

O PAPEL DA ADJUDICAÇÃO COMO MECANISMO SOCIAL DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Vanice Regina Lírio do Valle¹

1. Introdução

Promover a transformação social foi um projeto inequivocamente manifesto na Carta de 1988. Mais do que superar o legado autoritário no campo político, com a redemocratização desse mesmo exercício, a Constituição Cidadã mereceu esse epíteto pela clara intenção de reconfigurar uma trilha de exclusão social reputada iniqua, e incompatível com o Estado Democrático de Direito². Inserida no conjunto as constituições aspiracionais³ ou transformadoras⁴, a Carta de 1988, normatizando objetivos postos à República, lançou na seara do Direito e de seus mecanismos institucionais de operação, o desafio da efetividade. Esse o cenário em que se tem a eclosão do conhecido fenômeno da judicialização das políticas públicas, e a afirmação empreendida pelo Supremo Tribunal Federal de que esse seja tema do domínio do Poder Judiciário⁵.

Esta premissa – da sindicabilidade das políticas públicas – se tem por hoje já assentada⁶, o que está longe de significar que o resultado que ela pretendia viabilizar se tenha por atingido. Judicializar políticas públicas no campo dos litígios individuais ou coletivos, implica em trasladar para o campo do Poder Judiciário, uma espécie de conflito

¹ *Visiting Fellow* junto à Harvard Law School / Human Rights Program. Pós-doutorado em Administração na EBAPE/FGV, Doutorado em Direito pela UGF. Professora Permanente o PPGD/UNESA e Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

² VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Constitucionalismo e transição: sobre a arte de conciliar o aparentemente inconciliável. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). *Justiça e constitucionalismo em tempos de transição*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 88-119.

³ DORF, Michael C.. The Aspirational Constitution (October 7, 2009). 88 *N. W. U. L. Rev.* 241 (1993), p. 241-268. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1484894> acesso em 2 de fevereiro de 2015.

⁴ LIEBENBERG, Sandra. Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution. *Int J Constitutional Law* (2013) 11 (1): 270-274.

⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde podem nos levar as asas de Ícaro. *Themis: Revista de direito (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)*, Ano 2011, Ano 11, Número 20-21, p. 185-210).

⁶ O conhecido *leading case* no tema do direito a creche e pré-escola, onde o STF afirmou sua competência para empreender ao amplo controle de políticas públicas que tivessem assento em determinação constitucional (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290) foi depois por diversas vezes reiterado pela Corte na proteção a uma ampla gama de direitos como os da saúde, educação, proteção à infância, etc.

que não se coaduna com a moldura tradicional de aplicação da adjudicação. O resultado é o cometimento pela Corte Constitucional de um múnus ao Judiciário, sem que se tenha de outro lado o desenvolvimento das ferramentas necessárias ao cumprimento dessa tarefa. Seja na perspectiva do desenho institucional, seja naquela dos instrumentos processuais disponíveis, tem-se uma inaptidão inata para enfrentamento das substanciais modificações qualitativas e quantitativas àquilo que tradicionalmente se entendia por prestação da jurisdição.

O desafio, todavia, não obstante tematizado pela nossa específica experiência constitucional, não é inédito, e tampouco único. Escrutínio judicial de estratégias públicas de garantias de direitos, com ou sem remodelagem institucional, é problema já enfrentado, seja em países do chamado *Global South*⁷, que compartilham com o Brasil o modelo de constituição aspiracionais; seja na experiência estadunidense, onde a mesma temática se viu examinada com a eclosão na década de 70, da categoria por eles identificada como *public law litigation*⁸.

Destinam-se as presentes considerações a um percurso exploratório dos traços particularizadores desse tipo de litígio – que envolve a materialização em sentido mais amplo de compromissos finalísticos estatais derivados do elenco de direitos fundamentais constitucionalmente estatuídos. O caráter transcendente destes mesmos direitos (ainda que suscetíveis de projeção na esfera individual) reclama mecanismos de composição dos conflitos sociais que nem sempre encontrarão na adjudicação a melhor resposta. Evidenciar as arestas que se possam revelar em relação ao modelo tradicional de adjudicação configura-se como exercício primário indispensável ao desenvolvimento de uma compreensão teórica mais abrangente dos atributos desejáveis à cunhagem do provimento jurisdicional nas demandas (em especial, coletivas) que envolvem o

⁷ A expressão foi originalmente cunhada por Maldonado, em obra dedicada a análise da atuação das Cortes Constitucionais de Índia, África do Sul e Colômbia (MALDONADO, Daniel Bonilla, ed. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, 2013). Aplicando a mesma lógica – que reúne experiências nacionais distintas sob esse mesmo rótulo do *Global South*, consulte-se ainda SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho Constitucional Sociedad; Programa Democracia y Constitución. *Transformación Global*, 2010 e RODRIGUEZ-GARAVITO, Cesar e FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* (1976): 1281-1316 (formulando o conceito de *public law litigation*, ilustrando a proposição com a indicação de vasta casuística em que a decisão judicial tem por objeto a intervenção em instituições e políticas públicas). Mais recentemente, evidenciando que o padrão de litígios (e decisões judiciais correspondentes) segue manifesto em terras estadunidenses, SABEL, Charles F., and William H. Simon. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101.

empoderamento de direitos fundamentais que, nos termos da narrativa de uma hipotética petição inicial, encontram-se negligenciados na sua dimensão operativa.

Mais ainda, a experiência já havida em outros países sujeitos ao mesmo tipo de conflito pode propor critérios a serem aplicados em nossa própria modelagem de solução do dilema. Afinal, se a fricção entre a reivindicação social (localizada ou coletiva) e o modelo adjudicativo se põe, a negativa de jurisdição não se apresenta como solução.

2. Conflito social, deliberação política e adjudicação

Identifica-se na raiz do fenômeno da judicialização de direitos fundamentais, a percepção de sua violação, no mais das vezes, reputada sistêmica. É certo que estes mesmos direitos fundamentais têm sido, no Brasil⁹, preferencialmente postulados em demandas individuais¹⁰; não obstante isso, a narrativa de fato subjacente a estes feitos envolve a afirmação da inexistência de uma política pública orientada a garantia dos direitos, ou ainda a sua ineficiência – ambas, patologias sistêmicas associadas a ação estatal. Significa dizer que numa ou noutra hipótese (demanda individual ou coletiva), tem-se como realidade subjacente, a imputada falha sistêmica a ser reparada¹¹ – o que exigiria uma intervenção que se revele apta a promover a superação do bloqueio

⁹ Também em outros países do chamado *Global South*, como a Índia e a Colômbia, a judicialização muitas vezes se dá a partir do conflito individual. Todavia, os respectivos sistemas contemplam mecanismos que permitem a coletivização – não necessariamente da demanda, como se tentou sem sucesso empreender no novo CPC – mas da solução (VALLE, Vanice Lírio do. *Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective*. Disponível em SSRN 2252991, acesso em 13 de setembro de 2015). Significa dizer que se constrói uma matriz teórica de composição do direito em discussão, e essa mesma moldura é depois aplicada a cada caso concreto. A solução é distinta de nosso modelo de repercussão geral ou mesmo de demandas repetitivas, onde a pretensão é de enunciação de um parâmetro sintético e abstrato que permita a resolução de outras hipóteses de mesmo contorno.

¹⁰ Em que pese o apontamento já por boa doutrina, dos possíveis efeitos deletérios da preferência pelo ajuizamento de demandas relacionadas especialmente a tutela de direitos socioeconômicos na matriz individual (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria Geral do Estado, RPGE*, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007); a tendência de enfrentamento desses conflitos pela matriz individual segue praticamente inalterada, seja pela eventual necessidade específica e imediata do litigante, que não se coaduna com o *timing* que é própria a demanda coletiva; seja pela percepção de que mais facilmente se logra obter a decisão pretendida na demanda individual a partir de uma análise consequencialista do provimento – normalmente, o julgador terá mais conforto em determinar a providência no âmbito individual do que no coletivo.

¹¹ Diver, discorrendo sobre adjudicação e esfera política como modelos opostos de ajuste das condutas coletivas, sublinha a circunstância de que o modelo adjudicativo compreende sempre a identificação do *legal wrong* (a conduta reputada despida de respaldo legal) e ainda a constatação de uma lesão a direito sofrida pelo demandante. É no campo da afirmação do *legal wrong* que se terá o desenvolvimento do escrutínio e (eventual) censura a atuação do Poder Público (DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: Superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review* (1979): 43-106).

institucional, contingente ou permanente¹², involuntário ou consciente¹³, que esteja se pondo em relação a pretensão social expressa na demanda.

Cumprido já apontar que esse direcionamento da atividade jurisdicional, ainda que de forma implícita, a uma atuação que transcenda os limites do conflito individual e que incorpore a necessária intervenção institucional corretiva, se revela harmônica com a circunstância de que a rigor, o controle jurisdicional (especialmente no campo da *judicial review*) não se tem por autorizado a negligenciar este vetor de necessária recondução do exercício do poder a sua trilha original de funcionamento.

Não obstante a sintonia entre a jurisdição que controle (ainda que como efeito secundário) um programa de ação pública, e a busca da garantia de direitos subjetivos veiculados ainda que em demandas individuais; fato é que essa associação implicará em trazer para o conflito posto em juízo, algum nível de intervenção institucional e estruturante. Isso significa em maior ou menor porção, discutir-se a decisão política que estrutura até o momento a ação estatal; tal decisão é censurada porque não implementada, ou porque reputada inadequada.

Importante já aqui perceber uma primeira dissociação entre a matriz que é própria à adjudicação, e aquela que antes presidiu a decisão política – criticada na demanda. A busca da decisão judicial traduz em verdade, a procura pelo demandante, de uma solução de cariz autoritativo para o conflito. A ordem judicial se reveste de autoridade suficiente a suplantar (é o que se espera), ou a negativa formal ao direito; ou ainda o bloqueio operacional formal ou informal¹⁴ que implica como resultado, igualmente, a negação ao direito. O que se objetiva é a prevalência da decisão que venha a se materializar no campo

¹² As causas para a inação administrativa podem estar associadas a fenômenos contingentes, notadamente no plano do financiamento dessas mesmas atividades. Assim, demora no repasse de verbas e contingenciamento de rubricas orçamentárias são exemplos de causas contingentes da inadequação da ação pública. Aqui não se cuida de um padrão (equivoco) de operação que reclame ajuste para futuro, mas de um evento pontual e localizado que merece superação específica. Distinta será a hipótese em que o padrão ordinário de ação pública não contempla a prestação reclamada na demanda; aqui o que se deseja é uma intervenção corretiva que, para que preserve na íntegra seu potencial de restauração da normalidade do funcionamento da máquina pública, intenta transcender (em seu caráter pedagógico) os limites das partes diretamente envolvidas na demanda.

¹³ Em que pese um vício cultural de associar a inação da Administração Pública a uma resistência explícita aos seus condicionantes legais; inequívoco que existem zonas cinzentas de incerteza quanto ao dever de agir, ou quando menos, à repartição dos ônus de cada qual das entidades federadas. Esse é o caso clássico das tarefas elencadas no art. 23 CF como de competência comum, onde a inexistência de parâmetros mais claros quanto à repartição de obrigações tem determinado o emprego da cláusula da solidariedade entre os entes federados como uma suposta matriz de solução.

¹⁴ Não se pode perder de perspectiva que nem toda demanda judicial postulando a garantia de direito social tem por premissa a sua negação. Da mesma maneira, o silêncio da Administração não importa necessariamente numa decisão ordenada (ao menos internamente) à sua negação. A inércia administrativa pode ser fruto da não decisão formal (v.g., o tema pende de delimitação legal) ou ainda pode resultar de pura paralisia associada a perplexidade, ou ausência de vontade política.

da adjudicação, sobre aquela que antes se deu na seara da política (legislativa ou administrativa). Se essa substituição da escolha política por uma outra que se busca obter pela via da adjudicação se revela arrimada pela perspectiva democrática inerente ao contra-majoritarianismo no campo da *judicial review*¹⁵; o mesmo não se pode dizer como certeza na seara das políticas públicas. Neste campo deliberativo – estratégias de ação estatal para o desenvolvimento de uma determinada atividade que a constituição lhe reclama – nem sempre a aplicação da matriz constitucional permitirá de pronto a conclusão quanto à existência em si de um *wrong doing*. Na ausência da prejudicial lógica, o efeito haveria de ser a inviabilidade do reconhecimento de lesão a direito – afinal, existência em si de uma necessidade não se traduz necessariamente numa circunstância fática a merecer correção judicial. Dissociar os dois elementos (segregando o *wrong doing* da proclamação de uma lesão a direitos a ser reparada), associando à vulnerabilidade ou necessidade como fenômeno puramente fático, um efeito jurídico, é atividade típica da seara da política, e não do campo da adjudicação. Se ao demandante se pode reconhecer como legítima a mudança de arena do processo político de negociação para a busca da decisão autoritativa superadora da derrota política; ao Judiciário é de se pôr, quando menos a dúvida quanto à aderência desse tipo de escolha a seu real papel institucional no arsenal de alternativas postas à sociedade para o avanço de suas reivindicações.

A explicitação de um direito como fundamental no texto constitucional está longe de equacionar todos os elementos exigíveis à sua concretização enquanto ação pública – e o desenvolvimento normativo de seu conteúdo passa necessariamente por um juízo de valor quanto à escala de prioridades fixada por aquele grupo social, bem como ao ingresso desse (novo) direito no conjunto de relações estabelecidas por aqueles pré-existentes, e que concorrem entre si¹⁶.

Tomemos por ilustração, a recente inclusão pela Emenda Constitucional 90, do direito fundamental ao transporte, no *caput* do art. 6º. CF. A aplicação conjunta da referida preceituação com a cláusula constitucional assecuratória de eficácia imediata em favor dos direitos fundamentais induz à compreensão de que haja uma ação estatal

¹⁵ FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, Part One: The road to judicial supremacy. NYUJ Rev. 73 (1998): 333.

¹⁶ Um sistema complexo como o brasileiro, em que todos os direitos fundamentais de distintas dimensões se têm por igualmente providos do mesmo nível de eficácia propõe como questão prática relevante, a concorrência de pretensões constitucionalmente fundadas, que podem eventualmente se posicionar até mesmo em rota de colisão.

exigível de plano, tendo em conta a promoção do transporte. Mas qual a ação estatal que o referido preceito estará a reclamar dos entes públicos? Tem-se aí a questão da conformação do conteúdo do direito, que é matéria claramente remetida pelo poder constituinte reformador, a seara da política¹⁷.

A ilustração é rica. Observe-se que no campo do provimento do transporte – consecutório, a rigor, do próprio direito de primeira geração a ir e vir – tem-se um conjunto de políticas públicas já consolidadas, algumas delas até chanceladas judicialmente, como é o caso da gratuidade de transportes – constitucionalmente instituída em favor dos idosos, e frequentemente prevista em leis locais em favor dos estudantes (ora tão somente aqueles da rede pública, presumivelmente vulneráveis; ora em favor de todo aquele dedicado a sua própria formação educacional, ao menos nos patamares reputados obrigatórios *ex vi constitutionis*). Em outras ocasiões, o tema do transporte se põe de maneira complementar a garantia de um outro direito igualmente fundamental – e tem isso assegurado de modo mais localizado, como vetor indispensável a garantia de acesso a saúde¹⁸ ou mesmo a educação¹⁹.

Ainda no tema do transporte, sempre se encontrará (e isso se teve por ecoado ao longo das chamadas “Jornadas de Junho” em 2013) aqueles que defendam a necessidade da garantia de gratuidade ampla e irrestrita. A escolha quanto ao conteúdo do direito ao transporte assegurado constitucionalmente como direito social, envolverá, portanto, uma disputa política entre distintas concepções de Estado, dos deveres que dele sejam de se exigir, e de quais as trocas esteja a coletividade disposta a empreender tendo em conta o conjunto de direitos que concorrem entre si, para eventualmente assegurar um espectro mais amplo ao direito ao transporte consagrado pela Emenda Constitucional 90.

É a derrota na seara política – que venha eventualmente a conduzir a um conteúdo mais recortado a esse mesmo direito – que induzirá a troca do meio de construção dos padrões de relações sociais, da arena política para a decisão autoritativa. Na matriz de

¹⁷ Sempre interessante observar a dinâmica do processo de emendamento constitucional brasileiro. Assim é que, se no campo da cultura (Emenda Constitucional 71) a alteração do texto se deu de maneira detalhada, com o desenho de uma principiologia (art. 216-A, § 1º. CF) e de uma estrutura institucional (art. 216-A, § 2º. CF) que se determina deva atuar de maneira articulada tendo em conta os diversos níveis federados (art. 216-A, § 3º. CF); no tema do transporte, a intervenção reformadora limitou-se a inclusão dessa referência no *caput* do art. 6º. CF.

¹⁸ Este tipo de provimento é comum em demandas onde o acesso a tratamento médico regular (dialise, radioterapia ou outras medidas assemelhadas) exige o deslocamento do paciente a localidade distinta daquela de sua moradia.

¹⁹ Também não é de todo incomum – em rincões mais remotos de um país de dimensões continentais como o Brasil – a determinação do provimento de transporte escolar em favor de localidades que não são servidas por linhas regulares de transporte público.

pensamento construída no direito brasileiro no que toca ao litígio em matéria de direitos fundamentais, a translação de campo de combate soa ainda mais interessante como estratégia de reivindicação para o vencido. Isso porque se no terreno da política o caráter persuasório dos argumentos se mostra condição *sine qua non* para concluir o processo de negociação; na arena autoritativa presidida por um imperativo de conferir-se eficácia imediata a direitos fundamentais (seja qual for a sua manifestação), tem-se praticamente por dispensada a demonstração do *wrong doing*, numa presunção implícita²⁰ de que a ausência de ação estatal segundo o reclamo do autor já seja por si o malfeito a reclamar a correção judicial.

Verifica-se, portanto, que o câmbio de mecanismos de ajuste das condutas sociais desejadas ou asseguradas na linguagem dos direitos é uma estratégia que envolve necessariamente a abdicação ou a intencional superação da decisão que se tenha logrado obter na luta política – e isso não é desimportante, seja na perspectiva da efetividade dos direitos fundamentais, seja naquela da proteção ao desenho institucional que é próprio do Estado Democrático de Direito. A pergunta que se põe é se a intervenção judicial postulada claramente como substituto da política, em nome da proteção ao direito fundamental manifesto na esfera individual do demandante não está a minar a prática democrática, reforçando uma desqualificação da política que aliena e solapa uma dimensão igualmente da dignidade, que é a participação na formulação das decisões públicas, especialmente aquelas que lhe dizem respeito mais de perto.

Não se está com isso pretendendo afirmar seja ilegítima a busca pela adjudicação como mecanismo substitutivo à deliberação política. O que se quer demonstrar é que isso se tem não só nas grandes questões constitucionais, como também na rotina das demandas de massa envolvendo a proteção a direitos sociais. O que se pretende, na migração do conflito social do campo da política para aquele da adjudicação, é uma atuação jurisdicional substitutiva – e essa não é a matriz de funcionamento prevista ordinariamente para o Judiciário.

²⁰ Diz-se presunção implícita, porque esta muitas vezes repousa na combinação dos fatores enunciação de direito + regra de competência; como se esses dois elementos fossem por si só suficientes a reconhecer o signo de inércia constitucionalmente reprovável, ou erronia na formulação de suas estratégias de ação em relação aos entes públicos que, também *ex vi constitutionis*, se presume regidos pelo princípio da juridicidade (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência; resultados.** Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 139.

3. Adjudicação e rigidez da composição do conflito

Segundo elemento de tensão na proposta da aplicação do modelo de adjudicação à tutela de direitos fundamentais, com o correspondente controle de políticas públicas, é a rigidez que é típica da primeira – em descompasso com o que é próprio aos programas de ação estatal.

A pretensão de definitividade da adjudicação é consectário natural de um conjunto de vetores que informam o nosso sistema jurídico. Assim, já o ideário de segurança jurídica (elemento do Estado Democrático de Direito) reivindica estabilidade e previsibilidade nas relações – *a fortiori*, na declaração formal de quais sejam os critérios disciplinadores dessas mesmas relações sociais.

Firmado num modelo de controle retrospectivo da conduta proposta sindicat²¹, a sentença pretende a solução do conflito de interesses, restaurando *in natura* o direito violado, ou ainda oferecendo medida compensatória. São igualmente manifestações desse modelo mais rígido da adjudicação, o princípio da inércia e todos os seus consectários (estabilidade da demanda, vedação a julgamento distinto daquilo que foi postulado em juízo, etc.).

Também como decorrência do ideário de segurança jurídica, a adjudicação pretende estabelecer uma homogeneidade no tratamento de situações idênticas – portanto, tende à reiteração dos padrões decisórios, e não a diferenciação da solução conforme o caso²². Tem-se aqui já mais um atrito entre este modelo de solução de conflitos de interesse, e o controle de políticas públicas materializadoras de direitos fundamentais.

Constitui elemento essencial nas políticas públicas – a referência já se tem nos textos clássicos da década de 60²³ – o seu caráter dinâmico, resiliente e aberto às adaptações que a sua implementação recomende. Em que pese seu caráter ordenador de

²¹ É de Chayes a sistematização das características do litígio ordinário (aquele relacionado a questões civis) como bipolar, retrospectivo, com uma interdependência entre direito e provimento jurisdicional correspondente, com efeitos limitados às partes envolvidas na demanda e orientado e controlado pelas partes (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* (1976):1282-1283).

²² A intensificação das demandas de massa tem decerto contribuído para um padrão de repetição de “modelos” de decisão judicial – fenômeno de grande relevância, e que propõe importantes reflexões quanto a sua compatibilidade com a garantia do acesso à justiça como se vem compreendendo no Brasil. Não é esse o fenômeno a que se está aqui referindo; o apontamento diz respeito a um atributo típico da função judicial que é a estabilização das expectativas – efeito que melhor se alcança pela reiteração de uma matriz de solução a situações assemelhadas.

²³ LINDBLOM, Charles E. The science of “muddling through”. *Public Administration Review* (1959): 79-88.

um padrão genérico de conduta da Administração, uma política pública deve obrigatoriamente manter a perspectiva de seus efeitos também específicos – sob pena de falta de aderência para com a realidade sobre a qual ela pretende atuar²⁴. O aprendizado por agregação, extraído da fase de avaliação é igualmente elemento indissociável das políticas públicas, que tem na aptidão para adaptar-se a sua mais levante garantia de sucesso. Flexibilidade é pois uma virtude que qualifica a política pública – o que instaura o referido ponto de tensão com o modelo adjudicatório de composição de conflitos.

Uma vez mais o traço de negociação, típico da seara política vem à baila. Se a busca de soluções conciliadoras, onde se transige em relação a postulações iniciais é o modo de operação típico da seara da política, isso se refletirá naturalmente no instrumento que traduz essa mesma deliberação, a saber, o programa de ação estatal. Este mesmo traço se mantém, ainda que já alcançada uma decisão primária – e por isso a política pública se revela necessariamente aberta a novas negociações.

No modelo adjudicativo, embora se tenha a conciliação como possibilidade²⁵, esta (quando existe) se põe como elemento prévio a prolação da sentença – e não como uma constante na construção e execução da decisão²⁶. A adjudicação busca uma solução abrangente, otimizadora e final, enquanto a seara da deliberação política opera ordinariamente com uma busca de ajuste de interesses que seja contínua e incremental²⁷.

Essa tensão entre rigidez e flexibilidade trasladada para o campo da adjudicação culmina por gerar dois possíveis efeitos – ambos, a seu modo, deletérios. De um lado, tem-se como possibilidade a prolação de uma decisão judicial que, imutável, não se beneficia da “calibragem” que venha a acontecer no futuro em relação a esse mesmo parâmetro de conduta estatal. Assim, as adaptações das políticas públicas havidas no seu processo natural de implementação e maturação – e portanto, uma ampliação no grau de

²⁴ Rodríguez-Arana aponta a abertura a realidade como elemento integrante do próprio conceito de boa administração, devendo ser entendida como “la aproximación abierta a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia son componentes esenciales, actitudes básicas para la buena Administración Pública (MUÑOZ, Xaime Rodríguez-Arana. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales* 6.6 (2013): 23-56).

²⁵ Indiscutivelmente, o investimento na solução conciliadora é estratégia que tem encontrado fortalecimento no debate acadêmico e legislativo brasileiro; todavia, a ênfase tem sido na construção de mecanismos alternativos a busca da composição judicial.

²⁶ A rigor, no campo da execução da sentença a lógica da rigidez se aprofunda, muitas vezes como consequência de uma matriz também claramente adversarial na busca da composição pela adjudicação. Se o objetivo principal de quem move a máquina judiciária é, não a garantia do direito, mas a vitória; não há espaço para a composição, especialmente no terreno da execução de sentença, quando já se tem claramente um “vencedor” e um “vencido”.

²⁷ DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: Superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review* (1979): 63.

proteção do direito originalmente discutido – podem restar excluídas enquanto possibilidade, da hipótese fática que tenha já sido objeto de decisão judicial. Nessa situação, tem-se uma clara associação entre rigidez na solução adjudicativa, e regressão no grau de proteção ao direito discutido – o que pode se revelar uma contradição em termos; afinal, a translação do conflito da seara política para a adjudicativa se deu para incrementar o seu grau de proteção, e isso pode se ter por frustrado por conta da já *multi* referida rigidez.

Outro efeito igualmente deletério da referida tensão entre a dinâmica dos fatos sobre os quais incide a ação administrativa e as políticas públicas é a possível paralisia ou perpetuação da demanda, a partir de uma dificuldade de incorporação técnica da mudança da situação de fato. Aqui, o traço eminentemente retrospectivo da adjudicação rejeita a mudança do quadro fático como uma possibilidade – e porque rejeita essa alternativa, não consegue incorporar de maneira significativa essa ocorrência, recodificando a demanda. Salvo a conhecida alternativa da perda de objeto (hipótese extrema de mudança das condições de fato), o modelo adjudicativo não é capaz de readaptar os termos do conflito, até porque preso aos limites do pedido formulado, que não comportara alteração²⁸. Disso decorre uma perenização do litígio, não porque se esteja, a rigor, a desenvolver atividade jurisdicional útil, mas porque não há tratamento legislativo específico para a hipótese. Também aqui, a busca do modelo autoritativo como mecanismo de solução do conflito social não se revelara eficiente, pela simples circunstância de que não se logra alcançar uma decisão judicial defensável segundo os critérios técnicos aplicáveis àquela atividade.

Em que pese a preconização por alguns²⁹ da adoção de um certo grau de experimentalismo na construção da decisão judicial, esse é um atributo normalmente rejeitado pela adjudicação³⁰ – e isso aprofunda as inadequações deste último modelo,

²⁸ O princípio da estabilidade da demanda – firme ainda no Novo CPC – cunhado originalmente numa lógica do litígio particular, onde o destino do processo é em boa parte conduzido pelas partes – transposto para os litígios individuais ou coletivos envolvendo políticas públicas culmina por engessar as possibilidades decisórias, e determinar essa paralisia em hipóteses onde se tenha modificação substantiva do padrão de conduta em desenvolvimento pela Administração ao longo do processo.

²⁹ SABEL, Charles F., and William H. Simon. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101 (sustentando que o êxito das *structural injunctions* decididas após a leva de conflitos da década de 70 se deve basicamente a um grau de experimentalismo nos *remedies* cunhados pelas cortes federais americanas, viabilizando tratamento distinto eventualmente até a conflitos afetos a um mesmo direito, desde que com isso se assegurasse uma maior adesão da decisão judicial a realidade fática sobre a qual incidiria a demanda).

³⁰ Ainda que se verifique mais recentemente um certo exercício de engenharia criativa, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional; fato é que na composição ordinária dos conflitos na rotina dos Tribunais,, o modelo já testado e aprovado se afigura sempre como o mais atrativo, até porque

especialmente quando se cuida de direitos cujos contornos não se tenha ainda claramente definidos, seja por seu ineditismo³¹, seja pela sua baixa densidade normativa.

Postas as inadequações iniciais do modelo adjudicativo como resposta ao clamor por um modelo de ação estatal que se reputa inadequado, cumpre indagar o que se possa oferecer como alternativa de solução para um sistema jurídico como o brasileiro, que opera com uma lógica de amplo acesso ao Judiciário, e de vedação ao *non liquet*.

4. Constitucionalismo administrativo e deferência para com as escolhas administrativas

Parâmetro que se propõe para a superação do apontado impasse é o restabelecimento como possível vetor decisório, da deferência para com as opções administrativas – observadas condições específicas exigíveis dessa mesma escolha pública.

A opção constitucional por empreender à orientação finalística ao Estado através dos direitos fundamentais emanados da ideia força da dignidade da pessoa implica necessariamente em tornar a Administração Pública, co-autora da interpretação constitucional. Afinal, é no plano das questões diárias postas à Administração que se empreende ao ajuste entre as enunciações constitucionais e a riqueza das circunstâncias apresentadas no cadinho do convívio social. O imperativo de ofertar resposta às demandas sociais exige da Administração um exercício criativo de densificação do texto constitucional, sem os benefícios da não-resposta como alternativa – a exemplo do que se dá em favor do Legislativo.

O desenvolvimento pela Administração de novos entendimentos relacionados ao texto constitucional, assim como a construção do chamado Estado Administrativo pela adoção de medidas estruturais e substantivas é identificado na doutrina norte-americana como constitucionalismo administrativo³², atividade ali associada especialmente ao

tendencialmente, menos suscetível à revisão, fenômeno que, embora perfeitamente compatível com a lógica do devido processo, reveste-se ainda de uma certa carga negativa dentre das instituições judiciais; a revisão é ainda vista como um juízo de desvalor, ocorrência que todo ser humano, naturalmente, busca evitar.

³¹ O ineditismo do direito em debate tende a agravar as deficiências do modelo adjudicatório, porque reclama um maior espaço de debate plural – incompatível, como já se disse, com o modelo de adjudicação tradicional. Assim, uma demanda que tenha por origem os desdobramentos do reconhecimento de um não-determinismo genético do gênero envolve um debate que transcende os limites da relação autor e réu tradicionalmente posta no conflito judicial.

³² METZGER, Gillian E., Administrative Constitutionalism (May 23, 2013). *Texas Law Review*, Vol. 91, June 2013; Columbia Public Law Research Paper No. 13-350. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2269773>, acesso em 5 de junho de 2015.

exercício da regulação³³. A categoria é objeto de extenso debate doutrinário, tendo em conta seu potencial para contribuir de forma decisiva ao processo de atualização de sentido do texto constitucional, impulsionada especialmente por esse contato direto com a realidade sobre a qual o texto constitucional incide.

É de Ross a explicitação de que a atualização de sentido constitucional empreendida no plano do constitucionalismo administrativo compreende pelo menos três distintas possíveis ações: 1) a interpretação de textos constitucionais abertos ou ambíguos; 2) a extração de sentido de um texto constitucional pela derivação de outros princípios também constitucionais³⁴, e 3) a aplicação destes mesmos textos ou princípios a hipóteses concretas.

É em especial no campo da aplicação dos textos ou princípios que a Administração encontrará espaço e oportunidade para o exercício de algum nível de experimentalismo³⁵ – aquele mesmo atributo que se aponta como relevante ao adequado enfrentamento no modelo adjudicativo, das complexas questões postas pelos desafios de efetividade de direitos fundamentais, que se revelam progressivamente competitivos entre si. A função administrativa é por definição, adaptável e resiliente sob pena de infidelidade constitucional³⁶; diferentemente do que se põe com a função judiciária, que nos termos do já apontado, reclama estabilidade de reiteração de seus mesmos *outcomes*.

No cenário brasileiro em especial, a atualização de sentido originária da aplicação, do diálogo com a riqueza do mundo da vida é atividade menos próxima, sob a perspectiva do desenho institucional, do Judiciário. Se na atuação em primeiro grau ainda se pode afirmar como possibilidade o contato entre o julgador e os fatos da demanda, essa aproximação resta progressivamente dificultada a medida que o mesmo litígio percorra os distintos níveis de apreciação judicial. Já no Tribunal, em sede de apelação, a matriz de pensamento milita no sentido de que a matéria de fato já se tenha apurada; e no campo

³³ LEE, Sophia Z. Race, Sex, and Rulemaking: Administrative Constitutionalism and the Workplace, 1960 to the Present. *Virginia Law Review* (2010): 799-886.

³⁴ Esta é uma forma de exercício de constitucionalismo administrativo mais próxima, inequivocamente, da realidade norte-americana, onde boa parte dos deveres de ação postos ao Estado *lato sensu* são afirmados como derivação de cláusulas constitucionais mais amplas como a do devido processo, *equal protection*, etc..

³⁵ ROSS, Bertrall L., Embracing Administrative Constitutionalism (March 8, 2015). *Boston University Law Review*, Vol. 95, 2015; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2575399. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2575399>, acesso em 14 de julho de 2015.

³⁶ Não se pode perder de perspectiva que o vetor constitucional da eficiência, direcionado a Administração, tem um conteúdo claramente relacional. Significa dizer que modificadas as condições nas quais e sob as quais atua a Administração, modifica-se o juízo quanto a eficiência da sua atuação.

das Cortes Superiores, tem-se a conhecida compreensão de que não lhes caiba a reexame da matéria de ato – assim, mais uma vez tem-se o referido distanciamento³⁷.

Distintos desenhos institucionais asseguram distintos *inputs* a atividade de determinação de sentido constitucional – e por isso, recuperar o prestígio da interpretação resultante do constitucionalismo é relevante. Importante reiterar que a proposta aqui veiculada não envolve subordinação da apreciação judicial às conclusões expendidas no exercício do constitucionalismo administrativo. O que se está a evidenciar é que a opção localizada no extremo oposto, que identifica a autoridade da solução adjudicativa numa exclusividade na autoria da interpretação constitucional parece equivocada.

Deferência para com a escolha administrativa é prática que pressupõe conhecimento dessas mesmas opções estratégicas – o que já induz um efeito secundário, mas nem por isso menos relevante, a saber, aquele do incremento da *accountability* para com essas mesmas escolhas. Afinal, só é possível exercer deferência para com uma escolha que se tenha por formalmente materializada e conhecida nos seus critérios definidores. Aqui é importante acolher a indicação formulada por Rodriguez-Garavito³⁸ de que a adjudicação por ter efeitos indiretos, distintos da velha lógica do direito romano de dar a cada um o que é seu – efeitos estes, todavia igualmente relevantes a um projeto de longo prazo de efetivação da transformação social requerida pela Carta de 1988.

Apontou-se em anterior passagem deste texto, que a busca da adjudicação como arena de composição do conflito social pode envolver opção estratégica daquele que tenha restado vencido na seara política – fenômeno que não se tem *a priori* por ilegítimo, mas que não deve se revelar indiferente à adjudicação, que não deve ordinariamente funcionar como instância revisora de deliberações políticas constitucionalmente possíveis, que se veem submetidas a controle tão-somente porque não geraram em favor do litigante, o resultado por ele pretendido.

A aproximação inicialmente deferente para com a escolha administrativa resgata a busca da análise da existência em si de um *wrong-doing* como premissa à ação corretiva, prestigiando a escolha política que, embora não agrade, não traduz em si uma violação à

³⁷ Importante destacar que a dissociação entre jurisdição constitucional e matéria de fato não é padrão na experiência internacional. A contrário, as Cortes Constitucionais da Índia e da Colômbia, por exemplo, municiam-se dos elementos de fato hauridos da demanda; promovem por vezes instrução processual reunindo elementos e informações de que se ressintam para fins de julgamento, e dialogam especificamente com esses elementos da decisão judicial finalmente proferida.

³⁸ RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Tex. L. Rev.* 89 (2010): 1669.

normatividade vigente. Reforçado se tem a dimensão democrática do Estado de Direito que a Carta de 1988

O caráter autoritativo da adjudicação é atributo institucional primário, e a rigor, se vê fortalecido (e não erodido) pela ampliação do leque de alternativas interpretativas, eis que passa a ter a si agregado um diferenciado signo de legitimação. Nesses termos, deferência – recognitiva e valorativa – para com as escolhas administrativas se põe como uma opção que qualifica a adjudicação, ainda que o resultado final determinado pelo judiciário não coincida com a interpretação fixada originalmente pela Administração.

Por fim, vale consignar que a deferência para com as escolhas administrativas pode comportar – como de fato se dá no cenário estadunidense – compreendendo distintos graus tendo em conta a espécie de constitucionalismo administrativo que se tenha manifesto na hipótese, observada a categorização proposta por Ross e reproduzida no início deste subitem. Afinal, as atividades desenvolvidas no exercício do constitucionalismo administrativo (interpretação de texto, extração de sentido a partir de princípios e aplicação de ambas as operações anteriores) expressam juízos que se aproximam, progressivamente, da seara de *expertise* típica da Administração. Construir, portanto, critérios de escrutínio que diferenciem as distintas expressões do constitucionalismo administrativo nada mais é do que preservar a cada instituição, a autoridade que lhe é própria. Tais parâmetros de aferição judicial, todavia – maior ou menor deferência para essa ou aquela deliberação administrativa hipotética – devem ser conhecidos para prevenir juízos subjetivos³⁹, que militam (a rigor) em desfavor da segurança jurídica.

5. Conclusão

O modelo constitucional brasileiro, testado inclusive por momentos de grande tensão institucional, propõe uma sofisticada ordenação do convívio, que adotando a ideia central da dignidade, suscita o desafio de preservá-la através do aparato estatal – sem com isso esvaziar de conteúdo a autonomia e a responsabilidade, vetores dessa mesma dignidade.

³⁹ ROSS, Bertrall L., Denying Deference: Civil Rights and Judicial Resistance to Administrative Constitutionalism (December 8, 2014). University of Chicago Legal Forum, Vol. 2014; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2535190. agosto de 2015.

O conflito de interesses é inerente ao convívio coletivo – e isso se tem por intensificado nas sociedades plurais. A atividade política como modelo tradicional de ajustamento do modelo de convívio social tende, portanto, a se revelar progressivamente mais espinhosa, eis que envolvera a conciliação de caleidoscópicas visões de mundo. Obstruídos os canais políticos, a busca pela solução autoritativa expressa pela adjudicação tende a se intensificar.

O desafio é a busca de uma jurisdição que buscando solucionar o conflito, não culmine por minar a prática democrática – e com ela, a autonomia da pessoa.

A deferência para com as escolhas administrativas não se revela a solução definitiva para esse desafio; mas contribui para um equilíbrio entre a dimensão da autoridade e aquela do consenso, do fruto democrático da negociação. Em tempos de intensificação do dever de motivação das decisões judiciais, se não pelo reclamo já expresso no art. 93, IX CF; pelos termos do Novo CPC, erigir critérios decisórios é exercício prioritário. Cuidou o presente texto de demonstrar que na perspectiva puramente teórica, a deferência para com as escolhas administrativas não se revela superada enquanto possibilidade normativa. Ao contrário, ela traduz uma importante incorporação institucional da relevância de se preservar, na decisão adjudicatória, não só a dimensão dos direitos estatuída na Constituição, mas também aquela orgânica.

Enunciar direitos sem uma instância autoritativa para lhes preservar a eficácia é exercício de retórica. Mas exercer a adjudicação, dissociando direitos da dimensão política que lhes tenha conformado o conteúdo é negar a história.

