

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO DE FREITAS OLIVEIRA

A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM JUÍZO
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ADPF 186

Brasília

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELO DE FREITAS OLIVEIRA

**A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM JUÍZO
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ADPF 186**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dra. Luciana Barbosa Musse.

Brasília

2014

MARCELO DE FREITAS OLIVEIRA

A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS EM JUÍZO
UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ADPF 186

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília.
Orientadora: Prof. Dra. Luciana Barbosa Musse.

Brasília, 28 de abril de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Dra. Luciana Barbosa Musse
Orientadora

Prof. Dra. Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira

Prof. Msc. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Dedico a minha esposa, meus pais, meus irmãos e meus amigos, que fizeram junto comigo este curso.

AGRADECIMENTOS

Muitos são os esforços dispensados no decorrer de cinco longos anos, mas uma coisa é certa, esses esforços estão longe de serem individuais. O alcance desse objetivo só foi possível com a ajuda de várias e inominadas pessoas, dos responsáveis pela universidade até as trabalhadoras das lanchonetes.

A todos esses anônimos meu sincero agradecimento.

Mas há de se destacar a participação de algumas pessoas que foram decisivas nessa minha formação, a elas são devidos agradecimentos especiais:

À minha esposa Jeana, por ser essa pessoa maravilhosa, fonte constante de apoio e compreensão. Sem ela esses últimos anos seriam impossíveis.

Aos meus pais, Raimundo e Gleice, pelos princípios e valores herdados e por me deixarem apoiar em seus ombros para que eu pudesse enxergar longe.

Aos meus irmãos, Guilherme e Isadora, pelas várias horas de companhia.

À nova família, Joana, Karine, Alexandre e Lucas, por me receberem.

Aos amigos de longa data, Felipe, Helber, Leandro, Thiago, Sandra, Fábio, Vanessa, Carlos, além dos que ora esqueço, por partilharem seu tempo e escutarem minhas reclamações, além de me fazerem perceber o quanto passa rápido o tempo.

À professora Luciana Musse, por toda a sua orientação, paciência e confiança, por ter me apresentado e despertado as possibilidades da filosofia política e por ser essa simpatia de pessoa. Não só eu, mas a Malu também agradece.

Ao professor Álvaro Ciarlini, pelos conselhos e reflexões dispensadas.

E, finalmente, a todos os meus colegas de curso, sobretudo à Paula, ao Cícero e ao Caio, que estiveram comigo desde o início e deixaram as intermináveis aulas de sexta à noite um pouco mais alegres.

*“Preciso não dormir
Até se consumir
O tempo
Da gente”*

Cristóvão Bastos – Chico Buarque

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o papel do Poder Judiciário na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 que julgou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais para o ingresso em universidades públicas. A pesquisa se iniciou com a apropriação do instrumental teórico necessário para compreender e interpretar as diversas fases de implantação de uma política pública. Para tanto se buscou na Teoria da *Policy Analysis* os principais conceitos atinentes ao tema. Para compreender de que forma o Poder Judiciário intervém em aspectos relacionados à políticas, foram utilizadas três das principais obras de Ronald Dworkin; Uma Questão de Princípio; Levando os Direitos a Sério e O Império do Direito. Dworkin, nestas obras, apresenta uma visão legitimadora da atuação dos juízes na concretização de direitos fundamentais. Por fim, pretende-se demonstrar que os direitos não podem ficar a mercê da complexidade inerente às políticas públicas, justificando, assim, a atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos.

Palavras chaves: Poder Judiciário; Políticas Públicas; Dworkin; ADPF 186; Cotas. Universidades Públicas.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO | 17 |
| 2.1. Políticas Públicas..... | 17 |
| 2.1.1. Fundamentos das Políticas Públicas | 17 |
| 2.1.2. O que são Políticas Públicas: definindo um conceito | 18 |
| 2.1.3. Políticas de Estado e Políticas de Governo | 22 |
| 2.2. Análise de Políticas Públicas: <i>Policy Analysis</i> | 24 |
| 2.2.1. As Dimensões da <i>polity</i> , <i>politics</i> e <i>policy</i> | 26 |
| 2.2.2. Os tipos de Políticas Públicas e sua influência no processo decisório: A ideia de Arena Política – <i>Policy Arena</i> | 28 |
| 2.2.3. Ciclo de Políticas Públicas: <i>Policy Cycle</i> | 31 |
| 2.2.4. Formulando Políticas Públicas..... | 33 |
| 2.2.4.1. Estado de coisas: Identificando um problema político..... | 33 |
| 2.2.4.2. Formação da Agenda | 34 |
| 2.2.4.3. Formulação de alternativas..... | 35 |
| 2.2.4.4. Decisão Política: tomada de decisão | 36 |
| 2.3. Políticas Públicas Constitucionais e sua influência no Judiciário | 38 |
| 3. CONCRETIZANDO DIREITOS EM JUÍZO | 41 |
| 3.1. Regras, Princípios e Políticas | 43 |
| 3.1.1. Regras..... | 44 |
| 3.1.2. Princípios..... | 46 |
| 3.1.3. Política..... | 47 |
| 3.1.4. Viabilizando argumentos de princípio e de política | 49 |
| 3.2. Direito como integridade | 51 |
| 3.2.1. Virtude da Integridade Política | 51 |
| 3.2.2. O Direito como Integridade | 52 |
| 4. ADF 186 - O CASO DAS COTAS NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA: Um exemplo da atuação do Poder Judiciário BRASILEIRO em Políticas Públicas | 57 |
| 4.1. O surgimento de uma Política Pública | 57 |
| 4.2. Os direitos levados à juízo | 59 |
| 4.3. A Decisão Judicial: Uma questão de princípio. | 61 |
| 4.4. Novos horizontes: Os limites do Judiciário?..... | 65 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 67 |
| 6. REFERÊNCIAS | 73 |
| 7. ANEXOS..... | 76 |
| A. Plano de Metas para a Integração Social Étnica e Racial da UnB..... | 76 |
| B. Lei 12.711/2012 | 79 |

1. INTRODUÇÃO

Para que se possa falar em direitos sociais e o papel do Poder Judiciário na concretização desses direitos, há que, primeiramente, registrar os fundamentos sob os quais o atual modelo de organização social está assentado, percebendo a estreita ligação entre o surgimento do Estado Moderno e o reconhecimento desses direitos.

O atual Estado Constitucional Democrático de Direito, onde se inclui o brasileiro, apesar de ser fruto de um longo desenvolvimento, não está desvincilhado das bases ideológicas que lhe deram esse título. Sendo certo que o respeito aos direitos fundamentais é a premissa caracterizadora desse modelo.

Sob essa ótica, os direitos fundamentais se confundem com o próprio nascimento e desenvolvimento do constitucionalismo moderno, na medida em que o Estado tem um papel instrumental, de proteção e implantação de direitos.

Foi no final do séc. XVIII, através dos movimentos revolucionários da França e dos Estados Unidos, ou por meio do processo pelo qual atravessou a Inglaterra, que a humanidade chegou a um consenso sobre a existência desses direitos, registrando-os em documentos históricos.

Todavia, reconhecer a existência desses direitos não teve como única serventia a produção de cartas e declarações, mas sim marcar o nascimento de um novo paradigma de organização social, pautado na defesa de direitos humanos. Surgiam, assim, as primeiras estruturas de um estado constitucional, que elevava os direitos do homem ao status de núcleo material das organizações políticas.

O respeito aos direitos fundamentais está organicamente vinculado ao nascimento do próprio Estado Moderno que, para ser reconhecido como tal, tem que, obrigatoriamente, prever em sua Constituição meios que se traduzem na implementação e respeito àqueles direitos. Nesses termos só tem sentido falar em Estado, se for se referir a um ente capaz de satisfazer as necessidades sociais por meio de ações positivas, prestacionais.

Outra característica que fundamenta o Estado Constitucional, onde há a adoção de um modelo rígido de constituição, é a subordinação da legalidade à Carta

Política. Nesse contexto, a validade do ordenamento infraconstitucional está estritamente vinculada não só aos aspectos formais sob os quais a nova lei deve ser produzida, mas também que seu conteúdo material seja compatível com o disposto na Constituição.

Tal assertiva implica em uma efetiva atuação do poder público na consecução dos objetivos definidos pelo poder constituinte originário. “Nesse modelo, é responsabilidade do Estado assegurar a materialização dos direitos fundamentais por meio de sua intervenção direta na sociedade”.¹

Percebe-se, portanto, a íntima relação entre a formação do Estado e a necessária efetivação de direitos fundamentais, incluindo-se os de caráter social. Nesse mesmo sentido, vale reproduzir o que diz o jurista Lênio Streck, ao comentar a afirmação de Ferrajoli de que as normas constitucionais substanciais não são mais do que direitos fundamentais, confira:

“Se o dizer de Ferrajoli é correto, então o constitucionalismo – na sua versão instituidora de um Estado Democrático de Direito – não é somente uma conquista e um legado do passado; é, certamente, o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI. Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto.”²

A demanda por prestações positivas do Estado, apesar de ser um de seus elementos caracterizadores, nunca esteve tão evidente como nos dias de hoje.³ O modelo constitucional do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativo e não meramente simbólico.⁴

Não se trata aqui de traçar um panorama histórico dos Direitos do Homem, mas sim de definir uma conceituação adequada à perspectiva adotada nesse trabalho.

¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 99.

³ A partir do 2º semestre de 2013, diversas manifestações populares ocorreram em cidades Brasileiras. Ainda que o resultado de tais ações sejam mais bem avaliados no futuro, em razão dos seus resultados, se percebe claramente uma insatisfação difusa, dirigida ao corpo políticos, ao governo e, em última instância, ao próprio Estado e suas instituições, que não são capazes de suprir satisfatoriamente às necessidades da sociedade.

⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

Dessa forma, um conceito apropriado aos objetivos propostos é o dado por José Afonso da Silva ao afirmar que os direitos sociais

“[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais.”⁵

Contudo, apesar da validade do conceito, alguns pontos devem ser melhores definidos a fim de propiciar um correto entendimento da postura deste trabalho frente aos direitos sociais.

Os direitos sociais devem ser entendidos como um direito inerente ao homem, e também ao próprio estado, já que os direitos humanos são a essência do vigente paradigma constitucional, são os fundamentos de um Estado que se estrutura buscando a realização progressiva do homem, em um mundo progressivamente melhor.⁶

Ocorre que, para esse utópico movimento ser realizado, não é suficiente, como inicialmente pensava o Estado Liberal, garantir a igualdade de todos perante a lei, haja vista a existência de indivíduos que não estão em posição de reivindicar qualquer liberdade, unicamente em razão de sua posição social. Assim o estabelecimento de uma igualdade é condição para o exercício da própria liberdade e, conseqüentemente, a razão de ser de um Estado Constitucional, já que

“[...] muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecida pelo ordenamento. Daí a problemática dos direitos sociais que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um limite mas como um fim do Estado.”⁷

Percebe-se, assim, que o Estado não pode se limitar a reconhecer liberdades jurídicas do indivíduo frente ao poder público, mas, simultaneamente, criar as condições básicas para que ele possa usufruir, minimamente, dessa situação.

⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 18.

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 521.

Ainda buscando definir um conceito, faz-se necessário distinguir Direitos Humanos e Direitos fundamentais. Para tanto, vamos utilizar a separação feita por Sarlet:

“A distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.”⁸

A importância dessa distinção foi trazida em artigo de Kroling e Martins⁹:

- a) “a diferenciação, quanto ao grau de efetivação e proteção entre os Direitos Fundamentais (direito constitucional) e os Direitos Humanos (direito internacional), pois os que estão positivados possuem, em tese, melhores condições para a sua efetividade;
- b) a dificuldade de identificação de quais sejam os direitos positivados em uma determinada constituição entre tantas existentes (fundamentais), ou em tratados internacionais (humanos), pois muitas vezes os Direitos Fundamentais de determinado Estado não contemplam os Direitos Humanos estabelecidos internacionalmente;
- c) a consequência de ordem prática e de cunho filosófico (HÖFFE, apud SARLET, 2004), é que os Direitos Humanos referem-se ao ser humano como tal e integram uma espécie de moral jurídica universal. Ao serem positivados constitucionalmente, convertem-se em direitos de uma determinada comunidade jurídica, referindo-se às pessoas como membros de um ente público concreto.”

A adoção de tal distinção visa melhor definir o objeto de estudo do presente trabalho, já que ele se debruça sobre um direito social concretamente estabelecido na Carta Constitucional, sem imiscuir-se em outras discussões terminológicas, que permeiam os estudos sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, buscando um salutar afastamento às divergências doutrinárias que almejam classificar os direitos sociais em gerações, dimensões ou bandeiras francesa, é que ressaltamos o pensamento de Bobbio sobre o atual estágio dos Direitos Humanos.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 36.

⁹ KROLING, Aloísio; MARTINS, Marianne Rios de Souza. *O Papel da Políticas Públicas na Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão*. In: *Revista Depoimentos*, n. 10, jan/dez 2006. p. 144-170. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/5.pdf>. Acesso em 12 out. 2013. p. 147/148.

O jusfilósofo italiano entende como desnecessário esse debate terminológico, e incita o leitor a buscar métodos para a efetiva atuação desses direitos, independente de como os definam. Perceba:

“[...] o problemas que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”¹⁰

É justamente sobre essa premissa, a busca de concretização de direitos fundamentais, que analisaremos a atuação do Poder Judiciário, como instituição do Estado, frente às políticas públicas.

Assim, eliminando discussões outras que não se coadunam com o objetivo dessa pesquisa, temos como parâmetro para esse trabalho os Direitos Fundamentais Sociais descrito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com uma especial atenção ao direito a educação.

Dessa forma, retornamos ao conceito elaborado por José Afonso da Silva para aplicá-lo integralmente ao direito à educação. Eis que se trata de um direito devidamente previsto em nosso ordenamento constitucional¹¹ que exige uma prestação positiva das instituições públicas com o fito de diminuir as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento.

Há de lembrar que a participação do Estado na viabilização de direitos sociais não é somente uma característica destes, mas a própria razão de ser daquele. Portanto, devemos perceber a intervenção estatal, na concretização de direitos sociais, como uma função inerente ao próprio modelo estatal adotado pelo constituinte brasileiro.

Uma característica relevante para o enfoque que pretendemos dar aos direitos fundamentais sociais é a classificação proposta por Canotilho ao diferenciar os direitos prestacionais em derivados e originários.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

¹¹ Artigo 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Direitos prestacionais derivados são aqueles que não decorrem diretamente do texto constitucional, exigindo uma prévia atuação legislativa para a implementação do direito social em questão. Uma vez concretizados pelo Estado permitem aos seus titulares pleitearem a manutenção do nível de realização que tais direitos tenham adquiridos, impedindo novos atos do poder público venham a minorar conquistas sociais pretéritas. Nesse sentido, uma vez que o direito social fundamental tenha sido estabelecido pelo Estado, ele passa a se assemelhar aos direitos negativos, vedando o retrocesso social.¹²

Os direitos prestacionais originários possuem previsão constitucional, sendo um dos elementos instituidores do próprio Estado. Tal característica implica em reconhecê-los como imposições constitucionais, instrumentos legitimadores de transformações econômicas e sociais que visem a efetivação desses direitos.¹³

Canotilho afirma a existência de direitos originários a prestações quando:

“(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”¹⁴

Percebe-se que, ao adotar tal entendimento, confere-se um direito subjetivo de prestação ao titular de um direito social fundamental, possibilitando que ele venha a pleitear a concretização desse direito independente de qualquer elaboração legislativa.

Os direitos fundamentais sociais estão como elemento indissociável do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Entendê-los assim, implica em percebê-los conforme dispõe o art. 5º, § 1º da Constituição da República, que determina a aplicação imediata de tais direitos.

Aos direitos sociais, também são conferidos esse caráter de efetividade imediata, contudo só se materializam através de ações estatais, políticas públicas.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 553.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 555/556.

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 554.

De forma a viabilizar a aplicação imediata dos direitos sociais, reconhecendo-os como verdadeiros direitos subjetivos, e as restrições que podem ser impostas a essa exigibilidade, cumpre trazer a concepção de direitos *prima facie* defendida por Alexy¹⁵.

Uma obrigação *prima facie* é aquela que estabelece um dever de cumprimento, devendo ser realizado todos os esforços necessários para dar cumprimento à obrigação, salvo se, em uma situação específica, verificar que existe outra obrigação de maior ou igual porte.

No que respeita aos direitos sociais, caracterizados como *prima facie*, esses são plenamente exigíveis do Estado, mas não de forma definitiva. Para se esquivar a dar cumprimento a um direito *prima facie*, o Estado deve demonstrar que existe um real conflito entre outros deveres constitucionais ou limitações materiais que justifiquem o descumprimento.¹⁶

Tal modelo pressupõe um Sujeito ativo, detentor de um direito oponível ao estado; um sujeito passivo, o estado administração ou estado juiz; e um objeto, uma prestação positiva tendente a realizar o direito previsto na constituição.

Fundado nessa estrutura o sujeito possui *prima facie* o direito subjetivo de exigir do estado todos os meios necessários para o exercício do seu direito.

Mas o que fazer quando o Estado não age em prol desses direitos? A quem o indivíduo pode recorrer para ver efetivado o seu direito?

Em princípio, esse papel deveria ser realizado pelo Poder Judiciário, tal como dispõe a Constituição da Republica.¹⁷

Mas como harmonizar decisões judiciais com questões políticas complexas? E mais, como deve agir o Judiciário frente a políticas públicas já instituídas?

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103/106.

¹⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Coonceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma crítica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Atria*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137/175. p. 169.

¹⁷ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Seria possível para o Judiciário determinar ao Estado a adoção de uma ação específica, definindo, em concreto, uma política pública, nos casos de omissão no cumprimento de normas constitucionais?

O fato é que, atualmente, o judiciário se vê obrigado a decidir sobre temas relacionados à vida política da sociedade, dando início a uma discussão intensa sobre os limites da sua atuação frente às políticas públicas.

O principal objetivo deste trabalho é a apropriação da terminologia oriunda das políticas públicas e o contato com a teoria de Ronald Dworkin, identificando os principais pontos a se considerar no processo de decisão dos juízes na concretização de direitos fundamentais.

A apropriação terminológica da área interdisciplinar das políticas públicas pautar-se-á por pesquisa de cunho bibliográfico, notadamente as obras/textos de Celina Souza, Maria das Graças Ruas e Klaus Frey. O contato com a teoria de Ronald Dworkin, por sua vez, será efetuado por intermédio de três das suas principais obras, a saber: Levando os Direitos a Sério; Uma Questão de Princípio e O Império do Direito.

Por fim, a última parte trará a análise, a partir da ADPF 186, que discutiu sobre estabelecimento de cotas para o ingresso no ensino superior, da atuação do Supremo Tribunal Federal em um caso concreto, à luz das construções teóricas formuladas ao longo do estudo, buscando perceber de que forma a decisão foi construída.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO

2.1. Políticas Públicas

2.1.1. Fundamentos das Políticas Públicas

As políticas públicas buscam seu fundamento na própria existência dos direitos sociais e no reconhecimento do Estado Constitucional como instrumento de concretização desses direitos, que “só podem ser realizados se for imposto (incluídos aqui os órgãos públicos) a outros um certo número de obrigações positivas”¹⁸

Os direitos de segunda dimensão, prestacionais, estabeleceram um novo modelo de organização social. Dizia o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

Estavam lançadas as bases do Estado Constitucional, cujo núcleo material era, ao lado das formas de organização do Estado e do Poder, o respeito aos direitos fundamentais.

Assim, deve-se entender o Estado de Direito

“não no sentido meramente formal, isto é, como ‘governo das leis, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais [...]”¹⁹

O reconhecimento desses direitos sociais representou uma verdadeira mudança de paradigma na percepção do Estado, avançando de uma postura abstencionista para privilegiar o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer decorrentes do reconhecimento dos direitos sociais.²⁰

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 68.

²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 02/03.

Nesse sentido ocorre uma modificação da estrutura do Estado que passa de um estado instituidor de leis para um Estado que busca alcançar os fins sociais almejados por um determinado povo, definidos pela Carta Constituinte.

Assim, as políticas públicas devem ser percebidas como

“[...] Instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by Law*. A função de governar – o uso coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas.”²¹

Contudo, não se trata apenas de meros instrumentos de governo, mas de verdadeiros imperativos constitucionais, normas que devem ser efetivamente realizadas. Há, portanto, um caminho já definido, não cabendo às instituições do Estado decidir se quer adotá-lo ou não, mas tão somente definir a melhor forma de implementá-lo.

Estamos, então, sob a égide de um Estado teleológico, onde os fins almejados devem vincular a atuação dos Poderes do Estado, em especial quanto à produção de normas.

“Assim, a edição de uma lei se vincula ao dever de realização eficiente do programa estabelecido na norma-objetivo e o Estado passa a ser fonte provedora e mantenedora de Políticas Públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum.”²²

A partir dessa aproximação entre a implementação de políticas públicas e o próprio papel do Estado é que se deve buscar um conceito de políticas públicas que seja adequado a proposta desse trabalho.

2.1.2. O que são Políticas Públicas: definindo um conceito

Maria das Graças Rua estabelece que “política consiste no conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

²² KROLING, Aloísio; MARTINS, Marianne Rios de Souza. *O Papel da Políticas Públicas na Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão*. In: *Revista Depoimentos*, n. 10, jan/dez 2006. p. 144/170. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/5.pdf>. Acesso em 12 out. 2013. p. 153.

destinam à resolução pacífica dos conflitos quanto a bens públicos”.²³ É com base nessa premissa que a autora define as políticas públicas como um conjunto de decisões e ações relativas a alocação imperativa de valores.²⁴

Nesse mesmo sentido, partindo da Ciência Política, as políticas públicas seriam “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”²⁵.

Percebe-se desses conceitos a ausência do elemento jurídico, tratando somente da ideia de conjugar os interesses divergentes, determinando, de acordo com a distribuição de poder dada, a melhor forma de alocar recursos.

Todavia, para este trabalho, deve-se buscar um conceito de políticas públicas que contemple o papel do direito e defina os contornos que tais ações adquirem dentro do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, podemos partir da definição de política dada por Dworkin, que se mostra alinhada com a ideia que queremos transmitir:

“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”²⁶

Ocorre que os objetivos a serem alcançados, definidos em políticas públicas, só se materializam alicerçados no direito. São os instrumentos jurídicos que conferem forma às políticas públicas, transformando decisões políticas em leis, normas, e demais dispositivos de caráter vinculante. Assim, a realização dessas políticas devem guardar respeito ao princípio da legalidade e da supremacia constitucional,

²³ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 01. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

²⁴ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 01. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

²⁵ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma Revisão da Literatura*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, jul/dez 2006. p. 20/45. p. 26.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

haja vista que, ao integrar o campo jurídico, passam a ser passíveis de uma análise também jurídica.²⁷

As políticas públicas representam uma articulação dos diversos mecanismos institucionais de que dispõe o Estado, com o fito de realizar objetivos de relevante caráter social, constitucionalmente determinados.

Verifica-se, portanto, que políticas públicas são um dos principais pontos de inflexão entre política e direito, contudo não se confundem entre si. Uma política pública vai ser sempre fruto de uma decisão política, com o foco em determinado objetivo de melhoria social, e que só se materializa através de instrumentos jurídicos.

Dessa feita, deve-se ter em mente, quando se trata de políticas públicas, que as suas diretrizes estão previamente traçadas pelo constituinte originário, que, nas bases do Estado, definiu as áreas prioritárias, através do estabelecimento dos direitos sociais.

Nesse sentido, cumpre colacionar o conceito formulado por Sousa e Coura, que ressalta o caráter eminentemente constitucional das políticas, além de dar destaque ao papel da sociedade civil na formulação dessas ações:

“[...] pode-se buscar definir políticas públicas como sendo aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito.”²⁸

Por fim, convém apresentar o conceito formulado por Maria Paula Dallari Bucci, largamente utilizado nas obras de direito que versam sobre o tema, que abarca de forma satisfatória todos os elementos apresentados, ressaltando que todas essas interações se dão em um ambiente pré-constituído, limitado pelos diversos processos de tomada de decisão, permitidos pelo nosso ordenamento.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

²⁸ COURA, Alexandre de Castro; SOUSA, Pedro Ivo de. *Controle Judicial De Políticas Públicas*. In: *XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador-BA*. XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008. p. 4051/4070. p. 4057. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Pedro_ivo_de_sousa.pdf> Acesso em: 19 out. 2013.

Assim, a harmonização dos preceitos constitucionais com os interesses privados e sociais se dá nessas esferas processuais, eis como a jurista define políticas públicas.

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”²⁹

Quanto ao conteúdo, a mesma autora estabelece:

“Como tipo ideal, a 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.”³⁰

Apesar das considerações acima traçadas, Bucci reconhece a dificuldade em se definir um conceito jurídico de política pública, já que sua formulação, implantação e análise carregam instrumentos que desbordam da seara eminentemente jurídica, abarcando critérios econômicos, sociais e históricos. A autora sustenta que o conceito não deve ser definitivo, mas sim percebido como um instrumento de que se valem os juristas para descrever, compreender e analisar as políticas públicas.³¹

Com base nessa perspectiva pragmática, Celina Souza, ao fazer uma revisão dos diversos modelos e definições sobre políticas públicas encontradas na literatura, ressalta seus elementos principais:

- “A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.
- A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.
- A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras.
- A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.
- A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo.

²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

- A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.³²

Através dos diversos elementos apresentados, podemos, então, ressaltar alguns pontos que são caracterizadores de uma política pública, servindo para delinear um conceito que se coadune com a proposta deste trabalho.

Assim, políticas públicas devem ser entendidas como ações de origem estatal, que visem alguma melhoria social, definida diretamente como um direito fundamental social ou que tenda a alcançá-lo, elaboradas através de um mecanismo processual, previamente definido pelo ordenamento jurídico vigente, capaz de harmonizar os interesses privados e os objetivos do Estado.

Uma ferramenta bastante útil para uma melhor compreensão das políticas públicas é a fornecida pela *Policy Analysis*, disciplina desenvolvida com o fito de estabelecer parâmetros para análise, acompanhamento e avaliação de políticas públicas. Dessa forma, apresentaremos a seguir alguns dos principais institutos desenvolvidos por esse campo do conhecimento, que serão de extrema valia para o desenvolvimento desse texto.

2.1.3. Políticas de Estado e Políticas de Governo

As políticas públicas que visem a promoção e a proteção de direitos fundamentais estarão sempre albergadas pela constituição, eis que se caracterizam como autênticas políticas de Estado. Contudo, é necessário traçar os contornos do que vem a ser uma Política de Estado em contraposição a uma Política de Governo.

As primeiras se relacionam com as próprias bases do Estado. Trata-se de opções políticas delineadas pelo constituinte originário ao estabelecer as estruturas da *polity*, as formas de organização de suas instituições e, principalmente, os direitos fundamentais que servirão como parâmetros às ações estatais no longo prazo.

Nos termos apresentados por Fernando Aith,

³² SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma Revisão da Literatura*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, jul/dez 2006. p. 20/45. p. 36.

“[...] quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado.”³³

Por outro lado, políticas de governo são aquelas que definem ações pontuais, voltadas à solução de um problema específico. São políticas que visam alcançar aqueles objetivos previamente definidos na Constituição. Ainda de acordo com Aith

“[...] políticas de governo podem ser políticas pontuais, voltadas à promoção dos direitos humanos, dotadas de uma maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos. Os objetivos das políticas de governo são o de aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos, através da estrutura estatal já existente e utilizando-se dos mecanismos democráticos já estabelecidos.”³⁴

O mesmo autor estabelece os critérios de distinção entre políticas de Estado e de Governo, quais sejam: objetivos; forma de elaboração, planejamento e execução e; forma de financiamento.

Para melhor visualizar essa diferenciação, Luciana Musse³⁵, apresenta em seu um livro um quadro, onde estabelece esquematicamente a distinção proposta por Aith. Confira-se:

| | Políticas Públicas de Estado | Políticas Públicas de Governo |
|------------------|---|---|
| Objetivos | Estruturação do Estado com vistas à execução de políticas públicas de promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais | Promoção de ações pontuais de promoção e proteção dos direitos humanos específicos expressos na CF/1988 |

³³ AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado de Direito e de Promoção de Direitos Humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 03.

³⁴ AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado de Direito e de Promoção de Direitos Humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 04.

³⁵ MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos Sujeitos de Direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 71.

| | | |
|---|--|--|
| Forma de elaboração, planejamento e execução | Competência exclusiva do governo. A participação da sociedade civil na sua implantação é admitida apenas de modo complementar, subsidiário e totalmente subordinada ao Estado; Não podem sofrer quebra de continuidade. | Podem ser delegadas ou terceirizadas; Podem sofrer quebra de continuidade. |
| Forma de Financiamento | Recursos públicos. | Recursos públicos, mas admite-se o co-financiamento privado por meio de regras e controles fixados pelo Poder Público. |

Bucci também ressalta o aspecto temporal como elemento diferenciador entre políticas de Estado e de Governo. Assim, para a autora, as Políticas de Estado seriam medidas em décadas, se identificando com as pretensões constitucionais enquanto as políticas de Governo se realizariam como partes de um programa maior.³⁶

2.2. Análise de Políticas Públicas: *Policy Analysis*

Vimos anteriormente que o governo hoje não se limita mais a simplesmente estabelecer leis e regras à sociedade, mas sim definir políticas que propiciem melhorias a essa população. E é nesse contexto, de um governo por políticas, que se faz necessário um aprofundamento sobre o instituto das políticas públicas.

Um fator de especial relevância “é que não existe um modelo de política pública ‘ideal’ ou ‘correta’, pois elas são respostas contingentes à situação de uma cidade, região ou de um país”. Dessa forma é preciso buscar formas de minimizar esses aspectos variáveis, estabelecendo critérios de avaliação e parâmetros para a criação de ações estatais que estejam aptas a realizar as melhorias à que se propõe.

³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

Partindo desse ponto, de que as políticas públicas são instrumentos de realização de direitos e buscando uma maior compreensão de como se dá essa interrelação, é necessário uma incursão sobre a Análise de Políticas Públicas – *Policy Analysis*, disciplina autônoma que se desenvolveu nos Estados Unidos a partir da década de 1950.

Tal disciplina surgiu com o objetivo de analisar a inter-relação entre as instituições políticas, o processo político e os conteúdos de política, além de almejar um ganho de conhecimento sobre os planos, programas e projetos desenvolvidos e implementados pelo Estado.³⁷

É importante ressaltar que o modelo proposto pela *Policy Analysis* tomou força nas últimas décadas. Os principais fatores para o crescimento dessa disciplina são apresentados por Souza:

“O primeiro foi a adoção de políticas restritivas de gasto, que passaram a dominar a agenda da maioria dos países, em especial os em desenvolvimento. A partir dessas políticas, o desenho e a execução de políticas públicas, tanto as econômicas como as sociais, ganharam maior visibilidade. O segundo fator é que novas visões sobre o papel dos governos substituíram as políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gasto. Assim, do ponto de vista da política pública, o ajuste fiscal implicou a adoção de orçamentos equilibrados entre receita e despesa e restrições à intervenção do Estado na economia e nas políticas sociais. Esta agenda passou a dominar corações e mentes a partir dos anos 80, em especial em países com longas e recorrentes trajetórias inflacionárias como os da América Latina. O terceiro fator, mais diretamente relacionado aos países em desenvolvimento e de democracia recente ou recém-democratizados, é que, na maioria desses países, em especial os da América Latina, ainda não se conseguiu formar coalizões políticas capazes de equacionar minimamente a questão de como desenhar políticas públicas capazes de impulsionar o desenvolvimento econômico e de promover a inclusão social de grande parte de sua população.”³⁸

Desse modo, é necessário trazer alguns conceitos dessa teoria, se pretendemos estabelecer o papel do judiciário brasileiro frente às políticas públicas, mormente em se tratando de um país de desenvolvimento tardio, tal como explicitado por Souza.

É principalmente em países ainda em desenvolvimento que o conhecimento de ferramentas hábeis à implantação e melhoria de direitos, tal como os propostos pela

³⁷ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 214. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

³⁸ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma Revisão da Literatura*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, jul/dez 2006. p. 20/45. p. 20/21.

Análise de Políticas Públicas, se revelam mais necessário. “A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais.”³⁹

Portanto, apresentaremos a seguir alguns pontos conceituais da *Policy Analysis*, apropriando-se de termos que serão extremamente úteis para o desenvolvimento deste estudo.

Inicialmente, apresentaremos as três dimensões que interagem entre si para a formação de políticas públicas: a *polity*, que se refere às instituições e ao arcabouço jurídico de um determinado Estado; a *politics*, que ressalta o papel processual da formulação de uma política; e a *policy*, que se remete ao próprio conteúdo da política pública.

Na sequência, ainda dentro da metodologia desenvolvida pela *Policy Analysis*, voltaremos nossa atenção para o ciclo de formação das políticas públicas, estudando os principais atores e institutos que integram as suas fases de formação, implantação e avaliação.

2.2.1. As Dimensões da *polity*, *politics* e *policy*

Para se perceber como uma política é instituída, antes é necessário entender quais são as dimensões em que uma decisão política é tomada, bem como a relação entre os planos da *polity*, da *politics* e da *policy*.

A teoria política vem utilizando os termos em inglês para diferenciar essas três dimensões da política, razão pela qual optamos pelo uso dos termos estrangeiros.

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 03.

Polity se refere à dimensão institucional, se relacionando com a organização do sistema político, estabelecido por um determinado ordenamento jurídico, além de fazer referência a estrutura político-administrativa de suas instituições.⁴⁰

Desse modo, tal termo nos remete às bases do próprio Estado, consubstanciado pela sua constituição, seu modelo de estado, de governo, além da forma como suas instituições se relacionam entre si e com a sociedade.

Essa variável seria àquela com o menor grau de relacionamento, sendo considerada pela Análise de Políticas Públicas como independente, tanto da *politics* quanto da *policy*. Há o pressuposto de que existe certa estabilidade das instituições e do modelo estatal vigente.

A ordem política seria a moldura em que se travam as discussões necessárias à formulação de uma política. "Todavia, não se deve deixar de reparar que na realidade política essas dimensões são entrelaçadas e se influenciam mutuamente."⁴¹

Politics reflete o papel processual das políticas, eis que elas realizam sob um conjunto de atos sequenciais tendentes a um determinado fim. Assim, percebendo-as como um procedimento coordenado de diversos atores podemos entender como surge uma política pública.

A dimensão da *politics* é onde se trava o debate político no que diz respeito à definição de objetivos, alocação de recursos, conteúdos e decisões de distribuição.⁴²

É nesse contexto, relacionado à atividade política, que há o processamento das demandas da sociedade e das demandas do próprio sistema, realizadas pelos agentes políticos. Assim, as demandas podem tanto reivindicar bens, serviços, saúde, alimentação, controle de corrupção, acesso a cargos, ações de preservação

⁴⁰ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 216. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

⁴¹ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 217. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

⁴² FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 217. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

ambiental, quanto podem significar demandas do próprio sistema político, tais como às propostas por agentes do executivo, pelos parlamentares, governadores, etc.⁴³

Uma definição adequada de *politics* é dada por Ruas, merecendo ser abaixo transcrita:

“[...] de maneira bastante simplificada, podemos considerar que grande parte da atividade política dos governos se destina à tentativa de satisfazer as demandas que lhes são dirigidas pelo atores sociais ou aquelas formuladas pelos próprios agentes do sistema político, ao mesmo tempo que articulam os apoios necessários. Na realidade, o próprio atendimento das demandas deve ser um fator gerador de apoios - mas isto nem sempre ocorre, ou, mais comumente, ocorre apenas parcialmente. De qualquer forma, é na tentativa de processar as demandas que se desenvolvem aqueles "procedimentos formais e informais de resolução pacífica de conflitos" que caracterizam a política.”⁴⁴

Por fim, após todo o debate político, realizado em uma estrutura previamente determinada, tem-se como resultado uma política pública, ou *policy*.

A *Policy* “refere-se aos conteúdos concretos, isto é, a configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas”.⁴⁵

Inicialmente pensava-se a *policy* como um mero produto da arena política, contudo, o conteúdo da política pública em discussão influencia diretamente os termos do debate. Dessa forma, cumpre detalhar melhor essa relação entre a *policy* e a *politics*.

2.2.2. Os tipos de Políticas Públicas e sua influência no processo decisório: A ideia de Arena Política – *Policy Arena*

A política pública é fruto de um processo realizado em uma determinada estrutura política, conforme descrevia o modelo tradicional:

“A ciência política tradicional sempre encarou as *policies* como um resultado das dinâmicas de enfrentamento, disputa de poder e resolução de

⁴³ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 02/03. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁴⁴ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 03. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁴⁵ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 217. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

interesses entre os atores (politics). Ou seja, sendo politics a variável independente, não havia por que perder tempo estudando as policies, pois estas não passavam de variáveis dependentes.”⁴⁶

Foi a partir dos estudos de Theodore Lowi, resumidos na máxima de que ‘a política pública faz a política’ que se percebeu a importância do conteúdo da política na sua própria formulação. A *policy* deixou de ser um mero produto extraído da *politics*, e passou a ser um fator determinante para o próprio processo. Lowi “parte do pressuposto de que as reações e expectativas das pessoas afetadas por medidas políticas tem um efeito antecipativo para o processo de decisão e de implementação”.⁴⁷

Partindo desse ponto Lowi elabora quatro tipos de políticas públicas⁴⁸, sendo que cada tipo vai encontrar diferentes modos de apoio e rejeição no momento de sua formulação e implementação.

A partir do conteúdo da política, os atores que a influenciam se arranjam de maneiras diferentes, adequadas ao seu interesse. É esse arranjo político, variável em função do tema em debate, que materializa a Arena Política. “O modelo da *Policy Arena* refere-se, portanto aos processos de conflito e de consenso dentro das diversas áreas de política.”⁴⁹

Antes de apresentarmos os quatro tipos de política distinguidos por Lowi, é interessante definir quem são esses atores que influenciam não só o conteúdo da *policy*, mas o próprio modelo em que se dá o debate, a *politics*.

⁴⁶ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 15.

⁴⁷ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes á Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 223. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

⁴⁸ LOWI, Theodore. *Four systems of policy. politics and choice*. In: *Public Administration Review*, v. 32, n.4, jul/Aug, 1972. p. 298/310. Disponível em: <http://www.platonicmedia.co.uk/wp/content/uploads/2011/02/Lowi_1972PAR.pdf> Acesso em 31 out. 2013.

⁴⁹ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes á Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 223. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

Diversos são os critérios utilizados para identificar os atores em uma política pública⁵⁰, contudo, nos limitaremos ao didático modelo apresentado por Rua, para quem o método

“[...] mais simples e eficaz é estabelecer quem tem alguma coisa em jogo na política em questão. Ou seja, quem pode ganhar ou perder com tal política, quem tem seus interesses diretamente afetados pelas decisões e ações que compõe a política em questão.”⁵¹

Nesse contexto, os atores podem ser qualquer um que possua alguma influência no processo decisório. Assim, políticos e seus partidos, governantes, equipes de governo, burocratas e analistas, empresários, trabalhadores, sindicatos e associações, entidades não governamentais, organismos e entes estrangeiros, movimentos sociais, grupos organizados de pressão, *Black Blocs*, a mídia, todos fazem parte da arena política e, a depender da política em debate, irão interagir de diferentes formas em prol de seus interesses.

Esses interesses podem ser mais ou menos consensuais a depender da política em questão e dos atores que estão a defini-la. É nesse ponto que voltamos para a proposta de Lowi, que caracteriza as políticas de acordo com seu caráter distributivo, redistributivo, regulatório ou constitutivo.

Para tanto, vamos nos valer mais uma vez do trabalho publicado por Klaus Frey⁵², que, ao reler a teoria de Lowi, especificou cada tipo de política pública, identificando suas características e estabelecendo o grau de consenso e conflito entre os diversos atores envolvidos.

“1. Políticas distributivas são caracterizadas por um baixo grau de conflito dos processos políticos, visto que políticas de caráter distributivo só parecem distribuir vantagens e não acarretam custos - pelo menos diretamente percebíveis - para outros grupos. Essas ‘policy arenas’ são caracterizadas por ‘consenso e indiferença amigável’. [Windhoff-Héritier, 1987, p. 48]. Em geral, políticas distributivas beneficiam um grande número de destinatários, todavia em escala relativamente pequena; potenciais opositores costumam ser incluídos na distribuição de serviços e benefícios.

⁵⁰ Para uma análise mais detalhada sobre os diversos atores que agem em torno de uma política pública, suas divisões metodológicas e o grau de influência e poder que exercem uns sobre os outros, ver DIAS, Reinaldo; Matos, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012, cap. 03.

⁵¹ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 05. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁵² FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 223/224. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

2. Políticas redistributivas, ao contrário, são orientadas para o conflito. O objetivo é 'o desvio e o deslocamento consciente de recursos financeiros, direitos ou outros valores entre camadas sociais e grupos da sociedade' [Windhoff-Héritier, 1987, p. 49]. O processo político que visa a uma redistribuição costuma ser polarizado e repleto de conflitos.

3. Políticas regulatórias trabalham com ordens e proibições, decretos e portarias. Os efeitos referentes aos custos e benefícios não são determináveis de antemão; dependem da configuração concreta das políticas. Custos e benefícios podem ser distribuídos de forma igual e equilibrada entre os grupos e setores da sociedade, do mesmo modo como as políticas também podem atender a interesses particulares e restritos. Os processos de conflito, de consenso e de coalizão podem se modificar conforme a configuração específica das políticas.

4. Políticas constitutivas ('constituent policy') [Lowi, 1972] ou políticas estruturadoras - Beck fala de 'políticas modificadoras de regras. [Beck, 1993, p. 17] - determinam as regras do jogo e com isso a estrutura dos processos e conflitos políticos, isto é, as condições gerais sob as quais vêm sendo negociadas as políticas distributivas, redistributivas e regulatórias."

A tipologia de cada uma dessas políticas públicas vai definir grupos de interesses ou pontos de vetos e apoios diferentes, que se processarão, dentro do sistema político, também de maneira diferente.⁵³

É assim, a partir do conteúdo da política que aqueles que de alguma forma serão afetados pela ação pública se organizam. Às vezes em polos distintos, às vezes do mesmo lado, sempre com o objetivo de conseguir maiores benefícios e recursos ao seu grupo de interesse.

A forma como essa interação se dá, também foi objeto da Análise de Políticas Públicas, que buscou reduzir as enormes complexidades inerentes ao processo político, em especial quando da formulação de uma nova política pública.

2.2.3. Ciclo de Políticas Públicas: *Policy Cycle*

O ciclo da política, ou *policy cycle* no âmbito da teoria da Análise de Políticas Públicas, nada mais é do que um instrumento de resolução de problemas. Divide-se

⁵³ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma Revisão da Literatura*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, jul/dez 2006. p. 20/45. p. 28.

o agir público em diferentes etapas, possibilitando, assim, a adoção de um modelo heurístico, e a identificação de pontos de correção em determinada fase.⁵⁴

Contudo, antes de passarmos as fases propriamente, é importante ressaltar a dificuldade de distinguir, na prática, onde há o ponto de corte em cada modelo do ciclo político. Essa talvez seja a principal crítica ao estabelecimento de um modelos estanques, mas, como instrumento de análise, ainda sim é importante pontuar tais estruturas.

Nesse sentido:

“O modelo proposto de ciclo de políticas públicas é um tipo ideal e, na prática, as coisas não ocorrem exatamente como o proposto pelo modelo. No entanto, o modelo é útil como um instrumento de análise, pois fornece um quadro de referencia para a análise processual. ‘Ao atribuir funções específicas às diversas fases do processo político-administrativo, obtemos mediante a comparação dos processos reais com o tipo puro pontos de referencia que nos fornecem pistas às possíveis causas dos déficits de resolução de problema’.”⁵⁵

Também não há um consenso na literatura especializada sobre a quantidade de fases na elaboração de uma política pública. Dias e Matos⁵⁶ chegam a produzir uma tabela com treze diferentes autores, cada qual com uma quantidade de fases ou uma nomenclatura distinta para cada uma delas.

Há de se ressaltar ainda que, apesar da sua utilidade, o ciclo de políticas públicas dificilmente será observado de forma compartimental, estanque, haja vista que raramente expressarão a real dinâmica de uma política pública. As fases usualmente se apresentam embaralhadas, se alternando com frequência.⁵⁷

Assim, buscando simplificar, utilizaremos uma divisão comum a todas as propostas, dividindo o ciclo político em somente três fases, de formulação, de implantação/execução e de avaliação.

⁵⁴ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes á Prática da Analise de Políticas Públicas no Brasil*. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 226. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

⁵⁵ FERNANDEZ *apud* DIAS, Reinaldo; Matos, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

⁵⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64/66.

⁵⁷ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 34.

Para esse trabalho, nos deteremos um pouco mais nos momentos de formação da política pública, com suas principais características, haja vista que esse é o momento de crucial importância para, posteriormente, discutir o papel do judiciário nesse contexto, seja para analisá-lo como mais um dos atores no momento da formulação da política, seja para verificar seu papel no controle desses atos políticos.

As fases de execução e de avaliação não se relacionam de forma mais direta com o Poder Judiciário, já que, em regra, são questões atinentes aos demais poderes.

2.2.4. Formulando Políticas Públicas

2.2.4.1. Estado de coisas: Identificando um problema político

Para que determinada situação venha a dar fundamento a uma política pública é preciso que inicialmente seja detectada uma demanda. Essa demanda pode vir de qualquer grupo social, que demonstre suficiente mobilização e insatisfação quanto a determinado ponto. Tal situação é o que caracteriza o *estado de coisas*, que segundo Ruas é:

“[...] algo que incomoda, prejudica, gera insatisfação para muitos indivíduos, mas não chega a constituir um item da agenda governamental, ou seja, não se encontra entre as prioridades dos tomadores de decisão. Quando este estado de coisas passa a preocupar as autoridades e se toma uma prioridade na agenda governamental, então tornou-se um ‘problema político’.”⁵⁸

Quando há alguma mobilização política com força suficiente para levar aquela demanda a agenda pública, o problema, até então considerado um estado de coisa, passa a ser um problema político, ou um *input*, nos termos da *policy analysis*. Contudo, para que um estado de insatisfação passe a compor a agenda política é necessário que demonstre pelo menos uma das seguintes características.⁵⁹

“(a) mobilize ação política: seja ação coletiva de grandes grupos, seja ação coletiva de pequenos grupos dotados de fortes recursos de poder, seja ação de atores individuais estrategicamente situados;

⁵⁸ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 05. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁵⁹ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 06. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

(b) constitua uma situação de crise, calamidade ou catástrofe, de maneira que o ônus de não resolver o problema seja maior que o ônus de resolvê-lo;

(c) constitua uma situação de oportunidade, ou seja, haja vantagens, antevistas por algum ator relevante, a serem obtidas com o tratamento daquele problema.”

Ao se transformar em um problema político, o estado de coisas passa a compor uma lista de prioridades de atuação, compondo assim a agenda política.⁶⁰

2.2.4.2. Formação da Agenda

A agenda é um apanhado de problemas políticos que conseguiram força suficiente para compor uma lista de temas definidos como politicamente relevantes. “Ela pode ter a forma de um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário ou, ainda, de uma simples lista de assuntos que o comitê editorial de um jornal entende como importante.”⁶¹

Leonardo Secchi, define dois tipos de agenda, conforme texto de Cobb e Elder, a agenda política e a agenda formal ou institucional.⁶² A primeira seria composta de todos os temas ou problemas políticos percebidos pela sociedade como merecedores da intervenção pública; a segunda agenda seria aquela que estabelece quais serão os problemas políticos, *inputs*, que o poder público já decidiu enfrentar em um determinado período.

Para que um problema venha a figurar na agenda institucional é necessário que ela tenha atraído suficiente atenção de diferentes atores. “Frequentemente, são a mídia e outras formas da comunicação política e social que contribuem para que seja atribuída relevância política a um problema peculiar.”⁶³

⁶⁰ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 35.

⁶¹ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 36.

⁶² SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 36.

⁶³ FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, jun/2000. p. 211/259. p. 227. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>> Acesso em 28 out. 2013.

Também é fundamental que o problema político a ser incluído na agenda governamental seja passível de solução, ou pelo menos de minimização de seus efeitos negativos, pelos órgãos públicos, que podem vir a ser responsabilizados.

Nesse momento, quando já identificado um problema político, com força e capacidade de integrar a agenda institucional, pode ocorrer o que Bachrach e Baratz conceituam como 'não decisão'.⁶⁴

“A não decisão não se refere à ausência de decisão sobre uma questão que foi incluída na agenda política. Isso seria, mais propriamente resultado do emperramento do processo decisório. Não-decisão significa que determinadas temáticas que ameaçam fortes interesses, ou que contrariam os códigos de valores de uma sociedade (e, da mesma forma, ameaçam interesses) encontram obstáculos diversos e de variada intensidade à sua transformação de um estado de coisas em um problema político - e, portanto, à sua inclusão na agenda governamental.⁶⁵ (grifos no original)”

Ao ser efetivamente incluído na agenda governamental o problema político passa a ser debatido pelos atores da *politics*, que buscam formular alternativas para sua resolução, estabelecendo uma decisão política.

2.2.4.3. Formulação de alternativas

Essa é a fase em que se escolhe a alternativa de ação mais apropriada entre as várias possibilidades de resolução apresentadas. São atos prévios à tomada de decisão.

“A formulação das alternativas é um dos mais importantes momentos do processo decisório, porque é quando se colocam claramente as preferências dos atores, manifestam-se os seus interesses e é então que os diversos atores entram em confronto. Cada um deles possui recursos de poder: influência, capacidade de afetar o funcionamento do sistema, meios de persuasão, votos, organização, etc. E cada um deles possui preferências. Uma preferência é a alternativa de solução para um problema que mais beneficia um determinado ator. Assim, dependendo da sua posição, os atores podem ter preferências muito diversas uns dos outros quanto à melhor solução para um problema político.”⁶⁶

A etapa de elaboração de alternativas é o momento em que se direciona os esforços em prol de um ou outro *input* acrescentado à agenda governamental. “A

⁶⁴ BACHRACH Apud RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 06. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁶⁵ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 06. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁶⁶ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 07. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

definição de alternativas é o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca o poder.”⁶⁷

É aqui, que mais facilmente podemos observar a aplicação da ideia de arena política, quando os diversos atores, em função das suas expectativas e preferências, fazem alianças e disputam entre si cada alternativa, cada ponto que tenha algum impacto na decisão política a ser adotada.

No contexto dessas associações e contraposições são várias as formas de se pensar a solução para um *input* de demanda.

Rua define três padrões de interação na eleição de uma alternativa: lutas, jogos e debates.

Celina Souza destaca outras teorias pensadas para definir o melhor método para a definição de uma decisão em meio a diversas alternativas e interesses conflitantes. Assim, ela noticia o modelo do *Incrementalismo*, o modelo *garbage can*, o modelo de *Coalizão de defesa*, o modelo do *Equilíbrio Interrompido* e, por fim, o modelo influenciado pelo *novo gerencialismo público*.

2.2.4.4. Decisão Política: tomada de decisão

“A tomada de decisão representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas.”⁶⁸

Portanto, uma decisão política é a escolha da alternativa que melhor harmonizou os diversos interesses dos atores que compõem determinada arena política.

Maria das Graças Rua traz o elemento que, de fato, prepondera no momento de definir uma alternativa a ser institucionalizada:

“O que move o jogo do poder não é a lógica de um curso de ação, nem as rotinas organizacionais, nem a excelência técnica de cada alternativa, mas o poder efetivo e as habilidades políticas dos proponentes e adversários de

⁶⁷ SCHATTSCHEIDER *apud* SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 37.

⁶⁸ SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 40.

uma alternativa para negociar, barganhar até obter uma solução satisfatória para um determinado problema político.”⁶⁹

Percebe-se que não se trata da escolha mais racional ou coerente, mas sim do resultado da disputa de força entre os diversos atores envolvidos.

Uma decisão política não significa uma escolha tecnicamente perfeita, mas sim a melhor alternativa possível no contexto político em que inserida. Tal posição, na prática, implica dizer que todos os atores que possuíam algum tipo de poder para inviabilizar a política pública acreditam que estão ganhando alguma coisa sem que percebam que estejam sendo prejudicados em outro ponto. Portanto, somente os atores que não têm recursos de poder para impedir a implementação de uma política pública é que arcarão com os prejuízos oriundos da decisão, ou na melhor das hipóteses, não terão qualquer ganho.⁷⁰

Outra característica importante da decisão política é o seu caráter formal, eis que se trata de um ato simbólico importante. A decisão política é efetivada através de uma solenidade de voto ou de assinatura, conferindo legitimidade e força à decisão tomada. Assim, as decisões política, comumente, se transmudam em leis, decretos, normas, resoluções e outros atos adotados pela administração pública.⁷¹

Todavia, para que uma decisão política se efetive em uma ação efetiva que venha a atender àquela demanda inicial que deu origem ao ciclo político. Não há qualquer relação mais direta entre a decisão política e a implementação de uma política pública. Assim, uma política pública é sempre oriunda de uma decisão política, apesar de nem toda decisão política implicar na constituição de uma política pública. Vários são os fatores que podem impedir a implementação da política pública oriunda de uma decisão já tomada.

Nesse sentido, Secchi lembra que

“[...] deve-se levar em consideração que muitas decisões não tomadas, adiamentos, enterros de projetos (feitos com discrição ou não) podem ter significado político igual ou mais importante que as decisões adotadas. Não

⁶⁹ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 12. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁷⁰ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 13. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁷¹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

agir, ou seja, decidir não atuar muitas vezes pode ser tão revelador como o fato de tomar decisões e agir.”⁷²

Por fim, cumpre observar que uma decisão política corresponde a uma escolha dentre uma gama de alternativas, o que não é suficiente para constituir uma política pública, haja vista que “uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas”⁷³.

2.3. Políticas Públicas Constitucionais e sua influência no Judiciário

A política pública é o instrumento de que se vale o estado para governar, determinando as ações necessárias para a consecução de um determinado direito e alocando recursos para o alcance de determinados fins almejados pela sociedade.

Contudo, esse mecanismo de governo, como não poderia deixar de ser em um Estado de Direito, deve, sempre, ser consubstanciado em um texto legal.

Diversos são os instrumentos jurídicos que dão suporte às políticas públicas. Podem elas vir previstas em normas infralegais, como portarias e decretos, em leis, como comumente se dá, e em dispositivos constitucionais, conferindo à política em questão um status diferenciado.

Canotilho afirma que as normas constitucionais, se referindo àquelas definidoras de metas e objetivos de um Estado, não substituem a *politics*, mas são premissas materiais da *policy*. Tais dispositivos marcam “uma decisiva distância em relação ao entendimento da ‘política’ como domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado”.⁷⁴

Tais premissas devem ser levadas em conta pelo legislador, no momento de definir uma nova política, contudo as normas constitucionais não se resumem à

⁷² SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 43.

⁷³ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 01. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analisepoliticaspublicas.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2.ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 463.

parâmetros. Elas têm a função primordial de “fornecer um impulso material permanente e consagrar uma exigência de atuação”.⁷⁵

Apesar de posteriormente ter *engeitado* sua obra e revisto muitas das suas opiniões, o professor português apresenta alguns argumentos que continuam válidos, principalmente no que respeita a este trabalho. Assim, Canotilho apresenta as normas constitucionais como elementos limitadores e vinculadores da atuação política:

“A política não é criação ex novo, através de uma vontade preexistente à constituição, do interesse superior do Estado. A definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar “autônoma” e primariamente de “vontade política” do governo; os “fins políticos supremos” e as tarefas de uma república encontram-se normativizados na constituição.”⁷⁶

É justamente no caráter vinculante das normas constitucionais que reside os maiores impactos no que se refere à atuação do Judiciário, haja vista que esse status constitucional conferido a determinadas políticas sociais conduz a uma atuação mais incisiva dos juízes.

Só faz sentido falar em direitos sociais, mormente quando se observa pelo prisma da constitucionalização de tais direitos, se eles vierem acompanhados de um conjunto de garantias equivalentes, que permitam sua efetiva realização, transformando-os em um pilar político e jurídico de um Estado de Direito.⁷⁷

Nesse contexto, onde a Constituição encerra também um programa de ação e uma ordem de implementação de direitos, não se pode deixar a efetivação desses direitos unicamente à cargo do legislador. Desse modo, se a Constituição define um modelo de atuação substancial, este parâmetro também deve ser observado pelo Judiciário, eis que se trata de um dos poderes do Estado e, também, vinculado à concretização da Carta Política.

Gisele Cittadino apresenta a constitucionalização de políticas públicas como um dos elementos que permitem maior interferência do judiciário em temas que, anteriormente, eram afetos somente aos outros dois poderes. Perceba:

⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2.ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 464.

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2.ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. XXIV.

⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 07.

“[...] Os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguraram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falar em um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’.”⁷⁸

Mas como deve agir o Poder Judiciário em questões que até então eram afetas somente ao Legislativo e ao Executivo? Buscando determinar a forma como os juízes devem agir frente à situações desse tipo, Ronald Dworkin desenvolve um modelo que amplia o que se entendia por Direito, definindo-o como um campo formado por regras, princípios e políticas.

É a partir dessa visão que tentaremos entender como o Judiciário deve interpretar as difíceis questões postas pelos casos judiciais em que se buscam concretizar direitos fundamentais.

⁷⁸ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 17/18.

3. CONCRETIZANDO DIREITOS EM JUÍZO

O atual modelo constitucional estabelece uma série de direitos fundamentais que necessitam de uma postura positiva do Estado para sua concretização. E a forma do Estado efetivar tais direitos é mediante a implementação de políticas públicas.

Contudo, conforme se depreende do ciclo de formação de políticas públicas, muitos são os motivos que podem influenciar na efetivação de um determinado direito.

A simples identificação de um problema político já é um elemento que pode estabelecer uma série de dificuldades intransponíveis dentro da estrutura de formação de uma política pública, inviabilizando, já de início, a concretização de um direito, tal como à educação.

O que dizer da adoção de uma agenda que congregue todos os atores daquela determinada Arena Política; do debate para a formulação de alternativas com vias à definição de uma decisão política; dos interesses e forças divergentes que a cada instante, em razão do conteúdo da política em discussão, ou de outro fator qualquer, alteram seu apoio e voto?

Esse papel definidor de políticas públicas pertencia, tradicionalmente, ao Poder Legislativo, responsável pela harmonização desses diversos fatores e sua concretização por meio da lei.

Ocorre que, com o advento do Estado Social, e a necessidade de um governo voltado para a concretização de objetivos sociais, *a government by policies*, “a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente [...]”⁷⁹.

Nesse contexto, de diminuição de importância do Legislativo e sua aproximação com o Executivo, agora em evidência, o Poder Judiciário também precisou passar por uma reformulação no seu modo de agir frente às leis e à atuação dos demais poderes.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun, 1998. p. 44.

Coura e Sousa escrevem sobre esse marco na alteração do posicionamento do Poder Judiciário:

“Tal pensamento oxigenou ainda mais as formas de controle dos poderes públicos, que foram ganhando novos contornos, num aprimoramento que encontrou respaldo na sociedade, que já não se contentava somente com o controle de constitucionalidade das leis, por entender que, com as promessas do “Estado providência”, precisava-se estar atento para as políticas desenvolvidas pelo Administrador Público.”⁸⁰

Assim, apesar da inclusão do Judiciário no rol de responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais sociais, como se daria esta atuação?

Os juízes possuem legitimidade para, ultrapassando a barreira da separação dos poderes, deixarem de atuar como meros executores das normas legais e passarem a ser mais uma instituição estatal em prol dos direitos fundamentais?

Fabio Konder Comparato defende um rearranjo das funções e Poderes estatais, passando a levar em conta, como critério classificatório, as políticas públicas ou programas de ação governamental. Para tanto, seria necessário uma reorganização constitucional dos Poderes, dando preeminência à função planejadora.⁸¹

Todavia, não possuímos nenhum modelo de Estado democrático que tenha ultrapassado as barreiras institucionais dos três poderes, e assim devemos buscar adequar o anseio constitucional pela consecução de direitos fundamentais sociais com o modelo institucional vigente, considerando suas limitações e características.

Um dos primeiros e mais importantes autores contemporâneos a definir um modelo de atuação institucional compatível com esse novo paradigma jurídico foi Ronald Dworkin⁸² que, afastando-se do pensamento dominante, desenvolveu um

⁸⁰ COURA, Alexandre de Castro; SOUSA, Pedro Ivo de. *Controle Judicial De Políticas Públicas*. In: *XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador-BA*. XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008. p. 4051/4070. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em: 19 out. 2013. p. 4053.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun, 1998. p. 44.

⁸² “Dworkin é considerado um dos maiores teóricos e filósofos do direito do final do século XX e começo do XXI. Sua obra percorre vasta temática que vai além da Filosofia do Direito, tratando também de assuntos das áreas da Filosofia Política e da Filosofia Moral. Suas opiniões percorreram não só a academia, mas também buscaram viabilizar um debate público através de suas ideias sobre temas conturbados e de alta complexidade teórica e filosófica: como os desaparecidos políticos na Argentina durante a década de 80, o aborto e a eutanásia, a pornografia, a objetividade dos valores morais, o sistema político norte-americano e as formas de financiamento de campanha, as ações afirmativas, democracia, homossexualidade, liberdade religiosa e até sobre o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) no Brasil.

sistema constituído por regras, princípios e políticas voltados para resolução de casos em que a simples aplicação da lei não é suficiente para que uma decisão possa ser considerada como adequada aos ideais constitucionais de um Estado.

E assim, incluindo no campo jurídico, e conseqüentemente na seara das decisões judiciais, novos elementos a somarem-se às leis vigentes, apresentou a possibilidade do Poder Judiciário atuar de forma mais eficaz em relação aos direitos fundamentais.

Passa-se a analisar um pouco mais a fundo a distinção entre regras, princípios e políticas no campo jurídico definido por Dworkin, como forma de estabelecer novos parâmetros à decisão judicial.

3.1. Regras, Princípios e Políticas

Dworkin desenvolve seu pensamento a partir de uma crítica ao Positivismo Jurídico, buscando uma alternativa que, sem recorrer a qualquer característica metafísica especial, substitua essa Teoria do Direito, até então dominante.

O professor norte americano, logo de plano, busca demonstrar a falha no pensamento positivista na forma com que estabelece direitos aos indivíduos, já que, para tal teoria, só existiriam direitos quando houvesse uma decisão política consubstanciada em uma determinada lei. Assim, o positivismo

“[...] rejeita a ideia de que indivíduos ou grupo possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade.”⁸³

Dworkin refuta essa ideia e defende a existência de direitos anteriores, preferenciais, que devem prevalecer frente às decisões tomadas pelas instituições

Ao longo das últimas cinco décadas, Dworkin dialogou, debateu ou questionou teorias de grandes nomes dos estudos jurídicos, filosóficos e políticos: Herbert Hart, Isaiah Berlin, John Rawls, Richard Rorty, Amartya Sen, Richard Posner, Thomas Nagel, dentre vários outros, apenas para citar alguns mais recentes.

Dworkin [...] faleceu em 14 de fevereiro de 2013 em Londres em decorrência de leucemia.”

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. *Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco espinho*. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 04, n. 07, 2013. p. 289/290. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/revistaceaju/article/view/8348>>. Acesso em: 27 Mar. 2014.

⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XIV.

do Estado, bem como àquelas tomadas por um grupo majoritário ou pela sociedade como um todo.⁸⁴

Desse modo, os direitos individuais são considerados “trunfos políticos”⁸⁵ que garantem aos indivíduos direitos contra o Estado, inclusive no que respeita à criação de regras e à elaboração de metas coletivas.

Mas como incluir esses “trunfos” em um sistema que somente considera direito o que está definido nos textos legais?

Ao analisar as decisões judiciais, especialmente nos casos difíceis, *hard cases*, Dworkin percebe que os magistrados nem sempre se limitam a decidir conforma as regras estabelecidas, muitas vezes pela própria inaplicabilidade dessas ao caso específico. Várias decisões são fundamentadas utilizando critérios alheios ao direito positivo, essencialmente princípios morais e objetivos políticos.

Verifica-se, portanto, uma ampliação do campo jurídico, antes restrito às regras, para incluir os princípios e as políticas.

Na formulação desse novo sistema, Dworkin aceita que o positivismo pode ser um modelo adequado para as normas do tipo regras, contudo, de forma alguma ele se aplica às normas que atuam como princípios ou políticas.⁸⁶

3.1.1. Regras

As regras são somente uma parte da estrutura jurídica e se traduzem naquelas normas jurídicas do direito positivo, produzidas sob um determinado modelo de validação, definem direitos e obrigações.

São normas que estabelecem “um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela são submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação”.⁸⁷

As regras, para serem consideradas válidas, devem ser produzidas segundo um determinado modelo previamente definido, que lhe reconheça como tal. Estes testes

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XV.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XV.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

de *pedigree* seriam usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias e de demais regras sociais, seguidas pela comunidade mas sem juridicidade.⁸⁸

Dworkin reconhece a aplicação dos preceitos positivistas às normas do tipo regra, mas registra como sua principal característica, distinta dos princípios, a natureza da orientação que oferece. as regras seriam aplicadas dentro de um sistema de tudo ou nada. “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”⁸⁹

As regras jurídicas não possuem qualquer gradação na sua aplicação, caso um fato aconteça e haja uma norma válida que lhe impute um efeito jurídico, ela será aplicada. Um bom exemplo dado por Dworkin é o limite de velocidade nas estradas, ou se está dentro do limite ou se está violando a norma.

Havendo conflito entre duas ou mais regras uma delas deverá ser considerada inválida. A decisão sobre qual deve ser aplicada e qual deve ser invalidada ou reformulada pode ser dada pelo próprio ordenamento positivo, ao estabelecer critérios de aplicação no tempo e no espaço, bem como exceções em cada caso específico.⁹⁰

Um bom exemplo desse sistema e a regra disposta no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42):

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

Assim, o enunciado, e a interpretação correta de uma regra devem levar em conta todas as exceções e demais normas que se aplicam ao caso.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

3.1.2. Princípios

Na definição de direitos e obrigações jurídicas, especialmente em *hard cases*, os juristas recorrem a padrões que atuam de forma diferente das regras. São padrões políticos e morais que não se ajustam aos critérios definidos pelo positivismo.

“Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁹¹

Os princípios não estabelecem uma situação em que eles devem ser aplicados, eis que não se moldam a nenhum fato concreto previamente definido, mas “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessita uma decisão particular”.⁹²

Não se trata de uma situação de tudo ou nada, de certo ou errado, como as normas do tipo regra. Os princípios possuem uma dimensão de peso, que a depender do caso serão mais ou menos importantes, prevalecendo ou não naquele momento.

Em uma situação específica, os princípios são elementos que justificarão o deslinde da solução em um ou outro sentido. Pode haver outros princípios que argumentem em outra direção, contudo, a sua não aplicação àquele caso concreto, não significa que ele não faz parte do sistema jurídico, pois em outra situação, ausentes as considerações que o levaram a ser anteriormente afastado, ele pode prevalecer.⁹³

“Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.”⁹⁴

Outro papel importante desempenhado pelos princípios se dá por ocasião das regras que contém palavras abertas, indeterminadas, tais como “boa-fé”, “injusto”, “função social”, “negligente”, etc. Tais palavras levam o interprete a aplicar argumentos de princípio, alheios a própria regra. Todavia, essas palavras abertas, por mais amplas que sejam, não transformam uma regra em um princípio, pois, por

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

mais indeterminado que seja a regra, ela sempre estará balizada pelo tipo de princípio que lhe vincula.

Há de se ressaltar, também, que a influência dos princípios nas regras não ocorre somente quando há o uso de termos abertos, ela está presente inclusive naquelas consideradas fechadas, “pois mais do que trunfos ou cartas na manga para casos difíceis no nível das regras, os princípios constituem os fundamentos para a justificação adequada de qualquer decisão jurídica”⁹⁵.

Portanto, os princípios são os fundamentos que permitem conduzir uma decisão jurídica em seu favor, seja por permitirem explicar uma determinada conduta, conferindo um direito ao indivíduo, seja por estabelecer limites e parâmetros para a atuação das regras positivas.

Simioni, ao fazer uma leitura de Dworkin define que

“Princípios são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos a que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo.

[...]

Os princípios são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível.”⁹⁶

Os princípios englobam tanto as políticas públicas quanto os princípios morais, contudo possuem características próprias, e constituem dimensões de peso diferente.

3.1.3. Política

A norma política não é uma regra, mas um padrão normativo, assim como os princípios morais, de que se vale o Judiciário para fundamentar suas decisões. Porquanto, do mesmo modo que os princípios morais estabelecem parâmetros para uma solução jurídica, as políticas são capazes de viabilizar argumentos, também integrantes do ordenamento jurídico, para fundamentar uma decisão.

⁹⁵ SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 207.

⁹⁶ SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 207 e 210.

Embora Dworkin apresente os princípios como um termo genérico, servido para indicar todo tipo de padrão que não é regra, como a política, é o próprio autor que diferencia os termos, cumprindo trazer novamente o conceito apresentado por ele:

“Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”⁹⁷

Dworkin não define de forma mais detalhada os elementos caracterizadores do seu conceito de política, para tanto remetemos o leitor para o item. 2.1.2 deste trabalho, que procura definir o enfoque dado ao termo. Todavia, vários esforços foram empenhados na definição de distinções e peculiaridades entre princípios e políticas.

Essa distinção se faz importante porque o juiz, ao interpretar a lei, pode percebê-la tanto como uma expressão de princípio moral quanto de política pública. Nesse sentido, deve-se considerar o direito como um instrumento político de uma comunidade visando o bem estar geral, a política, mas também como um elemento de integridade e coerência de princípios morais.⁹⁸ As políticas públicas funcionariam como elemento concretizador de direitos fundados em princípios.

Uma diferença importante é que enquanto

“Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou um grupo.”⁹⁹

Podemos, portanto, entender que os princípios são padrões normativos que estabelecem direitos e as políticas públicas padrões que definem objetivos.

Quando uma política pública vem viabilizar um determinado direito, fica fácil percebê-la como um argumento de peso em favor de uma determinada decisão. O primeiro problema se dá quando há a colisão entre princípios morais e políticas

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁹⁸ SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 208.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

públicas. O que fazer quando uma determinada política pública, devidamente instituída vai de encontro com convicções morais importantes de uma comunidade.

Buscando harmonizar os argumentos de peso impostos tanto pelos princípios quanto pelas políticas, Dworkin desenvolve a noção de direito como integridade, que será detalhada posteriormente.

3.1.4. Viabilizando argumentos de princípio e de política

O modelo positivista, predominante durante a maior parte do século XX, limitava a decisão e a argumentação jurídica aos ditames da legislação. Portanto, o magistrado estava impedido de proferir decisão que se afastasse do direito positivo, mesmo em situações em que não havia uma regra muito clara a ser aplicada, a decisão deveria ficar circunscrita às possibilidades de escolha que o direito positivo forneciam.

Dworkin propõe um outro nível de argumentação, além daquela definida pelos limites da legislação. A decisão sendo justificada por uma questão de princípio.

Os argumentos de princípios se fazem mais presentes no momento em que uma determinada decisão pode, caso se submeta somente a uma regra positiva específica, levar a resultados distintos, ou ainda quando não há uma norma legal em que o fato concreto se amolde. Dworkin define essas situações como *hard cases*.

Dessa forma, ainda que as regras positivas não sejam capazes de direcionar um julgamento, o juiz deve descobrir qual é o direito das partes envolvidas.

Perceba que não se trata de inventar novos direitos retroativamente, mas sim de justificar a existência de um direito, àquele caso, com base em argumentos de princípios.¹⁰⁰

Nessas situações, ao contrario dos positivistas, que pregam a existência de varias decisões corretas, a depender da discricionariedade do magistrado, Dworkin sustenta que sempre há uma resposta correta a ser dada pelo direito, viabilizada pelos argumentos de princípio e de política.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

Cumpra trazer um pequeno adendo quanto ao peso argumentativo dos princípios e da política.

Apesar dos argumentos de política constituírem bons motivos para conduzir uma determinada decisão judicial, as questões de princípio devem prevalecer sobre as questões de políticas públicas, devendo ser opostas inclusive contra a opinião das maiorias democráticas. É nesses termos que Simioni busca distinguir esses dois modelos argumentativos desenvolvidos por Dworkin. Perceba:

“Os argumentos de princípio procuram justificar que alguém ou um grupo de pessoas tem um direito por uma questão de princípio. São argumentos insensíveis à escolha, porque, mesmo quando uma maioria democrática decide contra argumentos de princípio, os princípios devem prevalecer, como nos casos de pena de morte. Enquanto os argumentos de política procuram justificar que alguém ou um grupo de pessoas, apesar de não ter um direito, deve ser beneficiado pela concessão do direito porque se trata de um objetivo político pretendido pelo governo. São, portanto, argumentos sensíveis à escolha democrática, pois essas questões de políticas públicas são questões que dependem da escolha de preferências feitas pela comunidade política.”¹⁰¹

Tal é a importância dos princípios no ordenamento jurídico que Gisele Citadino traça o seguinte comentário:

“Se para os positivistas a função dos princípios era meramente supletiva e subsidiária, nestes tempos pós-positivistas já se fala até em concepção principal do direito, visto que muitas das Constituições contemporâneas, ao incorporarem os princípios em seus textos, transformaram-nos em normas-valores. Constitucionalizados, os princípios tornaram-se fundamento de toda a ordem jurídica e critério de interpretação do próprio texto constitucional.”¹⁰²

Desse modo, é pela força conferida aos princípios, como impulso valorativo necessário à concretização de direitos fundamentais, que o Judiciário pode, efetivamente, realizar os anseios constitucionais.

Ao dar prevalência aos princípios morais e políticos que distinguem aquela comunidade, em detrimento de leis e políticas públicas que possam afligir um dado direito, a decisão judicial se aproxima dos ditames constitucionais e efetiva os direitos fundamentais preconizados por uma comunidade.

¹⁰¹ SIMIONI, Rafael. *Regras. princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 213.

¹⁰² CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 26.

“Só assim o constitucionalismo pode fortalecer a democracia. E só assim a jurisdição constitucional pode exercer a sua mais autêntica função, que é a de garantir que, mesmo contra a opinião das maiorias, existem princípios de moralidade política que devem ser respeitados por questão de princípio, por uma questão que não depende de argumentos de política ou de eficiência econômica.”¹⁰³

Mas de que forma o judiciário deve perceber esses princípios e incorporá-los à argumentação jurídica? A noção de direito como integridade, desenvolvida por Dworkin, busca transmitir a ideia de que há uma única razão de princípio que justifique uma resposta correta, aplicada ao caso em análise.

A vinculação dos valores políticos morais de uma comunidade ao direito é uma das principais contribuições do filósofo norte americano à prática judicial, e assim, cumpre-nos detalhar um pouco mais as implicações da adoção do direito como integridade.

3.2. Direito como integridade

3.2.1. Virtude da Integridade Política

A Teoria do Direito como Integridade foi apresentada por Dworkin em 1986, em uma de suas obras mais importantes – *O Império do Direito*.

Tal teoria deriva da compreensão da integridade como uma virtude política, permeando e se relacionando com os demais princípios morais que regem uma comunidade. O autor defende que a teoria política se apropria de certos ideais utópicos de moralidade, “os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que estabelecem.”¹⁰⁴

Dworkin nomeia esses ideais de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Todavia, esses princípios, frente a um caso concreto, podem dar ensejo a respostas diferentes, eis que embasados em princípios distintos.

Dessa forma, ao lado desses três elementos o professor estadunidense propõe um novo princípio moral, que com eles se relacionam, ao qual ele denomina virtude

¹⁰³ SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 214.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 199/200.

da integridade política. Tal virtude se relaciona com o princípio da igualdade, mas não se limita a ela. Refere-se ainda a coerência que deve haver na harmonização das virtudes políticas da equidade, da justiça e do devido processo.

O ideal político da integridade se torna mais presente quando o Estado ou a comunidade, entendidos como atores morais, atue segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando, individualmente, seus cidadãos estão divididos quanto à natureza e aplicação correta dos outros princípios políticos.¹⁰⁵

Nesse sentido, Dworkin traça um paralelo de integração entre os demais ideais político e a integridade, perceba:

“A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidas pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.”¹⁰⁶

O princípio da integridade política pode ser subdividido em dois princípios distintos. Um relacionado à criação de leis e a obrigação de que os legisladores busquem tornar o conjunto de leis moralmente coerente; e outro dirigido à aplicação jurisdicional destas leis, que deve se dar de forma também coerente.¹⁰⁷

É essa ultima vertente da integridade que Dworkin dedica um maior número de linhas, avançando em uma teoria interpretativa do direito que contemple tal virtude.

3.2.2. O Direito como Integridade

Antes de detalhar a ideia de direito como integridade é preciso ter em mente que a proposta de Dworkin é definir a prática jurídica como um instrumento de interpretação, apto a fornecer a resposta correta a um caso concreto, e a

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 202.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 203.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

integridade, como concepção interpretativa de construção do direito “é a vida do direito tal qual o conhecemos”.¹⁰⁸

“Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.”¹⁰⁹

O direito como integridade é uma concepção interpretativa do direito, que busca solucionar conflitos mesmo quando princípios como a equidade e a justiça não foram suficientes para uma decisão. Nesses casos o direito deve buscar um conjunto coerente desses diversos princípios e dar uma solução, ao mesmo tempo justa, equânime e de acordo com as regras postas.

“Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”¹¹⁰

Dworkin desenvolve sua concepção de direito como integridade, contrastando-a com outras duas correntes interpretativas, o convencionalismo e o pragmatismo. A primeira concepção, o convencionalismo, nos remete ao passado, e às decisões políticas e jurídica tomadas anteriormente, sustenta que o direito é uma questão de aplicar as normas jurídicas anteriores, além dos precedentes judiciais, ainda que se perceba que há uma outra decisão mais correta, ou mais justa. A segunda, o pragmatismo, se relaciona com o futuro e considera somente o impacto das decisões àquele momento.¹¹¹

O ideal de integridade não permite que o direito se manifeste somente voltado para o passado, reproduzindo decisões anteriores, tampouco se trata de estabelecer um novo direito, restrito à casuísmos. “O direito como integridade é diferente: é tanto

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 203.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272/273.

o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”.¹¹²

Nesse sentido o direito como integridade é um exercício de construção interpretativa, se tratando de um elemento de conexão e justificativa das nossas convenções políticas históricas e dos objetivos do futuro.

Os juízes certamente se depararão com decisões a serem tomadas em casos difíceis, sendo obrigados a optarem por diferentes caminhos de acordo com sua interpretação.

Aqueles magistrados que aceitarem a concepção interpretativa do direito como integridade devem buscar em um arcabouço de direitos e deveres um conjunto coerente de princípios que confira à manifestação jurídica o status de melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tal posicionamento implica, invariavelmente, em harmonizar, muitas vezes restringindo, as convicções políticas do julgador em prol dos ideais políticos da comunidade.¹¹³

“Um juiz em particular pode pensar ou pressupor, por exemplo, que as decisões políticas devem respeitar sobretudo a opinião da maioria, e ainda assim acreditar que essa exigência se torna menos rígida, e inclusive desaparece, quando estão em jogo sérios direitos constitucionais.”¹¹⁴

Bernardo Gonçalves Fernandes expõe o argumento de Dworkin em outros termos:

“[...] cada decisão judicial preenche um momento da nossa histórica institucional, tentando revelar a melhor leitura que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado (que não é, e nem deve ser, uma figura criadora do direito) se apresenta como um participante que argumenta com o restante da sociedade, tentando convencê-la que, em sua leitura, de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz.”¹¹⁵

Percebe-se, portanto, que as decisões judiciais, bem como o próprio direito, não se resumem a decisões oficiais do passado ou a aspectos contingenciais do futuro,

¹¹² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 307.

¹¹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Considerações sobre recentes decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo Self Restraint ou pelo Ativismo. Reflexões críticas à luz da “Teoria do Direito como Integridade” de Ronald Dworkin*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 57, jul/dez 2010. p. 69/84. P. 79/80.

mas principalmente no processo de interpretar e reinterpretar os princípios políticos e morais que permeiam a comunidade jurídica, mantendo o direito em constante aperfeiçoamento.

A visão do direito como integridade busca garantir essa coerência de princípios, identificando quais são aqueles que justificam as leis e decisões do passado, passando a integridade a ser ela mesma um princípio norteador das decisões judiciais.

Desse modo, Dworkin define como os juizes podem ser criativos sem contar com suas convicções e preferências pessoais. Ao assim agir, os magistrados buscam tornar a lei mais adequada aos padrões morais históricos já definidos pela comunidade política. Nos dizeres do autor:

“[...] o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado.”¹¹⁶

Por outro lado, reconhecer o direito como integridade não impõe uma vinculação irrestrita com os princípios do passado, mas uma necessária identificação desses princípios e um cotejo com os elementos do presente e suas perspectivas futuras. Para melhor entender a aplicação dessa conceito, Dworkin apresenta a idéia do romance em cadeia, exemplificando o modo como o direito deve ser interpretado.

Em um romance em cadeia “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” ¹¹⁷ Assim, cada juiz é tanto um autor como um crítico do trabalho já realizado, acrescentando novos elementos ao modelo interpretativo de um determinado direito até então.

No processo, o julgador, tal como os autores do romance em cadeia, deve empregar a melhor interpretação possível, como se fosse uma obra de um único

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 164.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 276.

autor. Por não ser um novo começo, mas mais um capítulo do texto, liberdade criativa do magistrado é limitada.

Dessa forma, evita-se decisões extremas, em desacordo com os princípios de então. Observa-se que não se está a negar a influencia das convicções políticas de cada juiz, mas sim em diminuir essa influencia em razão da necessidade de identificar certos princípios morais que abrangem toda a comunidade política, fazendo-os prevalecer sob suas preferências pessoais.

A autor estadunidense reconhece a dificuldade que é identificar e considerar todas essas questões que conferem a integridade ao direito, mormente quando pensamos na rotina judiciária. Todavia, entende que, ainda que hercúlea, essa é a tarefa dos magistrados, trazer o direito à sua melhor luz. Direito esse que não se trata de um conjunto de leis e regras positivadas, mas, fundamentalmente, de uma ação interpretativa, conceituado pela atitude dos magistrados:

“É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.”¹¹⁸

Na sequência, a partir dos conceitos apresentados nos primeiros capítulos, passa-se à análise da ADPF 186, que analisou a constitucionalidade da utilização do critério racial para o ingresso no ensino superior.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 492.

4. ADPF 186 - O CASO DAS COTAS NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA: UM EXEMPLO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. O surgimento de uma Política Pública

No segundo semestre de 2004 a Universidade de Brasília – UnB estabeleceu um novo sistema para o ingresso de estudantes em seu corpo discente, que resguardava 20% das vagas aos candidatos negros. Não sem antes realizar diversas discussões acerca do tema.

“Após três anos de debates, a UnB definiu sua política de ações afirmativas, que inclui o sistema de cotas para negros, escolhido por ser o mecanismo com o qual a universidade pode produzir resultados concretos quanto ao acesso de jovens negros qualificados em número maior e mudar o perfil do corpo discente, no médio prazo, para que ele se aproxime da composição racial da população.”¹¹⁹

A redação da proposta, apresentada em novembro de 1999 ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB – CEPE, coube ao professor José Jorge Carvalho e à professora Rita Segato, que foram pioneiros na adoção de um modelo que incluísse o negro na Universidade de Brasília. José Jorge Carvalho relembra os motivos que o levaram a se lançar em defesa de um sistema de inclusão:

“A apresentação de uma proposta de cotas para negros na UnB em 1999 foi uma resposta política que Rita Segato e eu demos a um caso de conflito racial ocorrido no Departamento de Antropologia da UnB, conhecido já nacionalmente como "Caso Ari", que diz respeito a Arivaldo Lima Alves, o primeiro aluno negro a entrar no nosso doutorado após 20 anos de existência do programa. Logo no primeiro semestre do curso foi reprovado em uma matéria obrigatória em circunstâncias inaceitáveis e a reprovação colocou-o na iminência de perder imediatamente o curso de doutorado. Arivaldo Alves lutou mais de dois anos por uma revisão justa de sua nota. [...] No auge do caso, em novembro de 1999, decidimos apresentar a proposta de cotas deslocando então, o problema de uma crise apenas departamental para uma crise mais geral das universidades brasileiras: o nosso crônico racismo acadêmico.”¹²⁰

Após um extenso debate nos meios administrativos e acadêmico da universidade, com o aporte de contribuição de outros atores na discussão, a proposta de criação de um modelo diferenciado de ingresso na universidade pública

¹¹⁹ MULHOLLAND, Timothy Martin; *Ações Afirmativas: as razões da UnB*. Disponível em: <http://noticias.universia.com.br/destaque/noticia/2004/05/05/512334/aes/afirmativas/as/razes/da/unb.html>. Acesso em: 19.03.2013.

¹²⁰ CARVALHO, José Jorge de; *Usos e abusos da antropologia em um contexto de tensão racial: o caso das cotas para negros na UnB*. In: Horizontes Antropológicos. porto Alegre, n. 23, v. 11, Jan/Jun 2005. Pp 239/240. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832005000100018&script=sci_arttext. Acesso em: 18 mar. 2014.

foi, enfim, levada à apreciação do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB – CEPE.

Em reunião realizada no dia 06 de junho de 2004 o Conselho aprovou a proposta formalizando um Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial e a UnB se tornou a primeira instituição de ensino superior do país a adotar um sistema de cotas para o ingresso em seus cursos.

Os pontos mais relevantes definidos pelo documento foram o percentual de 20% das vagas assegurado àqueles tidos como negros e a determinação de revisão da política em um prazo de 10 anos. Nos termos do plano:

“I. Objetivo:

O Plano de Metas visa atender à necessidade de gerar, na Universidade de Brasília, uma composição social, étnica e racial capaz de refletir minimamente a situação do Distrito Federal e a diversidade da sociedade brasileira como um todo.

II. Ações para alcançar o objetivo:

1. Acesso

a) Disponibilizar, por um período de 10 anos, 20% das vagas do vestibular da UnB para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade.”¹²¹

Apesar da aprovação por um colegiado, os redatores da proposta, José Jorge de Carvalho e Rita Segato, procuram deixar claro que a proposta não foi formulada pelo Departamento de Antropologia da UnB, mas sim por dois antropólogos da instituição que:

“Angustiados diante da dificuldade de resolver o problema da reprovação da nota de Arivaldo Alves e indignados com a postura de hostilidade injustificada da maioria dos membros do colegiado do departamento para com o nosso primeiro (e brilhante) doutorando negro, o pensamento que nos motivou a redigir a proposta de cotas foi o seguinte: ‘se é tão difícil manter um único aluno negro na UnB, vamos propor um sistema de cotas, para que pelo menos alguns negros permaneçam.’”¹²²

Foi assim, a partir da mobilização de um professor, em razão da indignação quanto à situação de um de seus alunos, que foi instituído o primeiro sistema de cotas raciais para o ingresso no corpo discente de uma universidade pública.

¹²¹ ANEXO B – Plano de Metas para a Integração Social, étnica e Racial da Universidade de Brasília.

¹²² CARVALHO, José Jorge de; *Usos e abusos da antropologia em um contexto de tensão racial: o caso das cotas para negros na UnB*. In: Horizontes Antropológicos. porto Alegre, n. 23, v. 11, Jan/Jun 2005. p. 240. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832005000100018&script=sci_arttext. Acesso em: 18 mar. 2014.

4.2. Os direitos levados à juízo

Resgatando a tipologia apresentada por Theodore Lowi, as cotas podem ser enquadradas como políticas redistributivas e, portanto, dizem respeito ao modo de deslocar recursos ou direitos de um grupo social para outro. De plano já é possível vislumbrar a polarização política e a capacidade de gerar conflitos em razão de uma política redistributiva.

Assim, diversos pleitos judiciais foram propostos questionando a validade das políticas que respaldavam ações afirmativas para o ingresso nas universidades públicas. Essas ações foram reunidas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 186, que tratava da pioneira iniciativa da UnB.

A ADPF nº 186 foi proposta pelo partido político dos Democratas, que, alegando afronta a regras e princípios constitucionais, pedia a declaração de inconstitucionalidade da política de cotas.

A petição inicial elencava algumas premissas que deveriam ser observadas para o julgamento do feito “para evitar qualquer tipo de mal entendido relacionado ao tema das cotas raciais”¹²³. São elas:

“Não se discute, nesta ação, sobre a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para inclusão de minorias e para o aprimoramento do Estado Social Democrático.

[...]

Não se discute, nesta ação, acerca do reconhecimento de que o Brasil adota o modelo de Estado Social, que [...] prioriza a ideia de integração das minorias.

[...]

Não se discute, nesta ação, sobre a existência de Racismo, de Preconceito e de Discriminação na sociedade brasileira [...].”

Vale registrar, que, com base nos parâmetros apresentados pela petição inicial, é possível perceber uma identidade com o objetivo proposto pelo Plano de Metas para a Integração social, étnica e racial da Universidade de Brasília que “visa atender à necessidade de gerar, na UnB, uma composição social, étnica e racial capaz de

¹²³ KAUFMANN,Roberta Fragoso Menezes. *Petição Inicial da ADPF nº 186*. p. 24. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=400108>. Acesso em 18 mar. 2014.

refletir minimamente a situação do Distrito Federal e a diversidade da sociedade brasileira como um todo”¹²⁴.

Mas então qual seriam os preceitos fundamentais que estariam sendo violados pela política afirmativa, se, em primeira análise, ela está devidamente enquadrada no que “não se discute, nesta ação”?

A ação propõe discussões difíceis sobre o conceito e a identificação de raças no Brasil e sobre a adoção do critério racial como parâmetro para a concessão de direitos diferenciados entre os cidadãos. Defende que ninguém é excluído, no Brasil, pelo simples fato de ser negro, mas sim pelo fato de ser pobre e, desse modo, as cotas raciais não se prestariam à solução do problema, mascarando a realidade.¹²⁵

Aduzem, ainda, que as justificativas adotadas pelos defensores das ações afirmativas não são válidas para permitir que o Estado estabeleça critérios discriminatórios na distribuição de recursos públicos. São levantadas questões sobre a responsabilidade pela escravidão, e até questiona a existência de raças e do racismo.

Todas essas questões remetem à discussão sobre a justiça da política pública em questão. É justo um negro, em situação semelhante a um branco, ser favorecido pelo Estado?

Não obstante a relevância dessa discussão e as diversas abordagens que ela permite, não se trata, neste curto trabalho, discutir os argumentos de justiça utilizados para refutar as considerações postas pelo petição. Para tanto, a leitura de autores como Rawls¹²⁶, Sandel¹²⁷ e o próprio Dworkin¹²⁸ é bastante para, se não refutar completamente as teses defendidas, incitar uma nova perspectiva, contrária à ADPF nº 186.

O objetivo a seguir é abordar os principais argumentos utilizados pela corte, buscando destacar alguns pontos do voto relator na tentativa de responder as

¹²⁴ ANEXO B – Plano de Metas para a Integração Social, étnica e Racial da Universidade de Brasília.

¹²⁵ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Petição Inicial da ADPF nº 186*. p. 27/28. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=400108>. Acesso em 18 mar. 2014.

¹²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹²⁷ SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 207/228.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 437/496.

seguintes perguntas: Seria possível esperar que o Poder Judiciário agisse de outra maneira? Teria sido essa decisão fundamentada em princípios, conforme preconiza Dworkin nas obras aqui elencadas?

4.3. A Decisão Judicial: Uma questão de princípio.

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM).”¹²⁹

Nesse tópico, busca-se verificar se os argumentos apresentados para a formação de um consenso, bem como o resultado atingido pela decisão judicial foi uma questão de princípio, nos termos apresentados por Ronald Dworkin, onde “o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o melhor bem-estar geral”.¹³⁰

A leitura do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, sob o qual se deu a unanimidade, permite perceber, e validar, os argumentos expendidos à luz dos princípios norteadores da nossa comunidade política. Verifica-se, também, a aplicação da ideia do Direito como Integridade, eis que o relator buscou fundamentar seus argumentos na integração “dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.¹³¹

Nesse sentido, na construção de uma decisão que leve em conta a virtude da integridade, ao discutir os aspectos da igualdade formal e material, o Ministro registrou a abrangência do seu voto e sua intenção em resgatar todos os aspectos que envolviam o conceito.

“Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e

¹²⁹ STF, Agência de Notícias. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 mar. 2014.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir de eventual vantagem de certos critérios sobre outros.”¹³²

A ideia de integridade também pode ser percebida pela preocupação em estabelecer uma nova página de uma sociedade igual. Ao reconhecer a barreira para a adoção de uma igualdade material, e a necessidade de implementar instrumentos de justiça distributiva no Brasil, a decisão se propõe futura, visando estabelecer novos parâmetros de suporte à essas ações políticas.

Os fatos posteriores ao julgamento da ação ilustram e, sobretudo, confirmam a intenção do julgado. A partir da discussão travada no Supremo Tribunal Federal, ratificando a política de cotas, o poder legislativo deu andamento a um Projeto de Lei em trâmite desde 2008, que culminou na sanção da Lei 12.711/2012 que "Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências". Tal diploma legal, definiu um percentual obrigatórios de vagas a ser destinadas a estudantes “autodeclarados pretos, pardos e indígenas”

Desse modo, ainda que não o tenha realizado de forma expressa e intencional, a decisão pode ser observada sob a perspectiva da integridade, pois estabeleceu um ponto de coerência entre os pressupostos convencionais de então e abriu novos caminhos para os avanços futuros.

No que tange aos argumentos utilizados para a construção da decisão, percebe-se a clara intenção do Supremo Tribunal Federal em validar sua decisão em uma questão de princípio. Em diversos momentos o Min. Relator busca demonstrar que àquelas pessoas elencadas como beneficiárias da política pública de cotas possuíam um direito, fundamentado em princípios constitucionais. Tal reconhecimento pode ser retirado da seguinte trecho:

“[...] definiu-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo *‘reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica’*, **não configuram meras concessões** do Estado, mas **consustanciam deveres** que se extraem dos princípios constitucionais.”¹³³(destaques no original)

¹³² Voto Relator ADPF 186. p. 14.

¹³³ Voto Relator ADPF 186. p. 41.

Tal posicionamento está alinhado com o pensamento de Dworkin, que defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser fundamentadas em argumentos de princípio, e não de política. Deve-se entender que, assim, uma decisão pautada em princípios, não está sujeita a mecanismos de votação, ao contrário das políticas que devem estabelecer, democraticamente, o modo de implantação de objetivos comuns.

Mas ao se concluir que a decisão foi fomentada em argumentos de princípios, deve-se, antes analisar como se deu essa construção, de acordo com a decisão judicial.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal tratou de afastar a ideia de que se estava a analisar os contornos de uma política pública e fixando o entendimento de que se tratava de definir se a Constituição assegurava ou não o direito de um grupo específico.

A decisão reconhece a dificuldade em se adotar novos princípios de justiça distributiva em uma ordenamento que, diuturnamente, vem impondo seu próprio sistema de distribuição de recursos. Todavia, cumpre ao Judiciário fazer valer o modelo constitucional, que não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva, eis que incorporou diversos mecanismos para corrigir distorções oriundas de uma aplicação meramente formal do igualdade.¹³⁴

Dessa forma, definiu-se que o direito à educação superior não pode ficar a mercê do interesse de alguns, mormente quando se trata de instituições de ensino públicas, que possuem sua parcela de responsabilidade constitucional. “[...] o escopo das instituições de ensino vai muito além da mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de alguns que logram transpor os seus umbrais, por partirem de pontos de largada privilegiados”.¹³⁵

Outro ponto que pesa contra a identificação do *hard case* como um caso a ser definido com base em argumentos de políticas é a constatação de que não há uma real possibilidade de intervenção dos atores que irão ser diretamente afetados pela política pública.

¹³⁴ Voto Relator ADPF 186. p. 07/08.

¹³⁵ Voto Relator ADPF 186. p. 16.

Aliás, a exclusão de atores importantes da *policy arena* para a definição de políticas públicas, é um dos elementos de que podemos nos valer para diminuir o peso do argumento relativo às políticas públicas e, conseqüentemente, conferindo maior valor de ponderação à identificação de um princípio. É nessa linha de pensamento que deve ser entendida a decisão em análise, confira:

“Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.”¹³⁶

Desse modo, no caso, há de se considerar o ingresso às universidades públicas como um direito inerente a todo indivíduo e que as instituições de ensino superior devem desenvolver métodos de seleção que permita consagrar os objetivos apontados pela Carta Política. “Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios que considerem uma distribuição mais equitativa de recursos públicos.”¹³⁷

Desses argumentos, acima expendidos, pode-se facilmente extrair um princípio moral, político, e amplo o suficiente para extrapolar ideais de grupos heterônomos: Todos têm direito a serem selecionados de forma equitativa para acessarem recursos públicos.

Nesse sentido, identificado o princípio político moral que deve fundamentar a decisão, o Supremo Tribunal Federal não poderia ter agido de outra maneira. A aplicação de um princípio não pode ser discricionária, não pode se limitar às convicções morais pessoais do julgador. A constatação de um princípio regendo o caso interfere no sentido do dever jurídico, impondo que se observe o caso sob o prisma da moralidade política da comunidade, conferindo menor peso às convenções, leis, normas, planos e portaria.¹³⁸

E foi assim que o Poder Judiciário, no caso, procedeu. Sob a ideia de que o ingresso em uma universidade estatal necessita de critérios de equidade é que foi analisada a possibilidade de favorecer determinados indivíduos em razão da cor de

¹³⁶ Voto Relator ADPF 186. p. 15.

¹³⁷ Voto Relator ADPF 186. p. 18.

¹³⁸ SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 209.

sua pele. E a partir desse princípio de moralidade política da sociedade brasileira é que restou assente alguns critérios que devem ser observados para que tal ideal seja assegurado, nos termos da ADPF nº 186:

“Admitida, pois, a constitucionalidade: (i) das políticas de ação afirmativa, (ii) da utilização destas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas e (iv) da modalidade de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas, passo, então, a examinar a necessária modulação desse entendimento, acentuando, em especial, a sua natureza transitória e a necessidade de observância da proporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”¹³⁹

Contudo, é nesse último recorte da decisão sob estudo que é possível entrever um demasiado avanço do Judiciário em searas que, inicialmente não lhe dizem respeito.

Ao determinar, na sequência do *decisum*, que o prazo de 10 anos, bem como a reserva de um quinto das vagas, parâmetros da política de cotas da Universidade de Brasília, “constitui providência adequada e proporcional”¹⁴⁰ o Supremo Tribunal Federal avançou sobre quesitos que deveriam ficar a cargo das decisões políticas e mais próximas da concretização de direitos.

4.4. Novos horizontes: Os limites do Judiciário?

Não restam dúvidas de que a Carta Política confere legitimidade ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, detentor da última palavra, para decidir sobre qualquer contenda que vença os requisitos formais do processo.¹⁴¹ Há de se perceber que a impossibilidade do Poder Judiciário deixar de se manifestar implica em uma responsabilidade institucional frente a afirmação dos direitos constitucionalmente elencados.

Mas e quando as questões postas ao Judiciário fizerem referências às escolhas feitas pela sociedade e seus representantes?

No caso em destaque, o Relator, expressamente consignou em seu voto:

¹³⁹ Voto Relator ADPF 186. p. 43/44.

¹⁴⁰ Voto Relator ADPF 186. p. 46.

¹⁴¹ Constituição da República federativa do Brasil, Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

“[...] a questão relativa às ações afirmativas insere-se entre os temas clássicos do controle de constitucionalidade, aqui e alhures, sendo de toda a conveniência que a controvérsia exposta nesta ação seja definitivamente resolvida por esta Suprema Corte, de maneira a colocar fim a uma controvérsia que já se arrasta, sem solução definitiva, por várias décadas nas distintas instâncias jurisdicionais do País.”¹⁴²

Percebe-se do trecho acima, ainda que se fale em “instâncias jurisdicionais”, a intenção de esgotar maiores debates sobre o assunto, encerrando o tema e afirmando a melhor solução ao caso das cotas.

Todavia, outros estudiosos de peso, sustentam que esse não seria o papel do judiciário, direcionando seus estudos para o fortalecimento da democracia e o papel da comunidade na tomada de decisão. Nomes como Jürgen Habermas, John Hart Ely, Jeremy Waldron, afirmam que ao Judiciário não caberia esse papel direto e concretizador de direitos substanciais, mas sim, de atuar como um elemento de segurança, estabilizador das instituições e garantidor da existência de um procedimento democrático e deliberativo.

Este embate acadêmico vem dominando os estudos da Filosofia Política Constitucional nos últimos anos, haja vista a importância do Judiciário, seja diretamente concretizando direitos, seja permitindo à sociedade viabilizá-los.

¹⁴² Voto Relator ADPF 186. p. 03.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho procurou-se apresentar a mudança na forma de se enxergar o Estado, inaugurada com a consagração dos direitos sociais como fundamentais, as implicações surgidas a partir do novo modelo e a consagração das políticas públicas como principal instrumento de concretização desses novos direitos.

O Estado passou a se justificar somente para a consecução de objetivos sociais, constitucionalmente determinados. Nesses termos só tem sentido falar em Estado, se for se referir a um ente capaz de satisfazer as necessidades sociais por meio de ações positivas, prestacionais.

Sob esse novo modelo, os direitos sociais não podem mais ser ignorados, o Estado deve promover todas as condições necessárias para o exercício efetivo desses direitos, caso contrário surge para o indivíduo a possibilidade de exigir, de forma imediata, desse próprio Estado, mecanismos concretizadores desses direitos.

A partir desse momento há uma reestruturação do modelo de Estado que passa de um mero produtor de leis para uma entidade que busca alcançar os fins almejados por uma comunidade. O Estado começa a exigir de seus governantes um novo modelo de atuação, passa-se de um governo orientado para as leis para um governo orientado por políticas.¹⁴³

Assim, um Estado governado por políticas pressupõe um governo que consiga articular os diversos interesses individuais em prol dos objetivos constitucionais, mediante políticas públicas.

Na busca de um melhor entendimento sobre o que são e como atuam as políticas públicas, orientado por autores¹⁴⁴ tanto da Ciência Política como do Direito, chegamos a conclusão de que políticas devem ser entendidas como ações de origem estatal, que visem alguma melhoria social, definida diretamente como um direito fundamental social ou que tenda a alcançá-lo, elaboradas através de um

¹⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

¹⁴⁴ Aloísio KROLING; Celina SOUZA; Fernanda MATOS; Klaus FREY; Leonardo SECCH; Maria das Graças RUA; Maria Paula Dallari BUCCI; Reinaldo DIAS; Theodore LOWI;

mecanismo processual, previamente definido pelo ordenamento jurídico vigente, capaz de harmonizar os interesses privados e os objetivos do Estado.

Para melhor compreender as políticas públicas foi realizado um estudo sobre os principais conceitos da *Policy Analysis*, disciplina oriunda das ciências políticas que propõe uma abordagem ampla e objetiva sobre o tema. Assim chegamos à distinção entre *policy*, *politics* e *polity* e a relação entre esses planos na criação e implementação de políticas públicas.

Vale destacar o papel da *politics* nesse contexto, eis que se refere à arena onde os diversos atores políticos se relacionam na definição de uma política pública. É o plano em que são recebidas as demandas sociais, oriundas dos mais diversos polos, e processadas mediante atividade política para que possam resultar na adoção de uma *policy*.

Porém, esse não é um processo simples, o embate na arena política está sujeito a enorme gama de influências, partindo do próprio conteúdo da *policy* em discussão até a existência de questões completamente dissociadas do direito em debate, mas consideradas em razão dos interesses dos atores que possuem maior peso no processo decisório.

Maria das Graças Ruas, refletindo sobre essa problemática resume bem a dificuldade em se concretizar direitos através da discussão política, perceba:

“Neste contexto é que surgem as decisões. A rigor, uma decisão em política pública representa apenas um amontoado de intenções sobre a solução de um problema, expressas na forma de determinações legais: decretos, resoluções, etc, etc... Nada disso garante que a decisão se transforme em ação e que a demanda que deu origem ao processo seja efetivamente atendida. Ou seja, não existe um vínculo ou relação direta entre o fato de uma decisão ter sido tomada e a sua implementação. E também não existe relação ou vínculo direto entre o conteúdo da decisão e o resultado da implementação.”¹⁴⁵

Desse modo, reconhecendo a complexidade e a dificuldade em se formar um consenso, além da sujeição aos diversos interesses postos, ou não postos, em jogo, a política pública pode, como muitas vezes é, insuficiente para a que determinados objetivos sejam alcançados. Mais do que isso, a paralisação ou a decisão fundada em

¹⁴⁵ RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. p. 12. Disponível em: <<http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/AnalisepoliticaspUBLICAS.PDF>>. Acesso em: 17 out. 2013.

interesses outros que não sociais, pode inviabilizar completamente o direito substantivo assegurado pela constituição.

Acontece que a realização desses direitos não podem ficar a mercê de acordos de interesses, pois “Quando uma lei é promulgada instituindo uma determinada política pública, os direitos previstos nessa lei deixam de ser questões de política pública e passam a ser uma questão de princípio.”¹⁴⁶

Mais razão ainda há quando a lei em questão é a Constituição da República, nesse caso, os direitos ali registrados se traduzem na própria razão de ser do Estado.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, como uma das instituições pilares da sociedade, deve necessariamente buscar uma postura mais ativa na concretização dos direitos postos pela Carta Política. Ainda que isso demande uma alteração na forma de organização do Estado.

“O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição.”¹⁴⁷

Ora, se a Constituição define um direito e encerra um programa de ação e uma ordem de implementação, não se pode deixar a efetivação desses direitos unicamente à cargo do legislador. Desse modo, se já há definido um modelo de atuação substancial, este parâmetro também deve ser observado pelo Judiciário, eis que se trata de um dos poderes do Estado e, também, vinculado à concretização da Carta Política.

No entanto, a atuação do Poder Judiciário sempre esteve atrelada às normas definidas pelos legisladores e governantes. É a partir do estudo dos trabalhos de Ronald Dworkin que se visualiza uma nova forma de atuação dos juízes.

Dworkin percebe o campo jurídico constituído de padrões normativos que podem ser percebidos como regras, princípios ou políticas. Não se restringindo mais esses campos como atuações exclusivas e isoladas dos poderes Legislativo e Executivo,

¹⁴⁶ SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1. São Paulo, 2011. p. 214.

¹⁴⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

tendo em vista que o Judiciário também deve se alinhar com os preceitos fundamentais e exercer seu papel de concretizador de direitos, em atuação igualitária e independente frente aos demais poderes.

Sob esse entendimento, as decisões judiciais não estão limitadas as regras, pois podem recorrer a outros argumentos “que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”¹⁴⁸.

Assim, a política seria um padrão argumentativo válido para conferir à decisão um elemento “que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹⁴⁹.

Contudo, apesar dos argumentos de política constituírem bons motivos para conduzir uma determinada decisão judicial, as questões de princípio devem prevalecer sobre as questões de políticas públicas, pois, como anteriormente comentado:

Um princípio deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁵⁰

Os argumentos de princípios devem prevalecer porque são padrões insensíveis às escolhas, devendo ser opostas inclusive contra a opinião das maiorias democráticas. São, portanto, insensíveis às escolhas.

Raciocinando sobre uma maneira de harmonizar esses diversos elementos, Dworkin desenvolve um modelo de atuação dos magistrados que incorpora a virtude política da equidade às decisões judiciais, defendendo que elas devem ser coerentes com os atos do passado, ao mesmo tempo em que considera o impacto daquele ato às ações futuras.

O direito como integridade é uma concepção interpretativa do direito, que busca solucionar conflitos mesmo quando princípios como a equidade e a justiça não sejam suficientes para uma decisão. Nesses casos o direito deve buscar um

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

conjunto coerente desses diversos princípios e dar uma solução, ao mesmo tempo justa, equânime e de acordo com as regras postas.

A partir dessa percepção, o Judiciário assume um papel mais igualitário e independente frente aos Poderes Legislativo e Executivo, passando a ter um mecanismo hábil para assegurar os direitos sociais definidos nas constituições dos Estados modernos.

Foi a partir da apropriação desse arcabouço teórico, e conferindo uma aplicação prática aos temas levantados por esse trabalho, é que foi analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 que julgou a constitucionalidade do programa de cotas raciais para o ingresso na Universidade de Brasília.

Desse modo, resgatando os aspectos históricos que estiveram envolvidos na produção da política pública em questão foi possível identificar os principais atores envolvidos na implantação do sistema de cotas na UnB.

A partir daí, podemos perceber a influência direta de uns poucos agentes na implantação da política pública, o que nos leva ao raciocínio que, independente da mobilização, do debate e dos interesses postos em cena, o direito ainda estaria sendo negligenciado se não fosse a atuação de um único ator.

Uma questão que emerge é: se o acesso às Universidades Públicas por meio de uma seleção diferenciada, favorecendo determinados grupos, é um direito consagrado pela comunidade política, como ficaria a aplicação desse direito se não houvesse a vontade de um par de professores?

E em outros casos? E quanto aos outros direitos? Se não existir ninguém que carregue a bandeira de um direito, significa que não se deve reconhecê-lo como tal? Só tem direitos àqueles que possuem um ator de peso sensibilizado com sua causa?

Por sorte, não é isso que se espera de um Estado Constitucional. Os direitos não podem ficar, unicamente, à cargo de decisões políticas. O Judiciário, como instituição do Estado, deve assumir seu papel de concretizador de direitos e desenvolver mecanismos para que isso ocorra.

No caso em análise, ADPF 186, foi possível perceber essa intenção. O voto sob o qual se deu a unanimidade permite perceber que a Corte, em uma perspectiva de integridade, definiu que o mecanismo de acesso diferenciado ao ensino superior trata-se de genuíno direito fundamental. Afirmou, assim, que tais direitos “não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais”¹⁵¹

Dessa forma, o estudo da decisão evidenciou que, à luz dos conceitos de políticas públicas e dos critérios argumentativos apresentados por Dworkin, o Supremo Tribunal Federal não poderia ter proferido decisão diversa, pois obrigado por um dever jurídico em razão do reconhecimento de um princípio de moralidade pública.

¹⁵¹ Voto Relator ADPF 186. p. 41.

6. REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado de Direito e de Promoção de Direitos Humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Lei n.º 12.711/2012, de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União de 30 de agosto de 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, pp. 17-42.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun, 1998, pp. 39-48.
- COURA, Alexandre de Castro; SOUSA, Pedro Ivo de. *Controle Judicial De Políticas Públicas*. In: *XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, Salvador-BA*. XVII encontro preparatório do CONPEDI, 2008, p. 4051-4070. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em: 19.10.2013.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, Propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil*. In: *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, jun/2000, pp. 211-259. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article /viewFile/89/158](http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158)>. Acesso em 28.10.2013.

KROLING, Aloísio; MARTINS, Marianne Rios de Souza. *O Papel da Políticas Públicas na Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais de 2ª Dimensão*. In: *Revista Depoimentos*, n. 10, jan/dez 2006, pp. 144-170. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/5.pdf>>. Acesso em 12.10.2013.

LOWI, Theodore. *Four systems of policy, politics and choice*. In: *Public Administration Review*, v. 32, n.4, jul-Aug, 1972, pp. 298-310. Disponível em: <http://www.platonicmedia.co.uk/wp-content/uploads/2011/02/Lowi_1972PAR .pdf>. Acesso em 31.10.2013.

MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos Sujeitos de Direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Coonceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 137-175.

RUA, Maria das Graças. *Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos*. Disponível em: <[http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analise politicaspUBLICAS.PDF](http://projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/Analise%20politicaspUBLICAS.PDF)>. Acesso em: 17.10.2013.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 479-510.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMIONI, Rafael. *Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Jurídicas*. In: *Revista Direito Mackenzie*. v. 5, n. 1, p. 203-218.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma Revisão da Literatura*. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, jul/dez 2006, pp. 20-45.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno. *ADPF n.º 186. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada improcedente. Voto Relator: Min. Ricardo Lewandowski*. Julgamento 26 abr.12. Brasília. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em 20 mar. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

7. ANEXOS

A. Plano de Metas para a Integração Social Étnica e Racial da UnB

PLANO DE METAS PARA A INTEGRAÇÃO SOCIAL, ÉTNICA E RACIAL DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

José Jorge de Carvalho

Rita Laura Segato

O presente Plano de Metas visa complementar e integrar as várias propostas específicas de ação afirmativa que estão sendo elaboradas e que têm sido debatidas na nossa comunidade universitária nos últimos anos.

I. Objetivo:

O Plano de Metas visa atender à necessidade de gerar, na Universidade de Brasília, uma composição social, étnica e racial capaz de refletir minimamente a situação do Distrito Federal e a diversidade da sociedade brasileira como um todo.

II. Ações para alcançar o objetivo:

1. Acesso

a) Disponibilizar, por um período de 10 anos, 20% das vagas do vestibular da UnB para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade.

b) Disponibilizar, por um período de 10 anos, um pequeno número de vagas para índios de todos os estados brasileiros, sempre como resposta às demandas específicas de capacitação colocadas pelas nações indígenas e apenas na medida em que contem com secundaristas qualificados para preenchê-las. A expectativa atual é de que o número de vagas solicitadas não deverá ser superior a 20 por ano, de um total de 3900 ofertadas anualmente pela UnB.

c) Apoio à escola pública:

Implementar uma ação afirmativa de cunho social nas escolas públicas de ensino médio do Distrito Federal. Essa ação consistirá no desenvolvimento de um Programa de Acompanhamento permanente, nas escolas públicas do Distrito Federal, especialmente em regiões de baixa renda da cidade, dos alunos interessados em se inscrever no vestibular da UnB, com apoio específico para aqueles que pretendam ingressar em cursos de alta competitividade, como Medicina e Direito. O resultado

dessa ação sistemática será promover uma maior igualdade de oportunidades para os estudantes da escola pública na hora de competir com os estudantes oriundos das escolas particulares, em geral melhor preparados para a competição do vestibular.

Esse Acompanhamento dos Alunos da Escola Pública será coordenado pelo Decanato de Extensão e envolverá os Decanatos de Graduação e de Pós-Graduação, a Faculdade de Educação, o Departamento de Serviço Social e o Instituto de Psicologia, entre outras unidades acadêmicas.

II Permanência:

1. A Universidade de Brasília aloca bolsas de manutenção para os estudantes indígenas e para aqueles estudantes negros em situação de carência, segundo os critérios usados pela Secretaria de Assistência Social da UnB.
2. A UnB, em parceria com outras instituições como a FUNAI, propiciará moradia para os estudantes indígenas. Além disso, concederá preferência nos critérios de moradia para os estudantes negros em situação de carência.
3. A UnB se disporá a implementar três programas relacionados diretamente com o Plano de Metas:

a) um programa de apoio acadêmico psicopedagógico, ou de tutoria, não obrigatório, porém sob solicitação, para todos os calouros que demonstrarem dificuldades no acompanhamento das disciplinas;

b) um programa acadêmico destinado a observar o funcionamento das ações afirmativas, avaliar seus resultados periodicamente, sugerir ajustes e modificações e identificar aspectos que prejudiquem sua eficiência;

c) uma Ouvidoria, destinada a promover inclusão de pessoas negras e membros de outras minorias e categorias vulneráveis na universidade.

III. Caminhos para a Implementação:

1. Será nomeada uma Comissão para Implementação do Plano de Metas, a ser constituída pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) e integrada por membros do CEPE.
-

2. Paralelamente aos trabalhos da Comissão, a UnB realizará uma campanha de publicidade nas escolas do Distrito Federal, onde estudam a maioria esmagadora dos potenciais candidatos para as propostas de ação afirmativa e que geralmente desconhecem o funcionamento da universidade devido à alta segregação espacial e social existente no Distrito Federal.

Com essas três ações, a UnB intensificará um processo de integração racial, étnica e social no seio da sua população discente, atualmente extremamente elitizada.

3. Para fins de acompanhamento do processo de integração racial, será introduzido o quesito cor, tanto por auto-classificação como segundo as categorias do IBGE, nas fichas de inscrição ao vestibular e nas fichas de registro dos candidatos aprovados.

B. Lei 12.711/2012

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012.

Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 2º (VETADO).

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública.

Art. 6º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior.

Art. 8º As instituições de que trata o art. 1º desta Lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de agosto de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

FONTE: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm.