

## Estado, Direito e políticas públicas: o papel do juiz em uma dinâmica de governança<sup>1</sup>

### *State, Law and public policies: the role of the judge in a governance dynamic*

*Alexandra Fuchs de Araújo*<sup>2</sup>

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Resumo:** o Estado, o Direito e as políticas públicas estão intrinsecamente relacionados. O Estado contemporâneo é, antes de tudo, provedor de políticas públicas que necessitam de arranjos jurídicos complexos e de difícil conformação. No Brasil, os arranjos também devem superar as dificuldades de obtenção do consenso federativo. Instrumentos jurídicos de governança podem auxiliar no sucesso das políticas públicas e, nesse processo, a judicialização é inevitável. Nessa perspectiva, é fundamental investigar o novo papel do juiz enquanto integrante do Estado e da burocracia estatal, e a forma como, efetivamente, pode colaborar para que as políticas públicas nacionais sejam capazes de garantir os direitos fundamentais. A proposta será aplicada como alternativa no caso envolvendo o Processo Administrativo n. 0243/2012 e a Consulta Pública n. 04/2014, realizada pela SABESP para implementação das economias, apontando para os limites atuais quanto à forma de proceder, juridicamente, uma boa governança.

**Palavras-chave:** Estado. Políticas públicas. Governança. Judicialização. Poder Judiciário.

**Abstract:** State, Law and public policies are intrinsically related. The contemporary State is, above all, the provider of public policies which, in turn, require juridical arrangements that are complex and of difficult adaptation. In Brazil, arrangements must also specifically overcome acquisition difficulties from the federative consensus. Juridical instruments of governance may assist in the success of public policies and, during this process, judicialization is inevitable. In this perspective, it is fundamental to investigate the new role of the judge as a member of the State and of state bureaucracy, and the way it may effectively contribute to the ability of national public policies to assure fundamental rights. The proposal shall be implemented as an alternative to the Administrative proceeding no. 0243/2012 and the Public Consultation paragraph 04/2014, performed by SABESP, pointing out current limitations regarding a way to juridically initiate good governance.

**Keywords:** State. Public policies. Governance. Judicialization. Judiciary.

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado ao curso de pós-graduação *stricto sensu* – doutorado em Direito do Estado da Universidade de São Paulo, exigência parcial da disciplina de Direito, Políticas Públicas e Estado (DES 5878), nov. 2018.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1996) e graduação em História pela mesma Universidade (1987). Especialista em Direito Urbanístico pela EPM (2014). Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo Democrático (NEPAD/USP) desde 2013. Juíza de Direito desde 1998. Juíza da Fazenda Pública do Estado de São Paulo desde 2003.

## Introdução

Políticas públicas são uma manifestação da ação governamental e não fazem parte do Direito, mas a ele interessam na medida em que este normalmente é chamado a regulamentá-las. No modelo de Estado preponderante do mundo ocidental no início do século XXI, quanto mais orgânica a arquitetura jurídica de uma política pública, maiores são as chances de sua continuidade e aperfeiçoamento. É pertinente, portanto, falar de um Direito das políticas públicas que tenha um forte componente constitucional e que interaja com outros ramos do Direito com o fim de garantir a necessária densidade normativa para essas políticas.

Perguntas como “que critérios metodológicos podem ser empregados para descrever os papéis desempenhados pelo Direito nas políticas públicas?” ou, ainda, indagações como “a judicialização é boa ou é ruim?” e “como fazer que com a judicialização, se inevitável, contribua para o avanço das políticas públicas fundamentais?” fazem parte da investigação contemporânea das políticas públicas estatais em sua relação com o Direito.

Para responder a essas questões é necessário, antes, compreender o próprio conceito de Estado no século XXI e os seus limites para, assim, estabelecer o seu papel na definição e implementação de políticas públicas. É fundamental, também, verificar a função do juiz, representante de um dos Poderes do Estado, em tal cenário. O juiz é um ator político? Nessa atuação política, o controle judicial é eficiente na busca pela concretização de direitos fundamentais, previstos no texto constitucional?

Este artigo propõe-se a refletir sobre as questões ora formuladas e, para isso, está dividido em quatro partes, além da introdução e da conclusão. Na primeira parte é investigada a trajetória do conceito de Estado, desde a sua formulação pelo marxismo, na busca por seus elementos fundamentais, até o mundo globalizado. Na segunda parte analisa-se a relação entre governança, fenômeno relacionado ao Estado globalizado do século XXI, Direito e políticas públicas. Na terceira parte estuda-se o papel do juiz e do Poder Judiciário brasileiro num contexto de governança. Na quarta parte, finalmente, analisa-se casos em que as políticas públicas foram judicializadas e quais foram seus desfechos.

### 1. Uma reflexão sobre o Estado

Para o Direito e, em especial, o Direito Público, é fundamental a compreensão do Estado e das relações de poder, pois o Estado decorre justamente dessas relações: o jurídico é o modo como o poder se exterioriza. No Estado de Direito, o poder é institucionalizado e despersonalizado, “deslocando-se o centro da vida pública da pessoa do governante para o Estado.”<sup>3</sup> Nesse processo de institucionalização, o Estado não se reduz aos vários elementos que o compõem e, apesar de juridicamente lhe ser atribuída uma personalidade jurídica, o conteúdo desta personalidade é um objeto em movimento, assim como a própria sociedade.

---

<sup>3</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

A dificuldade de conceituar o Estado não é um fenômeno contemporâneo. Em 1930, um historiador americano localizou 145 definições de Estado<sup>4</sup> e, tendo em vista as constantes alterações de suas realidades, decorrentes dos seus processos históricos, a dificuldade para a conceituação do fenômeno estatal tende a aumentar no mundo globalizado<sup>5</sup>.

Desde as décadas de 1950 e 1960, após a primeira crise do Estado, a Ciência Política desenvolveu teorias para explicar as atividades políticas e governamentais centradas na sociedade. Nesse contexto, destaca-se o elitismo norte americano, que via o Estado, as Forças Armadas e as organizações empresariais como as três instituições da elite dominante no mundo contemporâneo, responsáveis por todas as decisões (e não decisões) relevantes. O elitismo preocupava-se com o exercício do poder e a crítica à democracia, e de certa forma deu o *start* na formação do pensamento sobre os ciclos de políticas públicas<sup>6</sup>.

O elitismo nos Estados Unidos foi muito criticado pelo pluralismo, que estudava os processos de decisão; entretanto eles têm em comum a retirada do Estado como ator central dos processos decisórios<sup>7</sup>.

Apesar de os cientistas políticos norte-americanos das décadas de 1950 e 1960 descartarem a utilidade do conceito de Estado, este voltou a ser objeto relevante de pesquisa no país na década de 1980, quando já se reconhece que “a aparente ausência de Estado nos EUA é uma ilusão”<sup>8</sup>.

O “retorno do Estado” foi duramente criticado por Easton<sup>9</sup>, em ensaio crítico à obra de Poulantzas, quem melhor elaborou até então uma teoria do Estado sob as premissas da teoria marxista, como forma de demonstrar que este era um conceito com insuficiente consistência científica.

Não obstante a profunda descrença behaviorista na cientificidade do conceito criticado, não parece que o fenômeno “Estado”, mesmo após atravessar duas fortes crises – a primeira no início e a segunda no final do século XX – tenha deixado de existir. Cassese parece ter razão ao afirmar que “essas ambiguidades mostram que o Estado não desapareceu com as liberalizações e a globalização – ao contrário, está muito vivo e está apenas se auto reestruturando para ajustar suas estruturas e funções aos novos espaços, superando suas fraquezas internas. Os desenvolvimentos analisados acima são apenas parte da dinâmica do Estado”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> CASSESE, Sabino. *Reestruturando o Estado: do Estado-nação à comunidade política global*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (org.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 251-266.

<sup>5</sup> BUCCI, op. cit., p. 251.

<sup>6</sup> A partir dos anos 1940 é que se passou a investigar mais especificamente o exercício do poder e, por essa via, os *decision-makers*. Ao sustentar que as posições de poder eram controladas por uma minoria, uma elite unificada, que se impunha sobre a maioria, Hunter e sobretudo Mills investiam na própria desnaturalização da democracia americana. Como observa Bobbio, Mills teria rompido “a imagem idílica da América como paraíso do homem comum” (BOBBIO, 1991, p. 388). Cf. também Bottomore (1965, p. 31-2). Por isso mesmo, ele foi alvo de acerbas reações (GRYNSZPAN, 1996, p. 50).

<sup>7</sup> “Em ‘*A Critique of the Ruling Elite Model*’, artigo de 1958, referido diretamente a Mills e também a Hunter, Dahl propõe um teste através do qual se poderia averiguar a existência de uma elite do poder unificada. Seu ponto de partida era, também, o do poder entendido como faculdade de tomar e de impor decisões ao restante da sociedade. O que, para ele, seria preciso testar é se, de fato, prevaleceriam as preferências de um grupo específico na tomada e na imposição de decisões fundamentais.” (GRYNSZPAN, Mario. A teoria das elites e sua genealogia consagrada. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n. 41, p. 60, 1996.

<sup>8</sup> CASSESE, op. cit., p. 257.

<sup>9</sup> EASTON, David. The political system besieged by the State. *Political Theory*, v. 9, n. 3, p. 303-325, ago. 1981.

<sup>10</sup> CASSESE, op. cit., p. 262.

Uma prova da atualidade do conceito de Estado foi o esforço realizado por Pernice, no início do século XXI para explicar, durante o processo de globalização e desnacionalização de instituições, a existência de uma Constituição da União Europeia fundamentada no contrato social, com vistas à criação de uma nova identidade supranacional fictícia<sup>11</sup>. Naquele momento, o papel do Estado, como fator de coesão social, estava em xeque, mas a existência real do fenômeno estatal era um obstáculo ao avanço de uma unidade continental. A proposta de uma governança multinível sobreposta ao Estado nacional, sem atingir sua unidade, com base na ideia do contrato social, foi uma saída para compatibilizar as necessidades de organização do poder da União Europeia com a realidade do fenômeno estatal.

Se, por um lado, a formação da União Europeia atesta a perda de centralidade do Estado em vista da multiplicação de formas de intervenção pública e da pluralização de suas fontes, com o afastamento das chamadas prerrogativas de direito público e alteração da ideia de povo e de cidadania; por outro, a tentativa de utilização de conceitos que justifiquem a criação do Estado para explicar a existência da União Europeia e de um verdadeiro Estado supranacional são uma demonstração do poder simbólico dessa instituição e dos elementos ideológicos sobre os quais se funda, como as noções de povo, soberania e contrato social<sup>12</sup>.

Nesse diapasão, contrariando uma visão disseminada que opõe a globalização aos governos nacionais, tem-se que os Estados são um elemento constitutivo da globalização<sup>13</sup>.

Destarte, a posição dos Estados na União Europeia trouxe uma renovação metodológica para a teoria geral do Estado, disciplina que tem como objeto a “elaboração e sistematização de um universo conceptual que represente, em termos jurídicos, as relações oriundas do mundo do poder.”<sup>14</sup>.

Esse novo Estado envolve instituições globais que fomentem a auto-harmonização e pressionem os outros Estados com novos e confusos arranjos institucionais, sendo imperioso, nesse contexto, o desenvolvimento de teorias para sua compreensão e de políticas públicas específicas para lidar com esta realidade multifacetária.

O cenário europeu, embora não possa servir de paradigma direto para o Brasil, traz elementos que levam a refletir sobre as alternativas para a arquitetura jurídica das políticas públicas, em especial daquelas mais complexas, como a política de saneamento básico. Isto porque essa política tem sua implementação bastante complexa, envolvendo atores novos e antigos, normas recentes, afinadas com o novo texto constitucional e com áreas afins, como meio ambiente, e outras não tão adaptadas às carências atuais da comunidade.

Na interface com o mundo jurídico, as políticas públicas são organizadas em normas, de maior ou menor densidade. As leis que regulamentam as políticas públicas rompem

<sup>11</sup> “More generally, the citizens of the Member States have adopted multiple identities – local, regional, national, European – which correspond to the various levels of political Community they are citizens of. Such identities are based respectively on the social contract which is agreed with the people concerned for certain purposes of local, regional, national and European dimension and character, thus establishing a self-referential legal order which is the Constitution of the corresponding political system.” (PERNICE, Ingolf. *Multilevel constitutionalism in European Union*. London: European Law Review, 2002, p. 6).

<sup>12</sup> BUCCI, op. cit., p. 54.

<sup>13</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264.

<sup>14</sup> BUCCI, op. cit., p. 46.

com o conceito clássico de norma jurídica, já que não são gerais e abstratas, tampouco possuem diretrizes que orientam a dinâmica entre os diversos atores sociais.

O reconhecimento da presença de novos atores no cenário político desperta a necessidade de novas metodologias para a compreensão das relações entre os mundos jurídico e político. Surgem, daí, novas perguntas, por exemplo: como as normas regulam as disputas entre atores relevantes? Que tipo de norma deve ser pensada para cada tipo de política pública? Quais os modos de disputa e consenso existentes em torno da norma<sup>15</sup>?

Um conceito de governança capaz de incorporar a dinâmica entre os atores sociais poderia auxiliar na compreensão dos novos questionamentos que estão postos.

## 2. Governança, Direito e políticas públicas

A noção de governança global implica a

*gestão dos assuntos coletivos com múltiplos centros decisórios, sem estrutura definida de governo central com supremacia e soberania, conjunto de organizações gerais e setoriais e acordos não orientados por hierarquia, mas que, por regras, procedimentos, trações funcionais e comportamentos, prevalecem sobre as estruturas*<sup>16</sup>.

Sob o ângulo descritivo, a governança pode ser entendida como um conjunto de arranjos institucionais mediante os quais se adota e se executa as decisões públicas de um determinado ambiente social. Inclui-se nesse rol, as estruturas, os processos, os atores, as relações entre eles, as regras, os dispositivos de correção, enfim, todos os elementos que incidem sobre as decisões na esfera pública.

Já numa perspectiva normativa, a governança se relaciona com a qualidade da democracia, a capacidade de resolução de problemas coletivos e com a garantia para o mercado do bom funcionamento da sociedade civil<sup>17</sup>. Para ela, é fundamental que haja coerência na ação governamental, com a implantação de três planos de aproximação: macro, meso e microinstitucional.

A separação do fenômeno governamental em três planos é proposta por Buccini<sup>18</sup> e visa uma melhor relação entre a direção política e suas estruturas. No plano macroinstitucional estão as decisões políticas fundamentais, a “grande política”, bem como os rumos do planejamento de longo prazo. No plano mesoinstitucional, da “média política”,

<sup>15</sup> Para ilustrar as questões apresentadas, no julgamento da ADI n. 1842/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu o conflito de competências em matéria de saneamento básico sugerindo a criação de um fórum de deliberação adequado em que cada integrante tenha condições de participar da organização, planejamento e execução de funções públicas, cujo bom desempenho em favor da população dependa justamente dessa coordenação de esforços. Considerando que no Brasil existem os níveis municipal, estadual, metropolitano e federal para políticas públicas, a solução jurídica eficiente para a regulação dessa política envolve uma relação de consenso, e não uma relação de autoridade. Talvez o instrumento mais adequado para se obter o consenso necessário não seja a lei e, sim, um instrumento consensual entre os entes, capaz de expressar uma nova atuação estatal.

<sup>16</sup> BUCCI; DUARTE, op. cit., p. 246.

<sup>17</sup> LONGO, Francisco. Introducción: los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea. In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (ed.). *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*. Barcelona: Bela Terra, 2008, p. 19-39. Disponível em: <https://bit.ly/2C1HO2F>. Acesso em: 5 maio 2014.

<sup>18</sup> BUCCI, op. cit., p. 43.

estão os arranjos institucionais que desenham a ação governamental institucionalizada, agregando e compondo os elementos disponíveis, em uma direção determinada, tornada previsível, com base em regra e institucionalização jurídica que definem situações a serem experimentadas em operações futuras, resultando na reiteração da ação. Finalmente, no nível microinstitucional, da “pequena política”, se desenrola o processo político que leva à formação e ao desenvolvimento das políticas públicas, à decisão, às iniciativas pertinentes e às decisões judiciais nas hipóteses de conflito.

A ideia de governança pode ser incorporada à dinâmica dos planos macro, meso e microinstitucional do fenômeno governamental, o que justifica a sua fusão ao método de análise das políticas públicas. Essas, por sua vez, requerem arranjos jurídico-institucionais complexos, estabelecidos por normas jurídicas, tanto por meio de leis em sentido formal (isto é, promulgadas pelo Legislativo), como em sentido material (atos normativos regulamentares produzidos pelo Executivo, como decretos, regulamentos, portarias, circulares, instruções normativas, instruções operacionais, entre outros)<sup>19</sup>.

A incorporação do conceito de governança ao estudo das políticas públicas representa uma vantagem, pois essa ideia “amplia o foco dos estudos das políticas do próprio governo, o que se pode considerar um ganho analítico em si”, além de permitir “a incorporação nas análises de dimensões informais e mesmo ilegais que efetivamente caracterizam as dinâmicas políticas, mas que ficam de fora de perspectivas mais tradicionais”<sup>20</sup>.

Um exemplo da vantagem da incorporação do conceito está justamente no campo das políticas de saneamento básico. A Lei Federal n. 11.445/2007 estabeleceu diretrizes nacionais para estas políticas e previu diversos fatores que poderão ser levados em consideração quando da elaboração da estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico; entretanto esses são objeto de disputa entre os atores sociais envolvidos, nem todos contemplados na lei. Um ator relevante na urbanização de favelas é o crime organizado, que integra a realidade local, com o qual a SABESP tem que negociar para atingir as suas metas. A incorporação da ideia de governança permite que este ator, relevante de fato, mas invisível para a lei, possa ser levado em consideração na dinâmica da política pública.

O maior ganho, no entanto, do conceito de governança, é a possibilidade de superar a descoordenação entre as ações das diferentes esferas de governo no Brasil, o que gera dificuldade de articulação das políticas públicas em diversos níveis, necessária para se alcançar os objetivos da República, conforme observação de Cunha Filho:

*Como em toda organização política marcada por um governo central que atua concomitantemente com outras esferas de governo em âmbito regional e/ou local, cada qual com distintos graus de autonomia, há a necessidade de coordenação entre as ações de todos esses entes, medida indispensável para que o Estado como um todo possa adequadamente realizar sua missão de garantir condições para uma vida digna e harmônica aos seus cidadãos.*

<sup>19</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200. Disponível em: <https://bit.ly/31UwqA3>. Acesso em: 2 nov. 2018.

<sup>20</sup> MARQUES, Eduardo. De volta aos capitais para melhor entender as políticas urbanas. *Novos Cadernos CEBRAP*. Dossiê Capitais do Urbano, n. 2, p. 25, jul. 2016.

*Note-se que, partindo das premissas delineadas nos Capítulos 1 e 2 deste estudo, ainda que não houvesse em nossa Constituição qualquer determinação ou mesmo autorização para que União, Estados e Municípios celebrassem avenças para execução de atividades de interesse comum, imaginamos que tanto decorre da própria natureza das coisas<sup>21</sup>.*

Há inclusive autorização constitucional expressa no art. 241 da Carta Magna para os diálogos institucionais entre membros da Federação com vistas à consecução de pautas de interesse geral<sup>22</sup>, dispositivos muito pouco considerados pelos gestores. Deste modo, não há necessidade de se aguardar uma legislação específica para a busca da superação dos impasses para uma ação coordenada, já que a própria Constituição estimula a criação de novos arranjos para a ação governamental, a permitir uma governança mais eficiente das políticas públicas.

Coutinho, ao propor uma metodologia de análise da dimensão jurídica das políticas públicas, identifica quatro diferentes papéis do Direito e de seus operadores em tal âmbito: “apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional)”<sup>23</sup>.

Esta última dimensão reforça a tese de que, para uma boa governança, há que se pensar em novos instrumentos jurídicos, com um novo papel a ser exercido pelos atores tradicionais com vistas a uma maior eficiência da ação governamental.

Se o arranjo institucional de uma política pública deve compreender o seu marco geral de ação – incluindo uma norma instituidora da qual conste o quadro geral de atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, balizamento das condutas dos atores privados, protagonistas e destinatários –, entre os elementos da política deve ser incluída, também, a criação de instrumentos jurídicos ou não jurídicos, mas com relevância para o direito que permitam obter os consensos necessários a melhor governança possível do programa e a sua constante revisão administrativa, garantindo, desse modo, o aperfeiçoamento do arranjo institucional e o seu adensamento normativo.

Esses novos instrumentos requerem um relacionamento mais coordenado entre as esferas macro, micro e mesoinstitucionais, além de novos papéis a serem assumidos pelos atores jurídicos relevantes. Por outro lado, uma melhor governança nas políticas públicas deve envolver, necessariamente, um novo perfil do controle que é efeito sobre tal atividade estatal, sobretudo quando se está diante da sua judicialização.

<sup>21</sup> CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Governança pública na administração contemporânea*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 111.

<sup>22</sup> Idem, p. 112.

<sup>23</sup> COUTINHO, op. cit., p. 18.

### 3. Poder Judiciário e governança

A judicialização das políticas públicas, que vem se intensificando nos dias atuais<sup>24</sup>, é um dos fenômenos governamentais situados no plano microinstitucional, que deve ser considerado num contexto de governança, já que tem grande possibilidade de afetar uma política pública tanto na fase de sua institucionalização quanto durante sua execução.

Este processo pode se iniciar antes mesmo da ação governamental. Conforme observação de Senna, a formalização de uma política pública em uma lei é politicamente relevante, mesmo quando não há densidade normativa nem condições políticas para a sua implementação, pois abre um caminho para os atores sociais imporem uma pauta por meio da provocação dos Tribunais<sup>25</sup>.

A judicialização, portanto, também acaba por impactar as relações de poder e a ação governamental no nível macroinstitucional, promovendo adaptações institucionais, o que justifica um olhar mais preciso para o papel do juiz num cenário de governança como objeto metodológico da Teoria Geral do Estado.

Entretanto, há um isolamento do Poder Executivo para com o Poder Judiciário, e a defesa técnica do Executivo em juízo tende a ignorar a possibilidade de a decisão judicial influir na Política Pública. O papel do advogado público seria o de neutralizar a decisão, contestá-la, postergá-la, mas não o de cumpri-la.

Cunha Filho, ao analisar a relação entre Administração e Poder Judiciário – duas facetas de um mesmo Estado – observou que em relação às políticas públicas,

*os inúmeros questionamentos judiciais feitos de tais políticas recebem do departamento jurídico de cada uma das Administrações envolvidas, salvo raras exceções, o mesmo tipo de resposta: ou não há qualquer irregularidade na atividade prestada ou a responsabilidade por eventual dano reclamado não é sua, mas de outra esfera governamental*<sup>26</sup>.

O Poder Judiciário, por sua vez, elabora respostas baseadas em duas doutrinas extremas: de um lado, o essencialismo do Direito<sup>27</sup>, apoiado na doutrina neoconstitucio-

<sup>24</sup> Neste texto, será utilizado o conceito de Barroso, para quem judicialização significa que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” BARROSO, Luís R. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 1-46, fev.-maio 2010.

<sup>25</sup> Observação de Fernanda Vick Senna no evento *Trabalhos aplicados em Direito e Políticas Públicas: direitos sociais: atores sociais, direito e políticas públicas*, na Universidade de São Paulo, em 11 de novembro de 2018.

<sup>26</sup> CUNHA FILHO, op. cit., p. 112.

<sup>27</sup> Conforme sintetiza Valle: “A concepção do essencialismo de direitos tem como premissa a identificação de um valor constitucional puro como o ponto de partida da adjudicação havida na judicial review. A essência conteudística de um direito advém da relação especial que ele guarda com os valores consagrados constitucionalmente. A atuação constitucional se tem por delimitada no seu espectro de possibilidades a partir desse elemento modular de um direito que se enuncia como meio de concretização dos valores fundantes. Em que pese a retórica da simples ressonância de valores constitucionais basilares, a lógica do essencialismo dos direitos não responde às dificuldades identificadas quando da transposição de um direito afirmado em abstrato, para o plano concreto. Afinal, a pretensão dos valores constitucionais é de aplicação na sua máxima amplitude ou potencialidade – donde o rigor, da lógica, não se pode extrair deles referencial para o que seja a essência, o conteúdo mínimo de direitos que os instrumentalizem.” (VALLE, Vanice Regina Lírio; DIAS, Paula, E. S. D. *Indeterminação dos direitos*

nalista, que se propõe a superar a doutrina positivista do Direito; e do outro, a doutrina processual clássica, baseada no princípio da eventualidade da demanda, que se identifica, na doutrina norte-americana, com o *tailoring principle*<sup>28</sup>. Este último, na verdade, molda a lógica das respostas judiciais mesmo nos casos em que se discute a essencialidade de direitos, como ocorre na judicialização de medicamentos.

O Direito Administrativo, ao menos como é praticado nas Cortes, está amarrado aos ideais do Estado liberal clássico, e não dá conta dos processos políticos subjacentes, um jogo não transparente, que não se revela para o juiz, e ao qual este é alheio ou finge estar alheio. Quais são, então, as possíveis explicações para esta prática?

A judicialização tem correlação, em primeiro lugar, com a forma como os poderes são estabelecidos na Constituição Federal. No Brasil, existe um sistema político fragmentado, que dificulta o consenso político. Além disto, há “uma rigorosa separação de poderes, com legisladores e executivos munidos de mandatos fixos e juízes dotados de estabilidade no cargo, todos independentes entre si.”<sup>29</sup>. Em razão ainda do disposto na Carta, as instituições de justiça e de controle são extremamente ativas, pois “fiscalizam e controlam os políticos, as políticas públicas elaboradas pelos governos, até as leis e atos normativos editados por nossos representantes.”

Como instrumento de controle judicial, o Direito brasileiro, desde 1985, possui em seu ordenamento a Lei de Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 –, que introduziu a ação coletiva com a possibilidade de concessão de medida cautelar, o que implica uma concreta e imediata intervenção do Poder Judiciário numa ação política. Mas esta ação está sujeita ao princípio da eventualidade da demanda, e quem faz o recorte do pedido é o autor da ação, que necessariamente é um ator social com uma posição na arena política, e que com muita probabilidade não está satisfeito com o consenso alcançado até o momento da propositura da ação.

Ora, não é possível imaginar um controle exclusivamente técnico de uma ação judicial já proposta com base num dissenso político. Desse modo, por mais bem fundamentada do ponto de vista técnico-jurídico, uma decisão judicial como esta contém, de forma subjacente, mesmo que de modo inconsciente, uma escolha política.

A nova Constituição e a ação civil pública, portanto, não são instrumentos adequados para superar o artificialismo das lógicas do essencialismo de Direito Fundamental (para a qual basta sua declaração pelo Poder Judiciário) e do *tailoring principle* (para a qual existe sempre uma resposta jurídica “sob medida” para o malferimento do Direito). Como resultado, as decisões judiciais, seja na ação individual ou na ação coletiva, não colaboram para uma tutela jurisdicional satisfatória, impondo-se um reequacionamento do fenômeno da judicialização, capaz de catalisar a ação governamental num debate crítico, e assim contribuir efetivamente para a reconfiguração das políticas públicas.

O Direito como ferramenta jurídica deve prever a adaptabilidade da norma à situação concreta, pois a política pública é, por natureza, dinâmica. A função vocalizadora

---

sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 18, n. 73, p. 213, jul.-set. 2018).

<sup>28</sup> Idem, p. 212.

<sup>29</sup> ARANTES, Rogério. Três cenários para Bolsonaro. *Jota*. Disponível em: <https://bit.ly/2JtOWZo>. Acesso em: 4 nov. 2018. BARROSO, Luís R. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 1-46, fev.-maio 2010.

do Direito, por sua vez, construída com a participação democrática, deve ocorrer, preferencialmente, na fase em que a lei, enquanto ferramenta de política pública, está sendo elaborada, reduzindo deste modo a probabilidade de sua judicialização futura.

Em outras palavras, como o cidadão não pôde expressar suas impressões e interesses antes da promulgação do ato normativo, este se vê impelido a recorrer às Cortes como meio de sanar o déficit comunicativo existente entre si e a Administração.

Ao se aplicar a metodologia proposta por Coutinho às ponderações de Cunha Filho, a conclusão é de que com as respostas padronizadas dos juízes da Fazenda Pública, baseadas ou no essencialismo ou no *tailoring principle*, o Direito não está exercendo a sua função de forma eficiente, pois: (i) não é um instrumento capaz de deixar claro para os atores sociais qual é a regra válida; e (ii) não representa um arranjo institucional com as dimensões objetiva e subjetiva necessárias para o bom funcionamento daquela política pública.

Motivados pelos estudos de Lipsky, cientistas sociais tendem a classificar a atuação de juízes em ações que envolvem políticas públicas como a de burocratas de nível de rua<sup>30</sup>. Os burocratas de nível de rua são os “agentes que determinam o acesso do público a direitos e benefícios governamentais e é por meio deles que a população consegue acessar a administração pública”, sendo o *locus* da ação pública, na medida em que “são responsáveis pela mediação das relações cotidianas entre o Estado e os cidadãos.”<sup>31</sup>.

O juiz de primeira instância, entretanto, no contexto da pós-reforma do Poder Judiciário, é cobrado por produtividade e celeridade. Na judicialização de massa evita-se a tutela individualizada com dilação probatória, não havendo contato do juiz com as partes.

No Brasil, o papel do juiz, portanto, mesmo nos casos que envolvem o fornecimento de medicamentos, em vez de se identificar com o do burocrata de nível de rua, mais se aproxima da burocracia do modelo weberiano, em que a dominação burocrática é a forma de exercício do poder mais refratária à transição ou modificação. Para Weber, “onde quer que a burocratização da administração tenha sido conseqüentemente levada a cabo, cria-se uma forma praticamente inquebrantável de dominação”<sup>32</sup>, cujo modelo é reforçado com a recente reforma do Poder Judiciário e com a forma de controle instituído.

A melhor compreensão do fenômeno da judicialização em massa e da burocratização das decisões, deve conduzir à investigação das metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), às técnicas de defesa fazendária, à formação dos consensos nos tribunais e à dificuldade de alteração de jurisprudências consolidadas. Existe, nesse meio, uma rede que merece ser mais bem estudada.

Questiona-se, então: a judicialização é sempre negativa ou pode colaborar para a formação de uma governança?

<sup>30</sup> Texto de Émilie Biland e Hélène Steinmetz compara o trabalho de juízes em dois países diferentes, França e Canadá, e concluem que, dependendo das condições de trabalho, a função do juiz é diferente. Na França, a função do juiz de família está muito mais próxima da definição do burocrata de nível de rua do que no Canadá, pois naquele país há contato direto entre o juiz e o cidadão, e o juiz decide com mais liberdade. Já a decisão do juiz canadense é padronizada e não há contato com as partes (BILAND, Émilie; STAINMETZ, Hélène. Are judges street-level bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts. <https://orcid.org/0000-0002-7925-573X>Acesso em: 3 nov. 2018.

<sup>31</sup> LOTTA, Gabriela. O papel das burocracias do nível da rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIA, Carlos Aurélio. (org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Ed. PUC-Minas, 2012. p. 4-5.

<sup>32</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia*. Brasília: Ed. da UnB, 1999, v. 2, p. 222.

Uma judicialização estratégica e pontual, definitivamente, pode colaborar para solucionar impasses e estabelecer o diálogo entre os atores, “com a ação articulada dos poderes Executivo e Judiciário, para que se encontrem modos de atuação consensuais.”<sup>33</sup>.

Algumas decisões recentes caminham no sentido de buscar, através do experimentalismo jurídico, um meio para a maior efetividade dos processos e dos direitos fundamentais neles discutidos.

Faustinoni demonstrou que o Ministério Público pode atuar de forma a evitar a judicialização desestruturante da ação governamental, a partir de sua atuação no Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público de São Paulo (GEDUC). Em seu trabalho de pesquisa, o promotor de Justiça apontou para o esgotamento do modelo de judicialização de políticas públicas educacionais, “sendo certo que, mesmo quando conquistadas importantes vitórias no campo jurisprudencial, nem sempre estas correspondiam à efetiva concretização do direito em caráter universal”<sup>34</sup>. A partir desta constatação, novas estratégias institucionais estão sendo desenvolvidas.

O promotor sugeriu, por exemplo, a necessidade de criação de promotorias especializadas “em razão da necessidade de se proporcionar condições para atuação ministerial que leve em consideração e dialogue com saberes interdisciplinares”<sup>35</sup>, afinadas com a ação governamental. Uma mudança institucional dessa natureza conduz a uma litigância estratégica<sup>36</sup>, com um resultado efetivo para o avanço das políticas públicas.

Outro mecanismo experimental na solução de litígios que envolvam políticas públicas são as decisões estruturais, as quais visam

*estabelecer um tipo de diálogo com a administração pública para avançar, progressivamente, no cumprimento da decisão, toda vez que sejam necessárias reformas profundas que dificilmente possam ser levadas a cabo pelo condenado sem sua própria colaboração*<sup>37</sup>.

Para a execução de sentenças dessa natureza já foram testados mecanismos alternativos em outros países, adequados ao objeto a ser executado, de modo a garantir a satisfação do julgado, a exemplo da possibilidade de delegação do cumprimento da decisão para outros juízes ou funcionários especiais. Esse instrumento de origem jurisprudencial norte americana tem ressonância no Direito brasileiro, já que o novo Código de Processo Civil abrigou o princípio da cooperação em seu artigo 6º<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> CUNHA FILHO, op. cit., p. 339.

<sup>34</sup> FAUSTINONI, João Paulo. Apresentação oral. *Trabalhos aplicados em Direito e Políticas Públicas: direitos sociais, atores sociais, direito e políticas públicas*. Anais... São Paulo: Universidade de São Paulo, 11 nov. 2018, p. 204.

<sup>35</sup> Idem, p. 195.

<sup>36</sup> Conclusões de João Paulo Faustinoni no evento *Trabalhos aplicados em Direito e Políticas Públicas: direitos sociais, atores sociais, direito e políticas públicas*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 11 nov. 2018.

<sup>37</sup> VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la República Argetina dificultades políticas y procedimentales que incidem sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017, p. 67.

<sup>38</sup> “A colaboração é um modelo que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo

Na mesma linha, outros instrumentos que podem trazer bons resultados, como o da inclusão da participação cidadã e das mesas de diálogo na fase de execução dos julgados, todos compatíveis com a ordem jurídica brasileira, ainda com base no mesmo princípio e que podem, através do consenso entre as partes, viabilizar para que o processo atinja sua finalidade.

Esse parece ser o papel a ser assumido pelo Poder Judiciário diante dos novos arranjos jurídicos desenvolvidos com vistas à implementação das políticas públicas, qual seja, colaborar para a diluição dos conflitos que envolvem essas políticas. A incorporação de técnicas de diálogo e de cooperação entre juízes na busca pela melhor solução dos conflitos sociais e políticos subjacentes à lide, que vem sendo chamada pela doutrina de processo estrutural ou dialógico<sup>39</sup>, viabiliza não apenas a execução das sentenças, mas colabora efetivamente com o aperfeiçoamento das políticas públicas.

#### 4. Discussão de casos práticos e soluções dialógicas

Em questões envolvendo saneamento básico, é muito comum a interposição de ações civis públicas, baseadas em inquéritos civis, instaurados pelo Ministério Público. A sentença se forma facilmente. A execução do julgado, porém, com muita frequência é inviável.

É exemplo das dificuldades práticas encontradas na fase de execução processual a decisão proferida na Ação Civil Pública n. 001312-57.1998.8.26.0223<sup>40</sup> que, fundamentada na teoria da essencialidade de direito<sup>41</sup>, reconheceu que os adquirentes dos lotes de “Pedreira” foram vítimas de parcelamento ilegal, obrigando o Estado à regularização imediata da área.

Entretanto, a generalidade do direito reconhecido não aparelhou o juízo da execução com os instrumentos necessários para a concretização do direito reconhecido, e o acórdão nunca foi efetivamente cumprido.

A inexecução do julgado deu origem a uma segunda ação, de natureza individual, de n. 0013772-31.2009.8.26.0223. A sentença, desta vez foi proferida na lógica do *tailoring*

---

como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional.” MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Processo Civil. Disponível em: <https://bit.ly/36aSIAM>. Acesso em: 24 abr. 2019.

<sup>39</sup> A ideia do processo estrutural já foi incorporada ao ordenamento nacional com a publicação da Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e em seu art. 21, parágrafo único, estabeleceu a possibilidade – senão dever – de implementação de técnicas processuais de tutela com características estruturais nos litígios complexos que envolvam o controle da Administração Pública. O processo estrutural ou medidas estruturantes consiste “numa nova formação para a tutela executiva da sentença condenatória e/ou mandamental na qual o juiz, ao invés de unilateralmente impor obrigações de cumprimento imediato, nos rígidos prazos fixados pela norma processual, planeja e dimensiona no tempo, com a cooperação das partes, um cronograma ótimo para a implementação das obrigações impostas pela sentença, atento aos impactos e repercussões extra- processuais da ordem judicial”. MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. *Direito do Estado*, ano 2018, n. 396, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2JvKKsa>. Acesso em: 1 set. 2019.

<sup>40</sup> O acórdão não está disponível na internet, mas seu conteúdo é mencionado no Processo n. 0013772-31.2009.8.26.0223 (ver nota n. 40).

<sup>41</sup> “A concepção do essencialismo dos direitos tem por premissa a identificação de um valor constitucional puro como o ponto de partida da adjudicação havida na judicial review. A essência conteudística de um direito advém da relação especial que ele guarda com os valores consagrados constitucionalmente. A atuação jurisdicional se tem por delimitada no seu espectro de possibilidades a partir desse elemento medular de um direito que se enuncia como meio de concretização dos valores fundantes”. (VALLE; DIAS, op. cit., p. 211).

*principle*<sup>42</sup>, adotou como solução a extinção sem julgamento de mérito, pois “a viabilidade da implantação dos serviços de saneamento básico não ficou provada, porque não se demonstrou que a área já tem equipamentos urbanos mínimos”<sup>43</sup>.

A questão, portanto, judicializada há mais de duas décadas, não encontrou um caminho para a implementação do direito fundamental em discussão, nem pela via da ação coletiva, nem pela via da ação individual, não produzindo os efeitos almejados.

A ausência de um resultado no mundo real por essas duas ações demonstra a ineficácia tanto da ação individual quanto da ação coletiva como instrumentos para a tutela de direitos fundamentais, e a necessidade de novas abordagens para alcançar a finalidade pretendida, qual seja, contribuir para a promoção de condições de vida adequadas para as pessoas em consonância com o preconizado pela nossa ordem constitucional, exercendo deste modo o Poder Judiciário seu papel institucional.

Outro caso interessante para demonstrar a ineficiência do modelo atual de jurisdição é a forma como foi processada a ação popular de n. 1023435-31.2017.8.26.0053. Na petição inicial, pretendia o autor popular a implementação pela via judicial do sistema de “economias”, através do qual algumas categorias de consumidores poderiam pagar o consumo de água com subsídios. Um dos argumentos do autor popular era sua implantação no estado do Maranhão, pretendendo, inclusive, que como este estado já havia implementado o sistema, os mesmos critérios fossem aplicados em São Paulo.

O autor popular defendeu a tese de que havia imoralidade administrativa no fato ter havido um Processo Administrativo n. 0243/2012, seguido da Consulta Pública n. 04/2014, instaurados para deliberar sobre a ampliação da aplicação do “sistema de economias”, mas nenhuma decisão fora efetivamente implementada. A seu ver, havia manipulação do procedimento pela ARSESP, que atuava para impedir a implementação da Lei 11.445/2007, que previa o sistema de economias.

Na análise do processo administrativo, verifica-se que a Consulta Pública efetuada foi extremamente restrita, não levando em consideração os diversos atores sociais em jogo, e nem os interesses envolvidos. Ao final, embora a Consulta tenha colhido opiniões favoráveis ao sistema, não havia elementos técnicos para a implantação. Esses estudos são extremamente complexos, já que a SABESP é uma empresa de economia mista, com

<sup>42</sup> O *tailoring principle* “está relacionado a ideia de que cada malferimento de um direito corresponde a uma exata resposta jurisdicional. Nesse estreito vínculo, a providência adjudicativa configura medida puramente corretiva que busca eliminar os efeitos nocivos da violação. Seu conteúdo não decorreria de uma escolha do agente julgador, mas da objetiva aferição de qual seja a medida, pretensamente única, apta a reparar a lesão ao direito. Essa concepção em natureza dúplice, confere à decisão judicial a um só tempo, capacidades e restrições. Sob a ótica das capacidades, tem-se o reconhecimento em favor do Poder Judiciário de aptidão para a remoção de todo e qualquer vestígio da violação ao direito, podendo para tanto, se valer de toda a amplitude e flexibilidade dos direitos constitucionais. Já a natureza restritiva dessa concepção orienta os Tribunais a não irem além do estritamente necessário à eliminação dos efeitos nocivos da violação”. (VALLE; DIAS, op. cit., p. 213).

<sup>43</sup> “OBRIGAÇÃO DE FAZER. SANEAMENTO BÁSICO. GUARUJÁ. Pensão de vários litisconsortes de compelir a Sabesp a instalar, no local ‘Pedreira’, originado de loteamento clandestino, toda infraestrutura necessária para o fornecimento de água tratada e coleta de esgoto, além de compelir o município de Guarujá a outorgar as licenças e alvarás necessários para viabilizar o saneamento básico. Competência do município e os loteadores de realizar as obras necessárias. No presente caso, não provada a existência de infraestrutura mínima que permita o exercício das atribuições da Sabesp. Hipótese em que o autor limitou o pedido em relação ao município apenas à expedição dos alvarás, o que é insuficiente para a obtenção da tutela pretendida. Aplicação da teoria da asserção na análise das condições da ação. Improcedência mantida. Alteração no fundamento da improcedência. Recurso não provido”. (TJSP, Apelação Cível 0013772-31.2009.8.26.0223, relator: Paulo Galizia, órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público, foro de Guarujá – 3ª Vara Cível, data do julgamento: 03/10/2016, data de registro: 04/10/2016). Disponível em: <https://bit.ly/2WVlSq5>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ações na bolsa de valores. A decisão envolve um diálogo amplo, pois suas consequências vão muito além do estreito espaço da relação jurídica processual e envolve recursos financeiros significativos, incompatíveis com a dimensão de uma ação popular, que em razão da gratuidade estabelecida em lei, não comporta provas complexas e, portanto, muito dispendiosas.

Questões com tal complexidade, portanto, impõem ao Poder Judiciário a adoção dos novos arranjos jurídicos que despontam na doutrina e na prática experimentalista, com a finalidade de garantir a efetividade das decisões judiciais na solução dos conflitos sociais e políticos subjacentes, viabilizando, assim, melhor governança pública, coordenando-se os processos relativos a um mesmo pedido ou causa de pedir com as políticas públicas e projetos de gestão em curso, sem o qual o título judicial não terá a efetividade pretendida.

Um resultado diverso foi alcançado na ação civil pública n. 0000247-86.2008.8.26.052 em loteamento irregular em Salesópolis, em que o magistrado, se utilizando da audiência pública, aplicou o princípio da colaboração entre as partes para viabilizar a execução do processo.

O município de Salesópolis possui 98% de seu território em Área de Proteção dos Mananciais (APM) e, por este motivo, se enquadra nas condições e exigências da Leis Estaduais 1.172/1976 e 898/1975, as quais são bastante restritivas com relação a loteamentos, construções, reformas, ampliações de imóveis, bem como venda de lotes. Este fato acaba estimulando a irregularidade na cidade.

No referido processo, datado de 2008, o Juiz da Vara, Alexandre Miura Iura, em 2016, após oito anos de inefetividade no processo, deu início a um diálogo com a Prefeitura, em especial com as suas secretarias de meio ambiente e de regularização fundiária, o Ministério Público, e representantes legais do loteador (Narciso Miguel Filho e Marcia Citrângulo Miguel), e realizou uma audiência de conciliação, com a participação de engenheiros da CETESB para dar um suporte técnico.

Na audiência, foi possível um acordo parcial para solucionar a questão de fato, assumindo as partes os seguintes compromissos: 1) ofereceram os loteadores em dação em pagamento às áreas descritas na Planta de Regularização Fundiária Anexa descritas como Área Verde de 2.641,42m<sup>2</sup> e a Área Institucional de 1.000,74 m<sup>2</sup> e a área de APP 3.863,97 m<sup>2</sup> bem como todas as áreas correspondentes às vias públicas de 8.476,22 m<sup>2</sup>. Sendo insuficiente a soma destas áreas para o licenciamento ambiental da regularização do loteamento em questão, os loteadores assumiram o compromisso de complementar tais áreas oferecendo outras que atendam à exigência da legislação ambiental de regularização fundiária; 2) assumiram ainda a obrigação de custear toda parte técnica de elaboração de projeto de regularização, incluindo o levantamento topográfico, levantamento planialtimétrico e laudos de vegetação.

O município da Estância Turística de Salesópolis, por sua vez, assumiu os seguintes compromissos: “1) promover a demarcação urbanística na forma da Lei Federal 11.977/2009 ou outro meio que se mostrar mais adequado para regularização fundiária, comprometendo-se a fornecer todo suporte técnico necessário perante os órgãos técnicos. 2) dar para Área institucional de 1.000,74 m<sup>2</sup> alguma destinação do art. 4º, inc. I da Lei 6.766/1976, não podendo dar destinação habitacional; 3) realizar obras para drenagem das águas pluviais bem como a pavimentação urbana” (sic)<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2Jub8my>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Um outro caso que relatado pelo magistrado, se deu em ação civil pública envolvendo o loteamento “Serginho da Aurora”<sup>45</sup>. O único entrave para regularização era a suposta existência de uma nascente no raio de 50 m do loteamento. Em inspeção judicial o julgador apurou que, no local, o pessoal mais antigo da cidade negava a existência da nascente. Se o juízo determinasse uma perícia, ou oficiasse ao IGC para confirmar, iria travar o andamento do processo. Daí, com a colaboração de dois engenheiros da Cetesb foi localizado o ponto onde seria a nascente, e se concluiu que ou esta não existia, ou era intermitente. No mesmo dia foi realizado um acordo parcial para realização de um projeto de drenagem de águas pluviais, que estava provocando erosão do solo.

A alternativa merece ser mencionada, pois é um indutor de novos comportamentos diante de conflitos, e pode inspirar o desenvolvimento de novas possibilidades, um passo necessário para equacionar as centenas de ações civis públicas existentes sem um bom desfecho na sua fase de execução.

### Conclusões

O Estado contemporâneo guarda poucas semelhanças com o modelo clássico de Estado liberal. O sentido do Estado no século XXI se justifica, especialmente, com a garantia de direitos fundamentais e, para isso, a ação governamental necessita de arranjos jurídico-institucionais complexos, formulados com alto nível de consenso federativo e com participação democrática.

A ideia de governança se aplica ao Estado brasileiro diante da necessidade de composição de interesses tão diversos. Essa composição de interesses deve ocorrer no nível macroinstitucional, num modelo de governança de multiníveis semelhante àquele da União Europeia, capaz de comportar os interesses da União, estados, municípios e regiões metropolitanas.

O processo para a formação desses arranjos institucionais caminha em várias etapas, preferencialmente num ambiente de governança. Nesse rumo, a participação do Poder Judiciário, que via que normalmente ocorre no plano microinstitucional, é frequentemente exigida pelos mais diversos atores sociais, não apenas para evitar o retrocesso, quando a pactuação não é viável, mas também para a busca do consenso.

Para a satisfação dos referidos propósitos, exige-se do Judiciário, e, portanto, dos juízes, uma postura mais atenta para com os efeitos gerados na realidade por suas decisões, o que passa pela adoção de um novo modo de condução do processo, em especial em casos complexos como os descritos neste ensaio.

O magistrado, como órgão de controle, não é (e nem pode ser) o protagonista na execução de políticas públicas. Sua atuação, no mais das vezes, é apenas pontual, mas sua intervenção pode contribuir para a maior eficiência ou ineficiência da atuação governamental em tal âmbito.

A tomada de consciência dos limites da natureza dessa modalidade de controle está afinada com a ideia de governança que vem sendo preconizada para o Estado como um todo, do qual fazem parte, é bom lembrar, não só os integrantes do Executivo e do Legislativo, como aqueles a quem incumbe o exercício da jurisdição.

<sup>45</sup> Processo físico n. 0000986-83.2013.8.26.0523, que tramita na Comarca de Salesópolis.

## Referências

- ARANTES, Rogério. Três cenários para Bolsonaro. *Jota*. Disponível em: <https://bit.ly/31QbWII>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- BARROSO, Luís R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 1-46, fev.-maio 2010.
- BILAND, Émilie; STAINMETZ, Hélène. Are judges street level bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts. *Law & Social Inquiry*, 4 nov. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/31RMld0>. Acesso em: 3 nov. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 18 jul. 1941. Disponível em: <https://bit.ly/2qN23OV>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Promulgou a Lei de Ação Civil Pública. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <https://bit.ly/2qRzwbC>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE Clarice Seixas (coord.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASSESE, Sabino. *Reestruturando o Estado: do Estado-nação à comunidade política global*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo (org.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 251-266.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200. Disponível em: <https://bit.ly/31UwqA3>. Acesso em: 2 nov. 2018.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro. *Governança pública na administração contemporânea*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- EASTON, David. The Political system besieged by the State. *Political Theory*, v. 9, n. 3, p. 303-325, ago. 1981.
- FAUSTINONI, João Paulo. Ministério Público: o indivíduo e a instituição. In: *Trabalhos aplicados em Direito e Políticas Públicas: direitos sociais, atores sociais, direito e políticas públicas*, 2018. *Anais [...]*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 11 nov. 2018. Apresentação oral.
- GRYSZPAN, Mario. A teoria das elites e sua genealogia consagrada. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n. 41, p. 35-83, 1996.
- JORGE, Ighor Rafael. Novas formas de enfrentamento da judicialização da saúde: a audiência pública n. 4 e as medidas adotadas nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. In: BUCCI, Maria Paula; DUARTE Clarice Seixas (coord.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Nova York: Russell Sage Foundation, 2010.
- LONGO, Francisco. Introducción: los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea. In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (ed.). *Los escenarios de la gestión*

*pública del siglo XXI*. Barcelona: Bela Terra, 2008, p. 9-39. Disponível em: <https://bit.ly/2op0809>. Acesso em: 5 maio 2014.

LOTTA, Gabriela. O papel das burocracias do nível da rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionariedade. In: FARIA, C. A. (org.). *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Ed. PUC-Minas, 2012.

MARQUES, Eduardo. De volta aos capitais para melhor entender as políticas urbanas. *Novos Cadernos CEBRAP*. Dossiê Capitais do Urbano, n. 2, p. 25, jul. 2016.

MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. In: *Direito do Estado*. 2018, n. 396. Disponível em: <https://bit.ly/2qKjDmH>. Acesso em: 1 set. 2019.

MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Processo Civil. Disponível em: <https://bit.ly/36aSIAM>. Acesso em: 24 abr. 2019.

PERNICE, Ingolf. *Multilevel constitutionalism in European Union*. London: European Law Review, 2002.

POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

SÃO PAULO. *Lei Municipal n. 16.050, de 31 de julho de 2014*. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. São Paulo: Câmara Municipal, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/32W2q82>. Acesso em: 5 nov. 2018.

SENNÁ, Fernanda Vick. Participação social e o processo normativo. In: *Trabalhos aplicados em Direito e políticas públicas: direitos sociais, atores sociais, direito e políticas públicas*, 2018. *Anais [...]*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 11 nov. 2018. Apresentação oral.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Ações em tramitação nas Varas da Fazenda Pública*. Disponível em: <https://bit.ly/2JrtowL>. Acesso em: 5 nov. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio; DIAS, Paula do E. S. D. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 18, n. 73, jul.-set. 2018.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la República Argetina dificultades políticas y procedimentales que incidem sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (org.). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999. v. 2.