, regras legais e de tradição que restringem o universo de candidátaveis à indicação favorece um órgão menos comprometido com grupos de interesse articulados na sociedade.

¹⁰⁷ Os juízes ascendem na carreira pelos critérios de antiguidade e merecimento. Ainda que algum componente político se imiscua no critério de merecimento, este é sempre determinado endemicamente, ou seja, pelos próprios membros da carreira. Disso decorre maior vinculação e comprometimento com a corporação que com grupos de interesse.

*garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos*¹⁰⁸; (iv) *inercial processual*¹⁰⁹; (v) *altos salários*; etc..

Mas o mais importante fator de independência é (vi) *a forma com que as informações são trazidas aos juízes*. Embora os juízes não nasçam no dia do julgamento, as informações que podem ser consideradas no processo são aquelas apresentadas de acordo com determinadas regras e formalidades, em especial a dinâmica dialética do contraditório. Se de um lado o contraditório qualifica a informação que chega ao conhecimento do juiz pela contraposição dialética entre acusação e defesa, por outro subtrai do debate informações que, embora úteis para a compreensão da matéria a ser decidida, não se submete aos rigores das normas processuais. O rigor metodológico na colheita das informações também sujeita as partes a arcarem com custos de honorários de peritos nomeados pelo juiz. A falta de conhecimento especializado do juiz o torna refém das opiniões de *experts* cuja contratação é arcada pelas partes.

Independência e imparcialidade, dadas diferentes configurações de participações, podem levar a situações de vantagem ou desvantagem comparativa em relação aos demais processos. KOMESAR (1994:128) aponta que, do ponto de vista social, o maior o isolamento dos juízes das diversas pressões, proporcionado pela presença de todas as formalidades, constitui uma importante fonte de vantagem comparativa para o processo adjudicatório. A independência dos juízes oferece a oportunidade de moldar as decisões sociais sem algumas das influências e pressões que distorcem o resultado institucional das outras instituições. Todavia, os custos de acesso ao processo judicial, combinado com a distribuição dos custos e benefícios entre os interessados, podem manter afastados os tribunais de uma determinada questão social ou de grandes conjuntos de questões sociais.

Como visto no capítulo 2, essa a tônica da “crítica da capacidade institucional”, bem representada por VERISSIMO (2006:18), para quem as garantias institucionais do processo adjudicatório (como imparcialidade, inércia, decisão conforme os inputs das

¹⁰⁸ Referidas garantias asseguram ao juiz a possibilidade de decidir “segundo sua convicção”, sem recelar retaliações ou consequências políticas para si. Por outro lado, podem alienar completamente o juiz da multifariedade da responsabilidade perante interesses legítimos existentes no seio da sociedade.

¹⁰⁹ Pelo princípio da inércia judicial, a iniciativa da ação deve ser tomada pelas partes interessadas, não podendo o juiz definir sua agenda de atuação. A inércia processual e o imperativo da imparcialidade restringem a liberdade do juiz de iniciar casos e de produzir provas segundo sua exclusiva iniciativa.

partes, etc.) asseguram sua independência em relação a pressões de grupos e instituições, conferindo-lhe legitimidade para funcionar como contrapeso aos órgãos representativos do jogo político. Em suma, o judiciário seria um canal para que o interesse das minorias pudesse se fazer representar na formulação de políticas públicas. Em contrapartida, o autor reconhece que essas mesmas e exatas características são as que fazem do judiciário um “formulador errático de políticas públicas” e “um péssimo alocador de recursos” pois implicam “a incapacidade de pensar em termos de preferências, a incapacidade de lidar com a barganha em plano coletivo, a necessidade de transformar pontos de vista parciais em direitos que precisam ser ou não ser titulados por quem os afirma, em um jogo de tudo ou nada, a necessidade de adstrição ao caso concreto e correlativa impossibilidade de extrapolá-lo ou ampliá-lo de sorte a contemplar outras necessidades sociais e, enfim, a incapacidade de gerir a própria agenda e de determinar as próprias soluções”.

Por fim, a existência de um grande número de membros da classe aumenta os custos do litígio. A consideração é válida não apenas para o processo judicial americano, em que as ações coletivas dependem da coordenação das partes, mas também no brasileiro, pois mesmo que a ação tenha sido proposta por um dos legitimados à ação civil pública, o processo de habilitação (em que cada um dos lesados em danos individuais homogêneos tem de fazer prova do seu direito em relação à sentença coletiva) é custoso e pode se muito moroso.

O *tradeoff* entre independência e informação deve ser ponderado. O insulamento institucional proporcionado pelas garantias de independência e imparcialidade livra os juízes da complicada tarefa de lidar com informações a respeito dos desejos e necessidades da sociedade. No processo político, ao contrário, os agentes públicos devem entender as necessidades e desejos da sociedade, ou pelo menos de parte mais articulada da sociedade, para se manter no cargo ou ascender na carreira. “Esses interesses vinculam os agentes políticos à população, provendo-lhes mais e melhores informações a respeito de quais são suas necessidades e desejos, questão central e essencial para a formulação de qualquer política pública. O problema com toda essa informalidade [na obtenção de informações a respeito das necessidades e desejos da população] e interdependência [com grupos de interesse na sociedade] é que, sob condições erradas – particularmente no caso de distribuição heterogênea [com concentrados grupos minoritários de interesses] – esses

canais informais para apresentação ou revelação dos desejos pode carregar visões muito distorcidas da necessidade social [enviesada pela ação de grupos de interesse]”^t.

“Na realidade do mercado, oportunismo e racionalidade limitada permitem grande manipulação e ofuscação. Mas os tomadores de decisão no mercado são incentivados a vencer essa cortina de fumaça por seu interesse próprio, do qual o processo adjudicatório tenta insular os juízes” (KOMESAR, 1994:142)^u.

Como visto no capítulo 2, são comuns dois tipos de objeções à capacidade dos juízes e do processo adjudicatório para lidar com questões sociais de grande repercussão em que há muitos conflitos em jogo: (i) os juízes são generalistas e por isso tem limitações para compreender questões técnicas e provas em litígios envolvendo matérias complexas; e (ii) a natureza bipolar do processo adjudicatório (acusação/defesa) impede que se façam representar na sala de audiências outros interesses, forçando os juízes a “olhar a árvore e não a floresta”.

Essas características podem atuar positiva ou negativamente, a depender do caso e dos interesses em jogo. Por exemplo, o fato de serem generalistas torna os juízes, em comparação com uma agência reguladora, menos capacitados a acessar a matéria técnica (conhecimento especializado, dados, histórico do setor regulador etc.). Todavia, o mesmo fato de ser generalista torna o judiciário menos suscetível à captura de grupos de interesse minoritários¹¹⁰.

A criação de varas especializadas, se mitiga o déficit de conhecimento técnico sobre matérias complexas em relação às agências reguladoras, ao mesmo tempo diminui a vantagem comparativa do judiciário em relação a essas relativamente ao grau de independência (“não captura”). “O preço da imparcialidade é mais dramaticamente revelada naquele importante conjunto de questões sociais, onde o processo judicante não ouve nada - uma incapacidade significativa devida ao elevado custo de participação. Este equilíbrio entre informação e imparcialidade é um dos assuntos mais difíceis na escolha institucional ”(KOMESAR, 1994:142)^v. Em outras palavras, não se fazem representar na

¹¹⁰ Frequentemente nas discussões sobre a reforma do judiciário, surge o debate sobre a conveniência ou não da criação de varas e turmas especializadas. O dilema de fundo é justamente o *tradeoff* entre a mitigação dos custos associados à falta de formação técnica dos julgadores e o risco de sujeição dos mesmos à esfera de influência de grupos de interesse (como profissionais da área especializada).

sala de audiências do juiz todos os interesses que podem direta ou indiretamente serem afetados pela decisão.

Obviamente, na medida em que o benefício individual aumenta, maiores as chances de a questão vir a ser judicializada (pois maior a probabilidade de superarem os custos de acesso). Mas nem sempre na presença de altos interesses a questão é judicializada, pois outra instituição, o mercado, tende no mais das vezes a funcionar melhor. “Muitas vezes as partes evitam controvérsias que podem resultar em litígio buscando lidar com seus problemas por meio complexos contratos que detalham as contingências e estabelecem consequências. Mais frequentemente, partes com altos interesses que mantêm relacionamento contínuo procuram resolver desentendimentos imprevistos por meio de negociações informais ou meios informais de governança [por exemplo, arbitragem], sem sequer pensar no processo judicial” (KOMESAR, 1994:130)^w

Mas a forma com que o interesse é distribuído na sociedade também está direta e positivamente relacionada a quem e como participará do processo adjudicatório. A chance de inércia ou de não-judicialização aumenta na medida em que a dispersão aumenta. Casos envolvendo interesses de baixo valor e homogeneamente muito dispersos, simultaneamente do lado dos potenciais autores como réus, tendem a ficar fora da apreciação do judiciário. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque os custos de acesso ao processo adjudicatório não compensariam a iniciativa de autores individuais. Em segundo lugar, há um elevado risco de comportamentos oportunistas do tipo “free-ride” em bens coletivos (cada indivíduo espera a ação dos demais). Isso ocorre, por exemplo, em casos de poluição causada por esgotamento clandestino em rios e mananciais, em que vítimas e culpados são muito dispersos (caso do Guarapiranga¹¹¹). Nesses casos, “os custos do litígio judicial e de execução são tão elevados, os benefícios per capita tão diminutos e o free-riding em relação aos custos do processo tão endêmico que seria mesmo impossível sequer imaginar resolver

¹¹¹ Segundo SUZUKI, “a represa Guarapiranga é o manancial mais ameaçado da região metropolitana de São Paulo. Contudo, ela é responsável pelo abastecimento de 3,7 milhões de pessoas, as quais não vivem apenas em seu entorno, mas em outros bairros paulistanos mais distantes. O esgoto e a poluição difusa são as principais causas da poluição da Guarapiranga. De acordo com os resultados do Seminário Guarapiranga 2006, divulgados na última quarta-feira (21), a deficiência dos serviços de saneamento, sobretudo da rede de coleta, afastamento e tratamento do esgoto da população da bacia, é uma das principais responsáveis pelo quadro”.

problemas de bens coletivos por meio do processo adjudicatório” (KOMESAR, 1994:129)^x.

Mas mesmo quando os interesses são homogêneos e dispersos apenas em um lado (autor ou réu), os custos de participação, sobretudo custos de informação e coordenação, tendem a desincentivar a judicialização (KOMESAR, 1994:129). É o que acontece, por exemplo, em casos envolvendo relações de consumo, em que uma maioria de consumidores dispersa, lesada por alguma prática abusiva de um fornecedor, se mantém inerte, pois o custo individual da ação não compensa os custos de acionamento judicial.

A propensão à judicialização é maior quando a dispersão ocorrer entre os potenciais autores (vítimas) que entre os potenciais réus (culpados). “Quando há potenciais réus concentrados e potenciais réus dispersos, o mecanismo da ação coletiva pode ser empregada com mais eficácia para aumentar as chances de adjudicação” (KOMESAR, 1994:131)^y.

Outra situação favorável à judicialização pode ocorrer quando houver um sub-grupo dentro da maioria que, por ter interesses mais elevados, é capaz de catalisar a maioria ação coletiva. No processo antitruste, por exemplo, geralmente o interesse difuso à higidez da ordem econômica é defendido por consumidores ou concorrentes direta ou especialmente afetados pela prática anticompetitiva.

A distribuição heterogênea de interesses (minorias com altos e concentrados interesses) favorece a judicialização. A judicialização também é favorecida em casos em que há inversão da distribuição (de homogênea para heterogênea). Na política de prevenção de acidentes, por exemplo, o interesse é disperso na sociedade da forma de baixos interesses individuais. O “valor” do interesse para cada membro da sociedade é o valor do dano potencial multiplicado pela probabilidade de ocorrência do sinistro. Nesse caso, o interesse deixa de se fazer presente no processo político. No processo de trocas, ele é precificado no custo de contratos, porém não encontra solução para sinistros não-contratuais (exceto o próprio contrato de seguro). Todavia, quando ocorre o acidente, altera-se a situação original da distribuição, de homogêneo (todos os membros da sociedade) para heterogêneo (os lesados). O processo adjudicatório beneficia-se, assim, do

fato de ter uma perspectiva retrospectiva das ações privadas de danos em oposição ao foco prospectivo do processo político (em que o interesse é baixo) (KOMESAR, 1994:135).

Todavia, a vantagem comparativa do processo adjudicatório em caso de distribuição invertida (de homogênea para heterogênea) para proteção de minorias políticas através de perdas e danos pode ficar menos atrativa no contexto de questões substantivas de alta complexidade que restringem severamente a capacidade dos juízes de compreender todas as dimensões da questão, ou que requeira do Judiciário uma alocação desproporcional de seus escassos recursos humanos e materiais.

Uma forma mais sutil e qualificada de inversão da distribuição (de homogêneo para heterogêneo) ocorre em alguns tipos de julgamentos que questionam a validade das ações governamentais, como regulamentos ou atos administrativos. Quando estes atos administrativos atendem ao interesse da minoria, é pouco provável que sejam judicializados, pois os prejudicados são uma maioria dormente compostas por interesses baixos e homogêneos. Por exemplo, a autorização para construção de uma obra em área de preservação ambiental ou a aprovação de um ato de concentração raramente são contestados judicialmente. Entretanto, quando a mudança favorece a maioria, em detrimento dos interesses da minoria, a judicialização é provável. Nesse caso, opera-se uma alteração da distribuição (de homogênea para heterogênea) incentivando a atuação da minoria.

No caso de uma distribuição heterogênea, o processo político pode sofrer distorções severas de dois tipos: viés majoritário e o viés minoritário. “Quando a distribuição heterogênea produz distorção em favor da maioria, o resultado da ação pelo processo político converte a distribuição heterogênea em uma distribuição homogênea com alto interesse. O lado que vence no processo político não precisa reunir os recursos necessários para defender a constitucionalidade da legislação resultante. O estado passa a arcar com o ônus de defender a lei perante o judiciário. Quando a maioria dispersa vence o processo político em detrimento de uma minoria concentrada, o estado é confrontado com interesses concentrados; em decorrência, passa haver posições bem representadas em ambos os lados do processo adjudicatório. Com efeito, a vitória política converte a maioria dispersa em um único e concentrado ente – o governo que aprovou a lei – e, em consequência, transforma

uma distribuição heterogênea em uma distribuição homogênea altamente concentrada. A mesma conversão não ocorre, entretanto, quando o processo político sofrer a influência da minoria, já que os perdedores compõem a maioria dispersa. Nesse caso, a distribuição não se alterou. Quando os interesses já concentrados vencem o processo político, a distribuição resultante de interesses em face do processo judicial continua sendo mais heterogênea do que homogênea altamente concentrada. É menos provável que seja judicializada porque tem-se uma maioria dispersa de um lado” (KOMESAR, 1994:136)^z.

Dessa análise decorrem algumas implicações importantes. “O controle judicial da legislação pode servir como um meio de neutralizar ou tratar disfunções políticas, como viés majoritário e minoritário. A eficácia dessa fiscalização, no entanto, depende se a ação do governo vai ser ou não contestada no tribunal. Os tribunais não podem rever o que eles não vêem. [O modelo] sugere que vítimas concentradas e com alto interesse são mais propensas a litigar do que interesses dispersos e de baixo valor. Assim, grosso modo, se os tribunais oferecem proteção tanto para as majorias lesadas como para as minorias lesadas, é mais provável que estas procurem ativamente sua proteção. Nesta base, o viés majoritário é mais provável de ser corrigido por meio de revisão judicial do que a distorção em favor da minoria” (KOMESAR, 1994:137)^{aa}.

As conclusões acima são profundamente relacionadas com a análise do processo judicial americano, onde as *class actions* são ajuizadas pelo “representante adequado”, geralmente uma das vítimas, e o escritório de advocacia que lhe assiste. O Brasil, entretanto, possui um sistema diferente, pelo qual a iniciativa do processo coletivo é confiada, em primeiro lugar, ao Ministério Público. Será que essa peculiaridade afeta os resultados da análise supra?

A hipótese constitui-se, certamente, uma interessante pauta autônoma de pesquisa. Porém, *prima facie*, não há razões para duvidar que as mesmas críticas à capacidade institucional do judiciário não se possam opor também ao Ministério Público. O Ministério Público está sujeito praticamente às mesmas constrictões institucionais do judiciário, sobretudo no que tange à participação. Comparativamente ao judiciário, é verdade, o Ministério Público beneficia-se de alguma maior informalidade na obtenção das informações. Todavia, justamente por esse fato, está mais sujeito à influência de grupos

minoritários. No saldo, é possível que a atuação do Ministério Público não liberte o processo adjudicatório das limitações apontadas.

No sistema americano, os escritórios de advocacia são os principais promotores das ações coletivas. Não são, obviamente, movidos pela benemerência, mas sim pelo lucro que a iniciativa por trazer com honorários advocatícios (geralmente vultosos em grandes casos). Esse sistema desperta apoios e críticas. De um lado, tem a conveniência de alinhar o interesse privado do advogado com o da classe representada. De outro, é acusado de estimular uma excessiva beligerância. O fato do promotor de justiça não ter qualquer interesse pessoal na causa (não ganha bônus de produtividade ou honorários *ad exitum*) pode explicar a existência de um grande número de ações civis públicas “abandonadas”, que se arrastam tal qual almas no purgatório na falta de impulso autoral. O que se quer dizer ao cogitar a hipótese é que a participação do grupo de interesse será sempre determinante, quer atuando diretamente no judiciário, quer indiretamente via Ministério Público.

Para concluir, as limitações institucionais do processo adjudicatório, decorrentes das elevadas restrições à participação, geralmente fazem dos demais processos melhores alternativas institucionais. Mas nem sempre. Como visto, nas situações em que a distribuição é invertida (de homogêneo para heterogêneo), por exemplo, o processo adjudicatório tem significativas vantagens em relação aos demais processos (KOMESAR, 1994:136).

“A independência do judiciário, que costuma caracterizar o início e o fim das análises institucionais a respeito dos juízes, tem um preço elevado. Com o objetivo de promover independência e imparcialidade, bem como de mitigar males de um judiciário sem compromisso com o povo, uma série de regras, procedimentos e práticas aumentam tanto os custos de participação no processo judicante que muitas questões sociais importantes, embora tratadas de forma ruim em outros lugares, não serão judicializadas. As mesmas regras e procedimentos diminuem a capacidade técnica dos juízes em relação aos funcionários das agências especializadas e restringem o acesso dos tribunais a informações importantes. O judiciário, formal e hierarquizado, tem dificuldade em se expandir e as tensões resultantes da incapacidade de ampliar a “oferta de serviços judiciais” produz

mecanismos de racionamento bastante problemáticos em termos de comparativos com outras instituições” (KOMESAR, 1994:150)^{bb}.

5. Conclusão

No capítulo 1, vimos que as políticas públicas decorrem de escolhas a respeito de fins, meios e prioridades da ação estatal. A multifariedade de respostas possíveis para essas escolhas reflete natural dissenso existente no interior da sociedade. Esse dissenso, no limite, deita raízes em concepções diferentes e, por vezes, conflitantes de justiça.

Em um estado democrático, o sentido da ação estatal será a síntese dessas diferentes visões, como vetor resultante da interação comunicativa entre seus respectivos defensores e detratores. Em consequência, a capacidade desse processo em revelar com acurácia o interesse público depende fundamentalmente de quem e de que modo participa, apresentando e defendendo seus pontos de vista.

A positivação dos direitos econômicos e sociais ao longo do século XX, que caracteriza a emergência do Estado de Bem-Estar Social, rompeu com o monopólio do *processo político* (executivo e legislativo) como foro institucionalizado pelo qual essas discordâncias deveriam ser sistematicamente exploradas, mapeadas e sintetizadas. Na medida em que programas de ação governamental são positivados, elegendo fins socialmente desejáveis e subordinando-os à retórica dos direitos, todo arsenal institucional do direito liberal, dentre eles a dogmática jurídica e o primado da inafastabilidade da revisão judicial, passa a ser posto a serviço da efetivação desses novos compromissos (ou direitos). O processo adjudicatório torna-se, assim, um novo foro no qual se permitem aflorar os dissensos fundamentais a respeito do sentido da ação estatal.

Todavia, para desincumbir-se dessas novas funções e responsabilidades, os juízes foram abandonados aos seus próprios recursos, já que a dogmática jurídica não cumpriu sua promessa de oferecer respostas únicas e pré-definidas. Conforme se pretendeu demonstrar no capítulo 3, embora seja um importante fator na construção coletiva do interesse público, a dogmática jurídica no mais das vezes se presta a escamotear sob a retórica do direito escolhas sobre as variáveis de políticas públicas que os juízes efetivamente fazem, em substituição àquelas anteriormente realizadas pelos demais poderes.

Ademais, o judiciário manteve praticamente intacto o processo adjudicatório tal qual herdado do direito do estado liberal, formatado, sobretudo, para resolver conflitos bipolares, retrospectivos e retributivos. Parte importante da literatura a respeito do tema da judicialização da política, revista no capítulo 2, dedicou-se justamente à crítica da capacidade institucional, para identificar se e de que forma determinadas características do judiciário podem torná-lo mais ou menos preparado para lidar com políticas públicas, notadamente questões que envolvem direitos econômico e sociais, plurilaterais e distributivos.

Todavia, a crítica à capacidade institucional, centrada apenas nas limitações do judiciário, nos diz pouco a respeito de qual instituição deve fazer as escolhas sobre as variáveis fundamentais das políticas públicas. Isso porque as imperfeições do processo adjudicatório podem ser, a depender do caso concreto, menos limitadoras que as imperfeições das demais instituições candidatas a fazer as mesmas escolhas (notadamente o processo político e o processo de trocas pelo mercado). Por essa razão, é fundamental acrescentar à crítica à capacidade institucional do poder judiciário a crítica à capacidade das demais instituições, ou seja, realizar uma análise institucional comparada.

Esse postulado parte do pressuposto de que a forma com que as instituições são desenhadas, ou seja, as regras que governam seu funcionamento e seu processo de decisão, explica e determina grande parte dos seus resultados institucionais, mitigando idiosincrasias de seus membros e conferindo estabilidade. Assim sendo, havendo muitas combinações para as variáveis das políticas públicas, a escolha de quem escolhe pode vir a ser a escolha do que se escolhe.

Por essa razão, ao lado do debate a respeito dos fins da ação estatal (para o qual a dogmática jurídica muito contribui, embora de forma não exclusiva) deve o juiz ou o formulador de política pública levar em consideração também a análise institucional, para aferir, em cada caso concreto, qual instituição mais vocacionada a tomar a decisão mais aderente ao interesse público.

Para essa tarefa, e a serviço do argumento, foi apresentado o “modelo centrado na participação”, proposto nos trabalhos de Neil K. Komesar. Segundo referido modelo de análise, a principal variável diretamente correlacionada com o desempenho institucional é

a participação. Ou seja, quem e de que forma participa do processo decisório explica grande parte do desempenho das instituições. Por essa razão, o modelo sugere que a análise institucional comparada seja feita a partir deste “mínimo denominador comum”.

Quem participa e de que forma participa são determinados pelo cálculo de custo/benefício da participação. Conforme explicado no capítulo 4, essa equação leva em consideração, sobretudo, os custos de informação e a forma de distribuição dos benefícios na sociedade. Assim, por exemplo, interesses concentrados favorecem minorias beneficiadas em detrimento das maiorias dispersas com baixos interesses *per capita* e assim por diante.

Embora percorrendo tradições de pensamento diferentes, subjacente a grande parte da literatura revisada no capítulo 2 está a preocupação com o fator “participação” como elemento central dos argumentos prós e contras da maior atuação judicial na conformação das políticas públicas. Dirão uns, por exemplo, que a maior atuação do judiciário é desejável, pois favorece que minorias tradicionalmente excluídas do processo político se façam ouvir e participar do processo de formulação das políticas públicas. Outros, em contrapartida, apontarão as dificuldades de no processo adjudicatório participarem representantes de todos os interesses direta ou indiretamente afetados pela decisão judicial, para acusar o judiciário de enviesar as políticas públicas em favor de minorias mais afluentes no foro.

Em resumo, o presente trabalho pretendeu contribuir para o debate introduzindo duas críticas. A primeira, relativa à tradicional abordagem “dogmática/consequencialista”, voltou-se contra a crença disseminada nas escolas de direito e tribunais de que os fins e meios das políticas públicas estão previamente dados no ordenamento jurídico, bastando uma mais ou menos sofisticada técnica de interpretação para serem revelados. Sem dúvida, o discurso dogmático-jurídico, por sua racionalidade própria, contribui (de forma não exclusiva) para a construção coletiva do sentido da ação e dos fins do Estado. Todavia, a depender de qual instituição for encarregada de fazer, na prática, a escolha a respeito dos fins, meios e prioridades da ação estatal, haverá diferentes resultados. Em uma frase, a escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe.

Por essa razão, ao lado do debate a respeito dos fins da ação estatal, deve o juiz ou o formulador de política pública levar em consideração também a análise institucional. Essa formulação não deixa de ser o objeto central dos trabalhos recolhidos sob a designação “crítica da capacidade institucional”, para os quais determinadas características institucionais do judiciário limitam sua capacidade de lidar com questões coletivas. Entretanto, os trabalhos dessa abordagem centram o foco apenas e tão somente nas falhas institucionais do processo adjudicatório, sem compará-las com as falhas e limitações das demais instituições, em especial o processo político (executivo e legislativo) e o processo de trocas (mercado). Contra essa abordagem monoinstitucional é que se voltou a segunda crítica: sendo todas instituições imperfeitas, é imprescindível uma análise institucional comparada, que pondere as forças e fraquezas relativas de cada uma.

6. Bibliografia

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ACKERMAN, Bruce. *Neo-Federalism?* In ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.) *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*. Cambridge : Cambridge University Press, pp. 153, 1988.
- _____. *The new separation of powers*, Harvard Law Review (113), 2000.
- ADORNO, Sérgio *et al.*. *Dossiê judiciário*. Revista USP, 21: 12-151, 1994.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. In RDA, v. 217, Rio de Janeiro: RT, 1999.
- ALONSO, Hamilton Jr.. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALSTON, L. J.. *New institutional economics*. The New Palgrave Dictionary of Economics, 2nd Edition, 2008.
- AOKI, Masahiko. *Toward a Comparative Institutional Analysis*. Michigan: MIT Press, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. In Revista dos Tribunais, v. 786, p. 11, 2001.
- _____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. Novos Estudos Cebrap 54, 1999.
- ARAUJO, José Tavares de. *Antitruste e Protecionismo: A Experiência Brasileira Recente*. Breves Cindes n. 36, Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Integração e Desenvolvimento. Disponível em www.cindes.org.br, 2010.
- ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar Lisboa e LARA-REZENDE, André. *Credit interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos de Política Econômica, Casa das Garças, 2004.
- BADIN, Arthur *Judicialização do processo por infração contra a ordem econômica*, Anais do Seminário O Judiciário na defesa da concorrência, Associação dos Juízes Federais – AJUFE, 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2006, in Revista do IBRAC, v. 14, n. 3, 2007 (a).
- _____. *Balanço das Atividades da Procuradoria do CADE no biênio 2006/2007*, in Revista de Direito da Concorrência, v. 15, jul/set 2007, São Paulo: IOB/CADE, 2007 (b).
- _____. *Revisão judicial das decisões do CADE*, Anais do I Encontro da Advocacia Pública sobre Defesa da Concorrência e Regulação, in Revista de Direito da Concorrência, v. 16, São Paulo: CADE/IOB, 2008 (a).

_____. *O Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. In Revista de Direito do Consumidor, v. 67, p. 62-99, 2008 (b).

_____. *Palestra intitulada Proposta de agenda para o SNDC*, proferida no V Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Painel: Diagnósticos e desafios dos serviços regulados. Porto Alegre, 30 de outubro de 2008. Disponível em http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=42534&folderId=42611&name=DLFE-32461.pdf (consultado em 20 de novembro de 2010), 2008 (c).

_____. *Palestra intitulada A defesa da concorrência, do consumidor e das agências reguladoras*, no Curso Regulação e Defesa do Consumidor. Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, disponível em <http://www.idec.org.br/pdf/arthurbadin.pdf>, 1º de julho de 2009.

BADIN, Luiz Armando. *O direito fundamental à informação em face da segurança do estado e da sociedade*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007 (c).

BANCO MUNDIAL. *Como Revitalizar os Investimentos em Infra-Estrutura no Brasil: Políticas Públicas para uma Melhor Participação do Setor Privado*. Volume I: Relatório Principal. Documento Banco Mundial - Relatório n°. 36624-BR. Novembro, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v.240, p. 82-103, abril/junho 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar 1996.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista dos Tribunais, cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 23, p. 65-78, 1998.

_____. *Apointamentos sobre as agências reguladoras*, in MORAES, Alexandre (org). *Agências Reguladoras*, São Paulo: Atlas, p. 109, 2002.

_____. *Entrevista: judiciário não pode se sobrepor aos demais poderes*. Revista eletrônica CONJUR. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-out-30/judiciario-nao-sobrepor-aos-dema-is-poderes> (consultado em 20 de novembro de 2010), 30 de outubro de 2010.

BECKER, G. S.. *Competition and Democracy*. In Journal of Law and Economics 1 (October 1958), pp. 105-109, 1958.

_____. *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*. Quarterly Journal of Economics, vol. 98, p. 371-400, 1983.

BERTRAN, Maria Paula. *Análise econômica como critério orientador de decisão judicial: aplicações e limites. Estudo a partir do caso de revisão dos contratos de arrendamento mercantil com paridade cambial*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BORÓN, Atílio. *A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal: pós-neoliberalismo, as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BRAGA, Antonio Frederico Saturnino. *O Debate entre deontologismo e consequencialismo: uma proposta de esclarecimento a partir de Kant e Rawls*. Tese de doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade do Rio de Janeiro, 2007.
- BRASIL. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), 1995.
- BRECHT, Bertold. *A Vida de Galileu*. Trad. Roberto Schwarz. São Paulo: Abril Cultural, 1977.
- BRINIG, Margaret F.. *Through a Glass Darkly, a Review of Neil Komesar's Imperfect Alternatives*, Public Choice, 84, p. 190, 1995.
- BRUE, Stanley L.. *História do Pensamento Econômico*. Tradução da 6ª edição americana [tradução e Luciana Penteado Miquelino]. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2005.
- BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo: RT, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 16, p. 173, jul/set 1996.
- _____. *As Políticas e o direito administrativo*, Revista trimestral de direito público, v. 13, São Paulo: Malheiros Editores, p. 134-144, 1996.
- _____. (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *O conceito de política pública em direito*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 39, 2006.
- BUCHANAN, James M.; R.D. TOLLISON, R.D.; & TULLOCK, Gordon. *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*. College Station: Texas A&M University Press., 1980.
- _____. *Liberty, Market and the State*, NY: NYU Press, 1985
- CALMON, Eliana. *A Revisão Judicial dos Atos Administrativos de Órgãos Reguladores e de Defesa da Concorrência*. Palestra proferida, no dia 04 de abril de 2003, no Seminário sobre a Justiça, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.
- _____. *The Law-Making Power of the judge and limits: a comparative analysis*. Monash University Law Review, v. 8, n. 01, p. 14-67, 1981.
- _____. *Who Watches the Watchmen? In General Report 11th International Academy of Comparative Law*, Caracas, 1982.

CARDOSO de Oliveira, L.R., *Entre o justo e o solidário: os dilemas dos direitos da cidadania no Brasil e nos EUA*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 31: 67-81, 1996.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO, Cristiano. *Princípios e Consequências: A Teoria da Escolha Racional como critério de ponderação - introdução ao problema*. In *Tributação e Processo*, p. 141. São Paulo: Noeses. Disponível em www.iders.org (consultado em 20 de novembro de 2010), 2007.

CARVALHO, Ernani. *Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias [online], n.23, pp. 176-207, 2010.

CARVALHOSA, M.. *Controle externo do Poder judiciário*. Seminário sobre justiça, Associação dos Advogados, São Paulo, mimeo, 1993.

CASAGRANDE FILHO, Ary. *O estado regulador e controle judicial*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O congresso nacional e as delegações legislativas*. Rio: Forense, 1986.

CASTRO, Marcos Faro de., *Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos*. Cadernos de Ciência Política, v. 7, 1993.

_____. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*, in Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n. 34, disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm (consultado em 20 de novembro de 2010), 1997.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, v. 89, p. 1281, 1976.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2003.

COASE, Ronald, *The Nature of The Firm*. In *Economica*, pp. 386-495, 1937.

_____. *The Problem of Social Costs*. In *Journal of Law and Economics*, October 1960, pp. 1-44, 1960.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMMAGER, Henry Steele. *Majority rule and minority rights*, Oxford: Oxford University Press, 1944.

COMPARATO, Fabio Konder. *Indispensável direito econômico*, in *Revista dos Tribunais*, p. 14, 1964.

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Primeira Seção, ano 86, v. 737, p. 11-22, março 1977.

_____. *Novas funções judiciais no Estado moderno*. In *RT* n. 614, p. 22, 1986.

- _____. *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*. In: Direitos Humanos: visões contemporâneas, Associação Juízes para a Democracia, São Paulo, 2001.
- _____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- COOTER, Robert. *The strategic constitution*, Princeton, New Jersey.: Princeton University Press, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *A tutela coletiva e a proteção dos direitos fundamentais*. LTR, vol. 68, n. 7, p. 796, jul. 2004.
- COSTA JÚNIOR, Alvaro Pereira Sampaio. *Judiciário e política regulatória – um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Estudos Sociais aplicados da Universidade de Brasília, 2007.
- COSTA, A. C. & MELLO, J. M.. *Judicial risk and credit market performance: micro evidence from Brazilian payroll loans*. Working Paper 12252, National Bureau of Economics, 2006.
- CRAMTON, Roger C.. *A comment on trial-type hearings in nuclear power plant siting*. Virginia Law Review, vol. 58, n. 4, 1972.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo: Dialética, p. 78, 2001.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- DAHL, Robert & LINBLOM, Charles. *Politics, Economics and Welfare*. Chicago: Chicago University Press, 1953.
- DAHL, Robert A. *Decision-Making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Emory Law Journal, Emory University School of Law Gambrell Hall, Atlanta, Georgia 30322, v. 50, n. 2, p. 562-611, 2001.
- DAINTITH, Terence. *Contract and organisation: legal analysis in the light of economic and social theory*. New York: W. de Gruyter, 1986.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo. *Transformación económica y seguridad jurídica*. La Plata: Platense, 1994.
- DEMSETZ, Harold. *Towards a Theory of Property Rights*. American Economic Review, v. 57 (2): p. 347–359, 1967.
- _____. *Why Regulate Utilities?* in Journal of Law and Economics 11 (April 1968), pp. 55-65, 1968.
- _____. *Information and Efficiency: Another Viewpoint*. Journal of Law and Economics 12 (1): 1–22, 1969.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, terceirização e outras formas*, 3ª ed., São Paulo:Atlas, 1999.
- _____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998*, 2ª ED., São Paulo: Atlas, 2001.

- DIAS, Marco Antonio. *James Buchanan e a “política” na escolha pública*. In: Ponto-e-vírgula, vol. 6, pp. 201-217, 2009.
- DIVER, Colin S.. *The Judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions*. Virginia Law Review Annual Index, The Virginia law review association Charlottesville, Virginia, v. 65, p. 43-105, 1979.
- DOWNS, Antony. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper, 1957.
- DURAN-FERREIRA, Camila. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. Monografia vencedora do Concurso IPEA-CAIXA 2004.
- _____. *Direito e regulação econômica. O controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- EASTERBROOK, Frank. *Statutes’ Domains*. University of Chicago Law Review, vol. 50, p. 533, 1983.
- EGGERTSSON, T.. *Imperfect Institutions. Opportunities and Limits of Reform*. University of Michigan Press, 2005.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- EPISTEIN, Richard. *Takings: private property and the power of eminent domain*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D.. *The Supreme Court as a strategic national policymaker*. Emory Law Journal, Emory University School of Law Gambrell Hall, v. 50, n. 2, p. 583-611.
- ESKRIDGE JR., William N. *Pluralism and distrust: how courts can support democracy by lowering the stakes of politics*. In The Yale Law Journal, v. 114, p. 1328, 2005.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7ª Ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm), São Paulo:Forense, 2006.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Justiça social e justice legal: conflitos de propriedade no Recife*. In FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). *Conflito de direito de propriedade – invasões urbanas*. Rio: Forense, 1984.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Justiça e Conflito: Os Juízes Em Face dos Novos Movimentos Sociais*. RT, 1991.
- _____. *Declaração universal dos direitos humanos: um cinquentenário à luz da globalização econômica*. Revista CEJ, Brasília, v. 2, n. 6, p. 49-56, 1999.
- _____. *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____(org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FELDMAN, Jonathan. *Separation of powers and judicial review of positive rights claims: the role os state courts in na era of positive government*. Rutgers L.J. 24, p. 1057, 1993.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista USP, n. 21, março/abril/maio de 1994.

_____. *Discrecionalidade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*, in Revista do IBRAC, São Paulo, v. 4, n. 6, p 87, 1997.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta & VIEIRA, Fabiola Sulpino. *The Right to Health, Public Policies and Inequalities in Brazil: Equity as the Fundamental Principle*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1137872> (consultado em 20 de novembro de 2010), 2008.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *An insurance model for the justiciability of social and economic rights*, Tese de Doutorado, UCL Faculty of Laws, 2005.

_____. *Direito à saúde, escassez e o Judiciário*. Folha de São Paulo, p. A3, 10 de agosto de 2007.

_____. *Between Usurpation and Abdication? The Right to Health in the Courts of Brazil and South Africa*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1458299>, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 29, p.35-44, jun. 1988.

_____. *O Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. Revista de Direito Administrativo, v. 198: p. 1-17, 1994.

_____. *A Constituição de 1988 e a judicialização da política*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, vol.XII, pp. 189/197, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1, 1979.

_____. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FONTES, Felipe de Melo. *A legitimidade do poder judiciário para o controle das políticas públicas*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 18, 2009.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 470-485, 2005.

FRANCO, Gustavo. *O judiciário e a economia*. Revista Veja, ano 37, n. 35, p. 87, 1º de setembro de 2004.

_____. *Prefácio*. TIM, Luciano Benetti (org.). *Direito & Economia*. 2ª Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª Ed., São Paulo:Malheiros, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FÜLLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*. In *Harvard Law Review*, v. 92, p. 353, 1979.

FURUBOTN, Eirik G., and RICHTER, Rudolf. *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics (Economics, Cognition, and Society)*. University of Michigan Press, Ann Arbor, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos (direitos não nascem em árvores)*. Rio de Janeiro : Lumens Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *Theories of democracy, the judiciary and social rights*. In GARRELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar & ROUX, Theunis (eds.), *Courts and social transformation in new democracies*. Aldershot: Ashgate, 2006.

GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito*. Disponível em <http://revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/viewFile/11/12> (consultado em 20 de novembro de 2010), s/d.

GIOFFRÉ, Marcelo e MORANDO, Mario. *Economia y ordenamiento jurídico – El impacto de La juridicidad em los procesos económicos*. Buenos Aires:Ad-hoc, 1994.

GOLDBERG, Daniel Krepel. *Poder de compra e política antitruste*, São Paulo:Singular, 2006.

GOMES, Fabio Guedes. *A Nova Economia Institucional (NEI) e o (Sub) Desenvolvimento Econômico Brasileiro: Limites e Impossibilidades de Interpretação*. Disponível em <http://www.sep.org.br/artigo/ixcongresso10.pdf>, s/d.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 6ª Ed., São Paulo:Malheiros, 2005.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª Ed., São Paulo:Malheiros, 2006.

GRIFFITH, J. A. G. *The Politics of the Judiciary*, USA: Fontana Press, n. 3, p.15-163, 1985.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Direito processual coletivo*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*, São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 787-968, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9ª ed., 2007.

_____. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, in: *O processo – Estudos e Pareceres*, São Paulo: Editora DPJ, p. 36-57, 2ª ed., 2009.

GUARNIERI, C., *Magistratura e política: il caso italiano*. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, M, 1: 3-32, 1991.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos atos regulatórios*, Rio: Lumen Iuris, 2005.

GUIMARÃES, Denis Alves. *Condicionamentos jurídicos para a implementação de políticas públicas: relações institucionais, política de concorrência e política regulatória*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- HALL, Peter A. & Taylor, Rosemary C. R.. *As três versões do neo-institucionalismo*. Lua Nova, n. 58, p. 193, 2003.
- HARRISSON, Jeffrey L., *Law and economics in a nutshell*, St. Paul, MN: Thomson/West, 2003.
- HART, Henry & SACKS, Albert. *The Legal Process: Basic Problem in the Making and Application of Law*. Cambridge: Tentative ed. 1958.
- HOROWITZ, Donald L. *The courts and social policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977.
- HOLMES, Stephen & SUBSTEIN, Cass R.. *The cost of rights*. New York: W.W. Norton, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KAPLOW, Louis & SHVAELL, Steven. *All individuals may be worse off under any nonwelfarist principle*. Discussion paper 350. Cambridge : Harvard Law School, 2002.
- SHPSLE, Kenneth & WEINGAST, Barry. *Political Solutions to market Problems*, 78 Am Pol Sci 417, 1984.
- KOCH, Charles H.. *James Landis: The Administrative Process*. College of William & Mary Law School. Faculty Publications, Paper 633, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/633>, 1996.
- KOMESAR, Neil K. *In search of a general approach to legal analysis: A comparative institutional alternative*. Michigan Law Review, v. 79, n. 1350, 1981.
- _____. *A Job for the judges: the judiciary and the constitution in a massive and complex society*. Michigan Law Review, v. 86, n. 04, p. 657-721, feb. 1988.
- _____. *Imperfect alternatives – choosing institutions in Law, economics and public policy*, Chicago: University of Chicago Press, 1994.
- _____. *Law's Limits: Rule Of Law And The Supply And Demand Of Rights*, Cambridge, 1998.
- KREHBIEL, Keith & DIERMEIER, Daniel. *Institutionalism as a methodology*. Disponível em <http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/DiermeierKrehbiel2001.pdf> (acesso em 20 de novembro de 2010), 2001.
- KRELL, Andréas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In SARLET, Ingo W. (org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- KUBOTA, Luiz Claudio. *Risco regulatório em telecomunicações: análise da polêmica sobre o reajuste das tarifas pelo IGP-DI*. Texto para discussão 1065, Brasília : IPEA, 2005.

- KUNTZ, Rolf. *Os direitos sociais em xeque*. Série política, n. 10, Coleção documentos, São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2001.
- KUPERBERG, Mark, *Law, economics, and philosophy: a critical introduction, with applications to the law of torts*, Totowa, N.J.:Rowman & Allanheld, 1983.
- LANDES, W.M. & POSNER, R.A. *The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective* Journal of Law and Economics 18 (December): 875-901, 1975.
- LANDIS, James. *The Administrative Process*. New Haven, Conn., 1938.
- LANGBEIN, John H. *The Twentieth-Century Revolution in family wealth transmission*. Michigan: Law Review, v. 86, n.4, 1988.
- LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003.
- LISBOA, Marcos de Barros *et alii*. *Agenda Perdida: diagnósticos e propostas para a retomada do crescimento com maior justiça social*. Disponível em http://www.iets.org.br/article.php3?id_article=653 (consultado em 20 de novembro de 2010), 2002.
- LOPES, José Reinaldo Lima. *Justiça de Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. In Revista da USP, n. 21, p. 22, 1994.
- _____. *O Direito na história (lições introdutórias)*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LUMIA, Giuseppe. *Controllo sociale, giurisdizione e libertà*. Milano: Giuffrè, 1960.
- MACEDO, Ronaldo Porto. *Prefácio*. In TIMM, Luciano Benetti. *Direito da Empresa e Contratos*, Thomson/IOB, 2a Edição, 2006.
- MACERA, Andréa Pereira & MONTEIRO, Carmen Diva Beltrão. *Antitruste versus Antidumping: Reconciliando Políticas através da Cláusula do Interesse Nacional*. Brasília: SeAE, Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2009-1, 2009.
- MACEY, Jonathan. *Promoting public-regarding legislation through statutory interpretation: an interest group model*. Columbia Law Review, vol. 74, p. 471, 1986.
- MACIEL, Débora Alves & KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Revista Lua Nova 57, p.113, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> (consultado em 20 de novembro de 2010), 2002.
- MacINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.
- MALLOY, Robin Paul, *Law in a market context: an introduction to market concepts in legal reasoning*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, p. 706-751 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia*, p. 520-557, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. Tese de concurso público para provimento do cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Processual. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

MARCH, James G. & OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: Free Press, 1989.

MARINHO, Carolina Martins. *Justificabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

MARTINEZ, Ana Paula. *Controle das concentrações econômicas por países em desenvolvimento: uma contribuição jurídica à análise de custo-benefício*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MARVEL, H.P. 1977. *Factory Regulation: A Reinterpretation of Early English Experience*, Journal of Law and Economics 20 (October): 379-402.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação econômica e social: o direito entre eficiência e legitimidade*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho, *Circuitos interrompidos: As ADINS dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999, 2004)*, in: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, Disponível também em: www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_antonio_m_mauaes_e_alexandre_fadel.pdf, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém, *Dimensões da judicialização da política no Brasil – As ADIns dos partidos políticos*, Brasília 41, n.163 jul/set. 2004.

MCCLOSKEY, Donald N. *The Rhetoric of law and economics*, Michigan: Law Review, v. 86, n.4, 1988.

MCCORMICK, R.E. e TOLLISON, R.D. *Politicians, Legislation, and the Economy: An Inquiry into the Interest-Group Theory of Government*. Boston: Martinus-Nijhoff, 1991.

MCCRAW, Thomas. *Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, and Alfred Kahn*. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito administrativo moderno*, São Paulo:RT, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de *Curso de Direito Administrativo*, 4ª Ed., São Paulo:Malheiros, 1993.

_____. *Discricionariedade e controle judicial*, 2ª Ed. São Paulo:Malheiros, 2001.

MENARD C. & SHIRLEY, M. (eds.). *Handbook of New Institutional Economics*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

MENDES, Conrado Hübner, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, tese de doutorado apresentada ao departamento de ciência política da FFLCH-USP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MENDONÇA, Helder Ferreira de & ARAUJO, Luis Sérgio de Oliveira. *Mercado e Estado: uma síntese da evolução da economia política moderna*, Anais do V Congresso Brasileiro de História Econômica e 6ª Conferência Internacional de História de Empresas, ABPHE - Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica, disponível em http://www.abphe.org.br/congresso2003/Textos/Abphe_2003_02.pdf, 2003.

MERCURO, Nicholas, *Economics and the law: from Posner to post-modernism*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997.

MERRIL, Thomas W.. *Institutional choice and political faith*. Law & Social Inquiry, vol. 22, n. 4, p 959, 1997.

MESQUITA, José Inácio Botelho de. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame*. In Revista Forense, v. 361, 2002.

MILLER, Gary J. & MOE, Terry M. *Bureaucrats, Legislators and the size of government*, 77 American Political Science Review, p. 297, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*, in Jornal da Tarde, Caderno A, p. 2, São Paulo, 05/04/2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agência nacional de vigilância sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*, in Revista de Direito Administrativo, Rio, v. 215, p. 71, jan/mar, 1999.

MUELLER, D. *Perspectives in Public Choice: a handbook*, Cambridge:Cambridge University Press, 1989.

NONET, Philippe & SELZNICK, Philip. *Law and Society in transition: towards responsive Law*. New York:Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglas. *Institutiones, cambio institucional y desempeño economico*. México, Fondo de cultura econômica, 1993

NORTH, Douglas. *Institutions and credible commitment*. Disponível em <http://129.3.20.41/eps/eh/papers/9412/9412002.pdf> (consultado em 20 de novembro de 2010), 1994.

_____. *Understanding Economic Change*, in Transforming Post-Communist Political Economies, Joan M. Nelson, Charles Tilly and Lee Walker, eds., Washington D. C.: National Academy Press. pp. 13-18, 1997.

_____. *Understanding the Process of Institutional Change*. Princeton University Press, 2005.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico* – 5ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUSSBAUM, Martha C.. *The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis* In *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n 2, Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives, p. 1005, 2000.

O'DONNELL, G., *On the state, democratization and some conceptual problems: A Latin American view with glances at some postcommunist countries*. *World Development*, 21, 8: 1355-69, 1993.

OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, São Paulo: Renovar, 2004.

OLSEN, Ana Paula. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/> (consultado em 20 de novembro de 2010), 2006.

OLSON, Mancur Olson. *The Logic of Collective Action - Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: MA, Harvard University Press, 1965.

OPPENHEIMER, Margaret, *Law and economics: alternative economic approaches to legal and regulatory issues*, Armonk, New York: M.E. Sharpe, c2004.

OST, François. *Entre droit et non droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, in GERARD, Philippe; OST, François & KERCHOVE, M. van de. *Droit et intérêt*. Vol. II. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

_____. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. Doxa, n. 14, Alicante: Universidade de Alicante, 1993.

OTT, Claus, *Essays in law and economics IV: public law, private law and adjudication*, Antwerpen: Maklu, 1998.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, São Paulo: RT, 2004.

PELTZMAN, S.. *Toward a More General Theory of Regulation*. *Journal of Law and Economics* 19 (August): 211-40, 1976.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal federal: análise dos votos do Ministro Gilmar Mendes (2006 a 2008)*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

PIERSON, Paul & SKOCPOL, Theda. *Historical institutionalism in contemporary political science*. KATZNELSON, Ira & MILNER, Helen V. *Political science: state of discipline*, 2002.

PINHEIRO, Armando Castellar (org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

_____. *Reforma do Judiciário: uma nova fase*. In *Revista Desafios do Desenvolvimento*, vol. 6. IPEA/PNUD, janeiro/2005

PONDÉ, J. L.. *Coordenação e aprendizado: elementos para uma teoria das inovações institucionais nas firmas e nos mercados*. Dissertação de mestrado em Economia, Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1993.

PONTES FILHO, Valmir. *O controle das políticas públicas: cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PORFÍRIO, Fernando. *Juiz determina instalação de atendimento de emergência*. Revista consultor jurídico, 26 de julho de 2005.

POSNER, Richard A.. *Theories of Economic Regulation*. Bell Journal of Economics and Management Science 5 (Autumn): 355-58, 1974.

_____. *Legal formalism, legal realism and the interpretation the statutes and the constitution*. Case Western Reserve Law Review, vol. 37, n. 2, 1986.

_____. *Economic analysis of Law*. NY: Little & Brown, 1992.

_____, *The collected economic essays of Richard A. Posner*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar Pub, 2000.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4ª Ed., 2008.

RAMOS, Elival da Silva, *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, p.327-356, 2007.

_____. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. Tese para Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Ministério público e a efetividade das políticas públicas*. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ano 24, n. 288, p. 4-7, São Paulo: Editora Lex S.A., dezembro 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*, Dissertação de mestrado defendida na USP, no prelo.

ROCHA, Roberto. *A avaliação da implementação das políticas públicas a partir a perspectiva neo-institucional: avanços e validade*. Cadernos EBAPE.BR, vol. 2, n. 1, disponível em <http://app.ebape.fgv.br/> (acesso em 20 de novembro de 2010), 2006.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, PUSCHEL, Flavia Portella e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder Judiciário e a democracia*, Texto apresentado no 3º Congresso Latino Americano de ciência Política promovido pela ALACIP – Associação Latino-americana de Ciência Política, Campinas, 04/09/2006.

ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. Working Papers Series No. 36, Março de 2001, disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350 (consultado em 20 de novembro de 2010), 2001

- RUBIN, Paul H. *Common Law and Statute Law*. 11 Journal of Legal Studies, p. 205, 1982.
- RUBINFELD, Daniel L. & PINDYCK, Robert S.. *Microeconomia*. Pearson Educational, p. 672, 2005.
- RYAN, Timothy, *Law, economics and public policy*, Greenwich, Conn.: Jai Press, 1984.
- SABEL, Charles F. & SIMON, William H.. *Destabilization Rights: how public law litigations succeeds*. In Harvard Law Review, v. 117, p. 1015, 2004.
- SALGADO, Lucia Helena. *Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*, Texto para discussão n. 941, Rio: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2003.
- SALLES, Carlos Alberto. *Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos*, Revista de Processo 121, ano 30, n. 121, p. 38-50, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.
- SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. *O Estado regulador*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito na Faculdade de Direito da USP, sob orientação do Prof. Alexandre de Moraes, 2007.
- SANTOS, B. de S., Marques, M.M.L. e Pedroso, J., *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 30: 29-62, 1996.
- SANTOS, Boaventura Souza. *A judicialização da política*. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php> (consultado em 20 de novembro de 2010), 2003.
- SANTOS, Flávio Maia Fernandes. *Contencioso e Economia*. Palestra proferida no seminário Estabilidade econômica e judiciário, organizado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. 1º de setembro de 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª. ed., 2006.
- SCHECAIRA, Cibelle Cristina Baldassa Muniz. *Agências reguladoras: princípio da eficiência e controle judicial*, Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Prof. Edmir Netto de Araújo, 2005.
- SCHEPPELE, Kim Lane, *Legal secrets: equality and efficiency in the common law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988.
- SCOTT, John. *Rational choice theory*. In: BROWNING, G., HALCLI, A. & WEBSTER, F.. *Understanding contemporary society: theories of the present*. Sage Publications. Disponível em <http://privatewww.essex.ac.uk/~scottj/socscot7.htm> (consultado em 20 de novembro de 2010), 2000.
- SEN, Amartya. *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden-Day, 1970.
- SHAPIRO, Martin. *Political Jurisprudence*. Kentucky Journal, College of law, University of Kentucky, Lexington, Kentucky, v. 52, n. 2, p. 294-345, 1964.
- _____. *Who guards the guardians?* Athens : Georgia University Press, 1988.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2007.

SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da, *O STF como instituição contramajoritária: uma análise empírica de decisões de direito eleitoral*, monografia da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da & TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível no site <http://ssrn.com/abstract=1133620> (consultado em 20 de novembro de 2010), 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A evolução dos direitos fundamentais*. In Revista Latino-Americana de estudos Constitucionais, v. 7, 2006.

_____. *O proporcional e o razoável*, in Revista dos Tribunais, 798, p. 23,-50, 2002.

SIRKIN, Gerald, *Lexeconics: the interaction of law and economics*, Boston: Martinus Nijhoff Pub., 1981.

SMITH, Rogers M. *Political Jurisprudence*, American Political Science Review, v. 82, n. 1, p. 90 – 107, mar. 1988.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In BARROSO, Luiz Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro Renovar, p. 323, 2003.

SOUZA, Luciane Moessa. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: RT, 2004.

STIGLER, G. J.. *The Theory of Economic Regulation*" in The Bell Journal of Economics and Management Science 2 (1971). pp. 3-21., 1971.

_____. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

STONE, A.. *Judging socialist reform*. Comparative Political Studies, vol. 26, n. 4, p. 443, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental*. 1988-1998, uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STUMM, Raquel Denise, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, São Paulo: Livraria do Advogado, 1995

SUNDFELD, Carlos Ari. Parecer, nos autos da Ação Ordinária 6344, Companhia Vale do Rio Doce vs. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2006.

_____. *Discrecionariade técnica*. Anais do Seminário O Judiciário na defesa da concorrência, Associação dos Juízes Federais – AJUFE, 31 de maio, 1º e 2 de junho de 2006, in Revista do IBRAC, v. 14, n. 3, 2007.

SUSTEIN, Cass. *Interest group in American Public Law*. Stanford Law Review, vol. 38, p. 29, 1985.

_____. *Constitutions and Democracies: An Epilogue* In Elster, Jon & Slagstad, Rune (eds.). *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 327-355, 1988.

_____. *Free markets and social justice*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1997.

SUNSTEIN, Cass R., KAHNEMAN, Daniel, SCHKADE, David, & ROTOV, Ilana. *Predictably Incoherent Judgments* (Preliminary draft 7/28/01), consultado em 15 de novembro de 2010 no site HTTP://encientificcommons.org, 2001.

SUZUKI, Natália. *Poluição de mananciais ameaça abastecimento em São Paulo*. Agência Carta Maior, disponível em <http://www.institutocrescer.org.br/noticias.asp?idNoticia=100> (consultado em 20 de novembro de 2010).

TATE, C. Neal & VALLINDER, Tobjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?*, In TATE, C. Neal & VALLINDER, Tobjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBUR, Walter (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Ariosto. *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. Dissertação de Mestrado, Brasília: UnB, 1997.

TEIXEIRA, Vinicius Ribeiro de Figueiredo. *As agências reguladoras no Brasil; nova forma de intervenção do estado no domínio econômico*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Prof. Enrique Ricardo Lewandowski, 2002.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O poder judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

TEUBNER, Gunter. *Substantive and reflexive elements in Modern Law*. In Law & Society Review, v. 17, p. 239, 1989.

TOBOSO, F.. *Institutional Individualism and Institutional Change: the Search For a Middle Way Mode of Explanation*. Cambridge Journal of Economics, vol. 25, n.6, November, pp. 765-784, 2001.

TOBOSO, F. and ARIAS, X.C. (eds.). *Organizing Governments and Markets. Some Case Studies from a NIE Perspective*. PUV-Universitat de València, 2006.

TOLLISON, R.D. *Public Choice and Legislation*. Virginia Law Review 74 (March): 339-71, 1988.

_____. *Regulation and Interest Groups In Regulation*, ed. Jack High 59- 76. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991.

TOMAS, Stanislovas, *The Shamanic Ritual of the European Court of Justice*. disponível em <http://ssrn.com/abstract=970432>, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: n. 42, p.69/70, julho-setembro 1990

TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. New Jersey : Princeton University Press, 2002.

TULLOCK, G. *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*. Western Economic Journal 5 (June): 224-32., 1967.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Making Sense of the Slogan 'It's All Politics' – Toward a Radically Antinaturalistic Social Theory*. In UNGER, Roberto Mangabeira. *Politics: Theory Against Fate*. New York: Verso, pp. 72-89, 1997.

_____. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy from politics: a work in constructive social theory*. New York:Verso, 2002.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *A Dimensão Jurídico-Constitucional na formulação de políticas públicas: uma perspectiva a ser explorada*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 128-138, janeiro/março 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil*. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Professor José Roberto dos Santos Bedaque, 2002.

_____. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da politica e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Renavan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte:UFMG, 2003.

VIANNA, Luiz Wernek & BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*, Rio:Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005.

VIDIGAL, Edson. *Presidente do STJ defende IGP-DI para reajuste de tarifas*. Jornal Folha de S. Paulo, 2004.

WEINGAST, Barry. *Political institutions: rational choice perspectives*. In GOODIN, Robert E. & KLINGEMANN, Hans-Dieter (ed.) *New Handbook of political science*. Osford : Oxford University Press, 1998.

WEINGAST, Barry. *Rational choice institucionalism*. In *Political science: state od discipline*. American Political Science Association, 2002.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. The American Journal of Sociology, Vol. 87, No. 3 (Nov., 1981), pp. 548-577, 1981.

_____. *The economics institutions of capitalism*, NY:Free Press, 1985.

_____. *Caculativeness, trust, and economic organization*. Journal of Law & Economics, vol XXXVI (April 1993), Chicago:The Chicago University Press, 1993.

_____. *The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead*. Journal of Economic Literature, vol. 38, pp. 595-613, 2000.

WILSON, Woodrow. *The new freedom: a call for the emancipation of the generous energies of a people*. New York: Doubleday, Page & Company, 1913.

WITTMAN, Donald A.. *Economic foundations of law and organization*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006.

^a Todas as citações de obras em língua estrangeiras serão feitas ao longo do trabalho em tradução livre do autor, transcrito em nota de fim (com referência alfabética) o trecho original. “I have argued so far that the adjudication of rights in general, and not just social and economic rights, pose a serious dilemma for courts. This is due to the existence of genuine and reasonable disagreement about the content of most rights and their corresponding duties, irrespective of their nature (i.e. positive or negative). In this context of normative uncertainty, I claim that responsible courts are justified in being cautious of substituting their own interpretation of the content of rights for that of the elected branches. If they try and enforce their own views through strong remedies they will attract justified calls of usurpation. On the other hand, given the widespread expectation that judges should be the guardians of rights in constitutional democracies, this attitude is bound to invite equally strong charges of abdication” (FERRAZ, 2009)

^b “Goal choice may be necessary to the determination of law and public policy, but it is far from sufficient. A link is missed – an assumption overlooked – in analysis that suppose that a given law or public policy result follows from a given social goal. That missing is institutional choice”.

^{cc} Frequently any institutional choice inconsistent with the analyst’s preferred law and public policy position is summarily dismissed after reciting a long parade of horrors” KOMESAR (194:6).

^d “The same factors that change the ability of one institution across two situations very often change the ability of its alternative (or alternatives) in the same direction. Quite commonly – albeit not always – institutions move together. When one institution is at its best or worst, the alternative institutions are often at their best or worst” (KOMESAR, 1994:23).

^e “The complete deference to the legislature reflects the view that the adjudicative process with its generalists judges, formalistic adversarial process, and limited case-by-case determination has serious deficiencies in dealing with issues of national defense and security that are complex and global and whose sensitivity often requires some level of secrecy” (KOMESAR, 1994:47).

^f “Like Rawls, all the justices who decided the Pentagon Papers case were concerned with balancing individual liberty and liberty for all. Yet a wide variety of outcomes are represented by their positions in this case. To understand and assess these different positions one needs a great deal more than an idea of what social goal or interest is involved. Underlying these differences are differences in perception about who should resolve the uncertainties inherent in carrying out the social goals. Rights – constitutional or otherwise – are institutional choices in service of social goals. They involve the choice of one institutional decision-maker over another. The value or validity of rights in serving these goals depends on the validity of the underlying institutional choices” (KOMESAR, 1994:48)

[§] “Constitutional judges have the responsibility for a very scarce resource, and they must take that responsibility seriously. Constitutional scholars have the responsibility of aiding these judicial choices by clearly explicating and examining the institutional choices inherent in them. That task may seem

unattractive to many constitutional scholars, but they should either accept their responsibility to deal productively with the real choices or retire from the fray” (KOMESAR, 1994:270).

^h “Judges must be particularly careful to avoid the siren-song of single institutionalism. Valid institutional comparison calls upon courts to function when they can do a better job than the alternatives. Sometimes that comparison can require courts to jettison issues with which they are comfortable (because the market or political processes handle these even worse). Courts must consider more. In the relevant institutional comparative world, courts may be called upon to consider issues for which they are ill equipped to do so in a relative sense. As a general matter, judges are faced with a unique (and uniquely difficult) task. More than other decision-makers, they can be expected to evenhandedly and carefully weigh and balance social needs. But this weighing and balancing requires them to carefully consider essential institutional realities. Judges must balance the need for a given adjudicative activity, often defined by the severity of the malfunction in the usually more dominant market or political processes, with the costs of that activity, defined by the severity of the strain on limited judicial resources and on judicial abilities constrained systemic biases and limited expertise.” (KOMESAR, 1994:149).

ⁱ “There is no a priori reason to suppose that these systemic distortions are highly correlated with any categories of interests” (KOMESAR, 1994:65).

^j “Any analysis of law and public policy – economic or not – depends on comparative institutional analysis” (KOMESAR, 1994:10).

^k “According to this more generalized pessimism about democratic institutions, no political body can be counted on reach results in the public interest. [...]Public choice theory suggests that the public interest will best be served by transferring decisional authority away from political institutions altogether, the two prime candidates for receiving such authority being the market and the courts” (MERRIL, 1997:961)

^l “Pleas for comparative institutional analysis are not new, as Komesar acknowledges. Perhaps the most famous example is Henry Hart and Albert Sacks’s underground classic (1994) that, by coincidence, was finally published in the same year as Komesar’s book. But evidently they have gone hardly unheeded. No one, after reading Komesar’s book, should fail to appreciate that the relevant question is not whether one institution has failed, but rather whether another institution can do better. And no one should expect that one can simply argue for a social goal, and then assume that this translates into action by a particular institution. For these reasons alone, Komesar should be required reading for anyone who seeks to venture forth into the world of normative legal analysis” (MERRIL, 1997:966).

^m “There is no way to know at what point the chances of majority dominance become less than minority dominance. But we can easily trace out the continuum of possibilities in terms of the determinants of institutional participation” (KOMESAR, 1994:78)

ⁿ “Understanding institutional behavior remains essential for normative analysis no matter the goal” (KOMESAR, 1994:80).

^o “For example, majoritarian bias may often be a better match for judicial correction than minoritarian bias” (KOMESAR, 1994:82).

^p “As with the political process, the extent to which the market process produces efficiency, justness, fairness, or any other goal is largely determined by pattern of participation” (KOMESAR, 1994:99).

^q “The intra-market choices involve the question of how production and distribution is or ought to be organized. But institutional choices involved in the most relevant areas of law and public policy, such as antitrust or labor policy, involve the choice of who decides how production and distribution is or ought to be organized” (KOMESAR, 1994:108).

^r “Whether the rich get richer or just are rewarded in the market process depends on the parameters of market participation [...]. To the extent that per capita stakes and the costs of market participation vary according to such individual characteristics as wealth, income, education, sex, race, and birth, the analysis of participation provides important insights into the role of the market process in determining the whole range of goals” (KOMESAR, 1994:104).

^s “We live in a transaction-costly world. We live in a political-process-costly world. The issue is comparative costs, not low costs or high costs. The message for both groups [market lovers and market detractors] is the same – the analytic reality lies in institutional comparison: low relative to what and high relative to what?” (KOMESAR, 1994:112).

^t “A less noticed but more troubling and important tradeoff between information and independence in the adjudicative process is that insulation separates judges from great deal of information about desires and needs of the general public. In politics, public officials must understand the wants and the needs of the general public or at least powerful parts of the general public to remain in office or obtain higher office. These interests link political officials to the populace and provide them with the most robust and dramatic

information on the central question of desires and needs. This information is essential to public policy positions or options. The problem with all this informality and interdependence is that under the wrong conditions – particularly, the skewed distribution – these informal channels for presentation or revelation of desires can carry a severely distorted view of public needs” (KOMESAR, 1994:141).

^u “In the real market, opportunism and bounded rationality allow for significant manipulation and obfuscation. But market decision-makers are driven to get through these smoke screens by the very self-interest from which the adjudicative process attempts to insulate officials” (KOMESAR, 1994:142).

^v “The price of evenhandedness is most dramatically revealed in that important range of social issues where the adjudicative process hears nothing – a significant disability traceable to the high cost of participation. This tradeoff between information and evenhandedness is among the most difficult issues in institutional choice” (KOMESAR, 1994:142)

^w “Sometimes parties avoid controversies that might result in litigation by working out their problems through complex contracts that detail contingencies and set out specific responses. More commonly, high stakes parties who have continuing relationships work out any unforeseen differences through informal negotiation or informal governance mechanisms, without any thought of litigation” (KOMESAR, 1994:130)

^x “The costs of litigation and enforcement are so high, the per capita stakes so small, and the free riding associated with the funding of the litigation so endemic that it is impossible to even imagine resolving public goods issues in the adjudicative process” (KOMESAR, 1994:129).

^y “Where there are concentrated potential defendants and dispersed potential plaintiffs, the class action mechanism can be more effectively employed to increase the chances of adjudication” (KOMESAR, 1994:131).

^z “Where the skewed distribution produces majoritarian bias, the resulting action by the political process converts the skewed distribution into a uniform high distribution. The side that wins in the political process does not have to muster the resources to litigate the constitutionality of the resulting legislation. The state will bear the burden of defending the legislation in court. Where a dispersed majority prevails in the political process at the expense of a concentrated minority, the state is confronted with concentrated interests; as a result there are well-represented positions on both sides of the legislation. In effect, political victory converts the dispersed majority into a single concentrated entity – the government that passed the legislation – and, in turn, converts a skewed distribution into a uniform high distribution. The same conversion does not occur, however, where the political process suffers from minoritarian bias because the losers are dispersed majority. In effect, the distribution has not shifted. When the concentrated interest wins in the political process, the resulting distribution of stakes facing the adjudicative process is still skewed rather than uniform high. It is less likely to be litigated because we have a dispersed interest on one side.” (KOMESAR, 1994:136)

^{aa} “Judicial review of legislation can serve as a means to counteract or deal with political malfunctions such as majoritarian and minoritarian bias. The effectiveness of such review, however, depends on whether the government action will be challenged in court. The courts cannot review what they do not see. The analysis of litigation presented in this book strongly suggests that concentrated high stakes victims are more likely to litigate than dispersed low stakes interests. Thus, roughly speaking, if the courts offer protection to both harmed majorities and harmed minorities, the harmed minority is more likely to actively seek that protection. On this basis, majoritarian bias is more likely to be corrected by judicial review than is minoritarian bias” (KOMESAR, 1994:137).

^{bb} “Judicial independence, which characterizes the beginning and end of many institutional analysis of courts, comes at a high price. In search of independence and fairness and to constrain the worst evils of a judiciary un beholden to the people, rules, procedures, and practices raise the costs of participation in the adjudicative process so high that many important issues, although handled badly elsewhere, will not be adjudicated. The same rules and procedures decrease the expertise of adjudicative decision-makers relative to officials in the political process and constrain the courts’ access to important information. The formal and hierarchical adjudicative process is difficult to expand and the resulting strains on size produce rationing devices that have problematic comparative institutional implications” (KOMESAR, 1994:150).