

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Um modelo político de
implementação para as políticas
públicas: os papéis do direito e
dos juristas**

**A Political Model of
Implementation and
Implications of the Model for
Public Policy, Research, and
the Changing Roles of Law and
Lawyers**

William H. Clune III

Sumário

PARTE 1: POLÍTICAS PÚBLICAS	17
1. POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS	18
UM MODELO POLÍTICO DE IMPLEMENTAÇÃO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS PAPÉIS DO DIREITO E DOS JURISTAS	20
William H. Clune III	
EVALUACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN GOBIERNOS LOCALES EN MÉXICO: DESAFÍOS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	83
Louis Valentin Mballa e Arturo Bermúdez Lara	
PATERNALISMO LIBERTÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERVENÇÃO E TRANSPARÊNCIA	105
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues	
2. POLÍTICAS PÚBLICAS E COVID-19	121
LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O USO SECUNDÁRIO DE DADOS PESSOAIS NO PODER PÚBLICO: LIÇÕES DA PANDEMIA	123
Miriam Wimmer	
EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS DE INOVAÇÃO NOS SETORES INDUSTRIAIS BRASILEIROS: SUGESTÕES PARA A CRISE DA COVID-19	144
Michelle Márcia Viana Martins e Chrystian Soares Mendes	
COMPLIANCE EM TEMPOS DE CALAMIDADE PÚBLICA: ANÁLISE SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA DE DADOS E INFORMAÇÕES DURANTE O ENFRENTAMENTO DA COVID-19 NO BRASIL	169
Luciana Cristina da Conceição Lima, Alcindo Fernandes Gonçalves, Fernando Cardoso Fernandes Rei e Cláudio Benvenuto de Campos Lima	
3. POLÍTICAS PÚBLICAS E ACCOUNTABILITY	188
ACCOUNTABILITY E DESENHO INSTITUCIONAL: UM “PONTO CEGO” NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO	190
Danielle Hanna Rached	
ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO	211
Eduardo Jordão e Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa	

O CONTROLE E A AVALIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS POR DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS NO BRASIL	243
Vinicius Garcia e Carlos Araújo Leonetti	
4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE	266
A LIVRE OPÇÃO PELA CESARIANA: UM “NUDGE ÀS AVESSAS”	268
Bruna Menezes Gomes da Silva e Júlio Cesar de Aguiar	
AUTISMO: ASPECTOS JURÍDICOS DA ACESSIBILIDADE E RESPEITO	283
Fabiana Barrocas Alves Farah e Danilo Fontenele Sampaio Cunha	
SAÚDE E DOENÇAS RARAS: ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO AO TRATAMENTO E SUAS LIMITAÇÕES.....	301
Danilo Henrique Nunes e Lucas de Souza Lehfeld	
5. OUTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM ESPÉCIE	318
REGULAÇÃO DAS ÁGUAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA PRODUÇÃO NORMATIVA DOS ÓRGÃOS REGULADORES FEDERAIS	320
Bianca Borges Medeiros Pavão, Natasha Schmitt Caccia Salinas e Thauany do Nascimento Vigar	
“LET THE ALGORITHM DECIDE”: IS HUMAN DIGNITY AT STAKE?.....	343
Marcela Mattiuzzo	
DAS ACEPTÕES DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS ÀS VOZES SILENCIADAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	371
Thaís Araújo Dias e Monica Mota Tassigny	
PLANEJAMENTO FAMILIAR: “INIMIGO” A SER COMBATIDO, “ALIADO” LIBERTADOR OU FALSO “AMIGO”?	395
Vinicius Ferreira Baptista	
A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A JUVENTUDE COMO OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS	419
William Timóteo e Ilzver de Matos Oliveira	
ANÁLISE CÊNICA DOS FEMINICÍDIOS EM CURITIBA: PROPOSTAS PREVENTIVAS E REPRESSIVAS	433
Ticiane Louise Santana Pereira, Octahydes Ballan Junior e Antonio Henrique Graciano Suxberger	
ORIGIN AND CONSEQUENCES OF THE WAR ON DRUGS. FROM THE UNITED STATES TO ANDEAN COUNTRIES	451
Silvio Cuneo e Nicolás Oxman	

TRABALHO DECENTE: COMPORTAMENTO ÉTICO, POLÍTICA PÚBLICA OU BEM JURIDICAMENTE TUTELADO?	471
Silvio Beltramelli Neto e Mônica Nogueira Rodrigues	
EL FINAL DE UNA POLÍTICA PÚBLICA: ANÁLISIS DEL CICLO POLÍTICO DEL PROYECTO DESTINOS INDUCTORES PARA EL DESARROLLO TURISTICO REGIONAL (DIDTR) – BRASIL	496
María Belén Zambrano Pontón, Magnus Luiz Emmendoerfer e Suely de Fátima Ramos Silveira	
ALTERNATIVA TECNOLÓGICA PARA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS: ESTUDO DE CASO DA VIABILIDADE DO USO DE DLT EM NOTA FISCAL ELETRÔNICA	520
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Fernando Crespo Queiroz Neves	
PARTE 2: TEMAS GERAIS	549
A CONSTRUÇÃO DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO NO PLANO INTERNACIONAL	551
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	
GRUPOS VULNERABLES DE ESPECIAL PROTECCIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH) ¿EN QUIÉN PODRÍA Y DEBERÍA ENFOCARSE EN BASE A LA DOCTRINA Y A LA EXPERIENCIA COMPARADA IBEROAMERICANA?	571
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
EL SUFRAGIO ELECTRÓNICO COMO ALTERNATIVA AL SUFRAGIO TRADICIONAL: LUCES Y SOMBRAS DE UN DEBATE RECURRENTE	595
David Almagro Castro, Felipe Ignacio Paredes Paredes e Edgardo Lito Andres Cancino	
COGNOSCIBILIDADE E CONTROLE SOCIAL DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA SOB A ÉGIDE DA DEMODIVERSIDADE: ESTUDO EMPÍRICO DE PORTAIS ELETRÔNICOS MINISTERIAIS LATINO-AMERICANOS	621
Ana Carolina Campara Verdum, Leonardo Fontana Trevisan e Rosane Leal da Silva	
DESAFIOS E BENEFÍCIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR	655
Sthéfano Bruno Santos Divino	
QUEM TEM MEDO DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA? AS TEORIAS DA CONDUTA E DA IMPUTAÇÃO, PARA UM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CONSTITUCIONALIZADO	690
Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona	
A INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA O AFASTAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE HUMANA	711
Dione J. Wasilewski e Emerson Gabardo	

Um modelo político de implementação para as políticas públicas: os papéis do direito e dos juristas*¹

A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers

William H. Clune III**

Tradução:
Gabriela Azevedo Campos Sales²
Bruno de Almeida Passadore³
Elisa Martinez Giannella⁴
Kadra Regina Zeratin Rizzi⁵

Revisão técnica da tradução:
Maria Paula Dallari Bucci⁶

Resumo

Este artigo é a tradução de *A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers*, originalmente publicado em 1983. O artigo tem dois objetivos principais: a) desenvolver e apresentar um modelo geral de implementação de políticas públicas, aplicável a processos legislativos e administrativos, bem como a alguns processos judiciais; b) examinar algumas implicações desse modelo para as políticas públicas, para a pesquisa jurídica e para a mudança das concepções do direito e dos juristas no direito “pós-moderno” (direito regulatório dominado pela política de grupos de

¹ [N.T.] Título original: *A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers*. Publicado na *Iowa Law Review*, v. 69, p. 47-125, 1983. As referências a livros e artigos científicos presentes no texto original foram adaptadas para facilitar a identificação das obras por parte de leitores brasileiros, com acréscimo de algumas informações não contidas no original. A obra traduzida não oferecia todas as informações que seriam necessárias para a conversão das referências originais ao padrão estabelecido pela ABNT. As referências a atos normativos e processos judiciais foram majoritariamente mantidas como apresentadas no texto original, como forma de permitir a identificação da fonte citada. Sobre o sistema de citação de referências jurídicas nos Estados Unidos: Harvard Law Review Association et. al. (org.). *The Bluebook: A Uniform System of Citation*. 21. ed. Cambridge: Harvard Law Review Association, 2020. Disponível em: www.legalbluebook.com. Acesso: 17 ago. 2020.

² Juíza Federal. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP e doutoranda em Direito do Estado pela USP. E-mail: gacsales@usp.br.

³ Defensor público estadual. Mestre em Direito Processual Civil e doutorando em Direito do Estado pela USP. E-mail: bruno.passadore@usp.br.

⁴ Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP – Cogea e mestranda em Direito Processual Civil pela USP. E-mail: elisagiannella@usp.br.

⁵ Controladora Geral do Município de Itu-SP. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. E-mail: kadrarizzi@ig.com.br.

⁶ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Livre-Docente pela mesma Universidade. E-mail: mariapaula@usp.br.

* Recebido em 25/01/2021
Aprovado em 01/03/2021

** William H Clune III é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, diretor do Grupo de Política do Instituto Nacional para Educação Científica e pesquisador sênior do Consórcio para Pesquisa Política em Educação (CPRE).
Email: whclune@wisc.edu

interesse). Para tanto, apresenta-se um modelo “político” de implementação contendo: a) a representação dos atores básicos do processo de implementação e seus principais comportamentos; b) a descrição das interações que conferem à implementação sua forma característica; c) a ênfase à produção política reformista, ao interacionismo cibernético, à recursividade e à evolução que são típicos da implementação. Em seguida, discute-se como as proposições teóricas primárias do modelo impactam a compreensão sobre o desenho de políticas públicas, a pesquisa sobre implementação e os papéis em transformação do direito e dos juristas. A conclusão destaca a influência da política sobre o direito e propõe que a implementação seja concebida como um processo que promove maior participação por meio do direito.

Palavras-chave: Direito e Políticas Públicas; Modelo de implementação de políticas públicas; Método e pesquisa.

Abstract

This article is the translation of *A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers*, originally published in 1983. The article has two main purposes: a) development and presentation of a general policy model of implementation, applicable to legislative and administrative processes as well as some litigation before courts; b) examination of some implications of that model for public policy, research about law, and changing conceptions of law and lawyers within “postmodern” law (regulatory law dominated by interest-group politics). In order to accomplish these goals, a “political” implementation model is presented containing: a) the representation of the basic actors involved the implementation process and their main behaviors; b) the description of the interactions that give the implementation its characteristic form; c) the emphasis on reformist political fabrication, cybernetic interactionism, recursiveness and evolution that as typical of implementation. Then, it is discussed how the primary theoretical characteristics of the model impact the understanding of policy design, research on implementation and the changing roles of law and lawyers. The conclusion highlights the influence of politics on law and proposes that the implementation be conceived as the process of achieving greater participation through law.

Keywords: Law and Public Policy; Policy model of implementation; Method and research.

1 Introdução

A implementação de políticas sociais por meio do direito é um processo interativo que envolve agências governamentais, organizações reguladas e grupos de interesse. A implementação consiste no desenho da política governamental, na escolha e na administração de instrumentos políticos para atender a finalidades sociais, além do gerenciamento da política governamental em um ambiente complexo e politizado. Embora a implementação esteja envolvida em praticamente todos os problemas socialmente significativos e controversos do direito no Estado moderno, nossa compreensão desse processo é parcial e fragmentada⁷. Sendo assim, este artigo tem dois objetivos principais: desenvolver e apresentar um modelo geral de implementação, bem como examinar algumas implicações desse modelo para as políticas públicas, para a pesquisa jurídica e para a mudança das concepções do direito e dos juristas⁸ no direito “pós-moderno” (direito regulatório dominado pela política de grupos de interesse).

⁷ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research, *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1044-1116, em especial p. 1046-1047.

⁸ [N.T.] Ao longo deste texto, a palavra *lawyer* foi traduzida ora como *juristas*, ora como *advogados*, conforme o contexto.

Ao contrário de suas conotações relativamente abstratas, a palavra “modelo” significa algo bastante concreto⁹. Um modelo é uma descrição específica de atores e interações envolvidos em um processo, com nível de generalidade suficiente para que padrões comuns possam ser reconhecidos em uma ampla gama de áreas temáticas. Ao discutir as implicações de um modelo geral, é essencial estabelecer os fatos a partir dos quais as implicações são extraídas. Muita teoria sobre o direito é incompreensível □ uma série tediosa de abstrações e abstrações sobre abstrações. Felizmente, o modelo deste artigo não será vítima desse problema, mas, ao contrário, fornecerá dezenas de exemplos concretos para a discussão subsequente das implicações. De fato, algumas das implicações são quase inseparáveis do modelo, porque envolvem o modo como visualizamos a operação do processo jurídico.

Outra conotação infeliz da palavra modelo deve ser abordada logo no início. O modelo parece estranho e artificial, algo compreendido pelos “cientistas” sociais em vez de cidadãos, advogados, políticos e juízes. O modelo apresentado neste artigo, no entanto, deve ser instintivamente familiar a qualquer observador razoavelmente sofisticado ou participante do sistema jurídico moderno. Em certo sentido, o objetivo deste artigo é harmonizar algumas das construções formais de Teoria do Direito, pesquisa jurídica e análise de políticas, com aspectos práticos do processo jurídico moderno. Os padrões básicos descritos aqui -- regulação e política de regulação -- surgiram, no mais tardar, na virada do século e atingiram a maturidade no *New Deal*, mas muitas de nossas ideias formais não progrediram. Se este fosse um artigo histórico, seria sobre o atraso entre a cultura jurídica e a realidade jurídica. No entanto, a cultura é poderosa. Coisas que sabemos instintivamente podem parecer surpreendentes, até mesmo chocantes, quando comparadas explicitamente com preconceitos, ideologias e racionalizações.

⁹ O modelo usado neste artigo é mais parecido com os modelos utilizados na análise de sistemas. De fato, o livro pioneiro de Easton sobre o assunto influenciou o artigo de Clune, Fitzgerald e Kidder mencionado nos agradecimentos como um antecessor deste artigo. EASTON, D. *A systems analysis of political life* 1965. O principal distanciamento em relação à análise de sistemas é o uso, em meu modelo, de pessoas e organizações em vez de variáveis abstratas como “demandas” e “suporte”. Wirt e Kirst usam o modelo de Easton em seu livro sobre políticas da educação. WIRT, F.; KIRST, M. *Schools in conflict*. 1982, p. 29. Alguns cientistas sociais desaprovam fortemente o emprego do termo “modelo” ao tipo de modelo usado neste artigo. Wirt e Kirst sugerem que um modelo de sistemas deve ser considerado uma “teoria heurística”, um “esquema heurístico” ou um “quadro de análise política”, em vez de “teoria em seu sentido tradicional” (“um conjunto de [...] proposições relacionadas que incluem algumas leis gerais e às quais se pode atribuir um valor de verdade específico por meio de testes empíricos”). Idem, p. 27. Fundamentalmente, concordo com Wirt e Kirst, mas me recuso a ser completamente excluído do reino do positivismo e gostaria de me explicar. Neste artigo, modelo não significa um conjunto de variáveis com ligações quantificáveis especificadas, capazes de falsificação estatística. JENCKS, C.; SMITH, M.; ACLAND, H.; BANE, M.; COHEN, D.; GINTIS, H.; HEYNS, B.; MICHELSON, S. *Inequality – a reassessment of the effect of family and schooling in America*. 1972, p. 320-350 (“*Path Models of Intergenerational Mobility*”); BUSH, R.; LUCE, D; SUPPES, P. Models, Mathematical. *International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 10, 1968, p. 378 e ss.; CHRIST, Carl. *Econometric Models, Aggregate, International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 4, 1968, p. 344 e ss. O modelo apresentado aqui é um esquema verbal de atores e interações típicas. Como tal, é descritivo de uma ampla gama de implementações. Não é nem um pouco preditivo do que pode ocorrer em implementações específicas, porque foi formulado para ser geral o bastante para abranger todas as implementações. O modelo é preditivo e falseável, na medida em que é inconsistente com “quadros” concorrentes da *forma* básica de implementação. Por exemplo, Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1067-1069 (discussão do modelo de “impacto legal”). Para discussão dos aspectos descritivos do modelo e suas vantagens, vide a parte II(B) deste artigo; para uma discussão sobre aspectos preditivos, vide parte III(E). Confesso perplexidade em relação a reivindicações territoriais quanto à palavra “modelo”. Existe algo não científico no objetivo deste artigo – uma descrição clara, geral, parcimoniosa e verbal de um importante processo social? A palavra “modelo” parece melhor que “conceito”, “denominação” ou até “tipologia”, porque a tentativa aqui é “relacionar [...] conceitos em conjuntos de proposições inter-relacionadas” (ABELL, P. *Model building in sociology*. 1971, p. 1). Passado um certo ponto, o debate sobre os méritos de vários usos da palavra “modelo” é “uma perda de tempo” (Idem, p. 237, n. 1). A sensibilidade quanto ao uso da palavra “modelo” neste contexto tem uma base especialmente válida. Ao pesquisar sobre qualquer um dos muitos subtópicos identificados pelo modelo neste artigo, normalmente é necessário desenvolver ou aplicar uma subteoria mais específica. Por exemplo, ao pesquisar sobre agências sancionadoras, conforme discutido na parte II(B)(3), é preciso classificar as sanções de alguma maneira □ por sua gravidade, por exemplo – e relacionar essa classificação a algum outro comportamento da agência (por exemplo, resistência organizacional e evasão). O mesmo ponto poderia ser arguido quanto a teorias genuinamente preditivas, discutidas acima. Assim, o modelo apresentado aqui é útil para a pesquisa porque é heurístico (sugerindo áreas para pesquisa), holístico (lembrando aos pesquisadores de não negligenciarem partes cruciais de todo o processo) e sintético (relacionando áreas da realidade e pesquisa entre si).

1.1 O que é implementação?

É mais fácil se interessar pela implementação do que defini-la. Em um artigo anterior, Robert Lindquist e eu tentamos uma definição extensa de implementação, comparando-a com outras partes do processo jurídico e contrastando a pesquisa orientada à implementação com outras modalidades de pesquisa¹⁰. No referido artigo, a implementação foi definida como o processo de criação ou tentativa de mudança social por meio do direito¹¹. A mudança social buscada pela implementação é “programática”, consistindo em uma política relativamente coerente implementada por um período razoavelmente curto, após o qual a política pode se tornar obsoleta ou atingir um estado de equilíbrio dinâmico¹². A mudança social também é difícil de se realizar em razão da falta de vontade ou da incapacidade no setor regulado. A dificuldade da tarefa social exige a resposta jurídica característica da implementação, política jurídica “afinada” consistente em planejamento detalhado, direcionamento, supervisão e controle¹³. Estruturalmente, a implementação tende a envolver uma ou mais organizações, agências governamentais, tentando mudar o comportamento de outras organizações, governamentais ou não. Implementação é, portanto, um estudo da interação organizacional. Especificamente, é o estudo de organizações governamentais que tentam influenciar outras organizações a fazer algo que é difícil o bastante a ponto de exigir uma grande quantidade de interação. A implementação preocupa-se mais com as funções manifestas do que com as funções latentes do direito (reconhecendo as funções latentes à medida que afetam as manifestas)¹⁴; é necessária uma visão instrumental, e não determinística, ou teórico-social, da ordem sociojurídica¹⁵.

A implementação é um assunto significativo para estudo, pois está envolvida em quase todas as intervenções governamentais de importância crítica em nosso tempo: oportunidade educacional, discriminação no emprego, controle de poluição, má conduta corporativa e muito mais. Também é importante em razão da crise de confiança sobre essas intervenções, surgida nas décadas de 1960 e 1970. Intrinsecamente difícil de realizar, a implementação recentemente pareceu impossível ou muito cara¹⁶.

1.2 Significado e importância de um modelo geral

O modelo apresentado neste artigo consiste em uma representação de atores e interações envolvidos em um típico processo de implementação, mas a abstração não é tão abstrata. Neste artigo procura-se destilar o essencial do que é descrito em estudos de caso de implementação factualmente densos, como os de litígios sobre financiamento da educação, educação compensatória, educação bilíngue, reforma prisional, dessegregação escolar e normas de equidade no trabalho¹⁷. Consequentemente, o modelo não é composto por “va-

¹⁰ NE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, nota 3 *supra*.

¹¹ NE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1045.

¹² NE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1105-1111. Para uma discussão sobre tendências estáveis nas interações representadas pelo modelo, vide parte II(b)(8)(c).

¹³ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1072-1083.

¹⁴ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1094-1101.

¹⁵ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1101-1104.

¹⁶ O “neoconservadorismo” define-se em termos de desilusão com os resultados e o potencial de programas sociais ambiciosos. GOODMAN, W. Irving Kristol: Patron Saint of the New Right. *The New York Times Magazine*, Seção 6, p. 90, 6 dez. 1981. Não é fácil distinguir a falta de entusiasmo em relação aos objetivos das dúvidas quanto à eficácia e ao custo. CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo). [N.T. Esta tradução manteve as referências às obras no prelo, tal como constantes da publicação original deste artigo].

¹⁷ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1091, n. 103, para uma coletânea de estudos de caso sobre implementação.

riáveis” em um alto nível de abstração. É preenchido por pessoas reais (ou, mais precisamente, organizações reais) interagindo entre si de maneiras intuitivamente familiares ou, pelo menos, plausíveis.

Um modelo geral de implementação pode ser extremamente útil. Os trabalhos existentes em matéria de implementação são parciais e fragmentados. Parciais porque o que normalmente se considera como pesquisa sobre implementação é, na realidade, pesquisa sobre diferentes partes do processo de implementação. Fragmentados porque a pesquisa não está inter-relacionada ou sintetizada, tampouco condensada em um só lugar. Com um modelo geral, a pesquisa sobre implementação pode ser categorizada de acordo com vários fatores, como por exemplo qual parte do processo é descrita e qual a perspectiva adotada.

Além de contribuir para organizar a pesquisa existente, um modelo geral ajuda a entender o processo de implementação e, portanto, tem valor teórico. O modelo em si tem um certo poder preditivo, explicativo e sensibilizador sobre o que provavelmente ocorrerá durante a implementação e por quê. A simples apresentação do processo em sua forma real nega tacitamente uma grande quantidade de possíveis hipóteses contrárias sobre o processo de implementação e sensibiliza os pesquisadores a respeito do que investigar. Além disso, certas implicações gerais do modelo podem ser utilmente inferidas, especialmente na medida em que essas ideias se afastam de outras visões de implementação ou têm implicações óbvias para a pesquisa. Quando parte do processo é considerada sem referência a outras partes, pode faltar um senso de limites realistas sobre as alternativas de implementação. Por exemplo, considerar o que adiante será denominado “Teoria da Sanção” sem referência às políticas de implementação¹⁸ pode resultar em uma falsa percepção do leque de sanções e respostas possíveis. No mundo real da implementação, talvez não seja possível promulgar ou aplicar sanções que pareçam atrativas, por causa da realidade da política legislativa, administrativa e organizacional.

A referência a um modelo geral também tem consequências para a metodologia e para a avaliação de políticas. Quando se aprecia toda a gama de atividades envolvidas na implementação, fica claro que diferentes técnicas de pesquisa devem fazer parte da pesquisa de implementação. Muitos dos problemas mais frequentes da avaliação de políticas legislativas referem-se à ausência de entendimento sobre o processo de implementação. Por exemplo, a constatação reiterada e inútil de que todas as implementações falham em atingir seus objetivos ideais é, à luz de um modelo geral, simplesmente uma reformulação do fato de que uma intervenção jurídica é ela própria produto de um compromisso social, e não é mais do que a abertura de um processo complexo de compromisso e ajuste. A implicação para a política é que a intervenção deve ocorrer nas margens. De fato, um modelo geral provavelmente é útil, sobretudo para a análise de políticas públicas. A tendência da análise parcial de exagerar a importância de partes selecionadas do processo ou de omitir as qualificações necessárias é mais prejudicial quando se considera o valor de intervenções específicas e limitadas.

Por fim, um modelo geral é uma excelente maneira de examinar as mudanças das funções do direito e dos juristas. O modelo aqui apresentado é realmente sobre a forma do processo jurídico moderno – como ele funciona e quem faz o quê. As discussões sobre o direito moderno geralmente são excessivamente abstratas, porque é difícil imaginar o que está sendo discutido. Essa situação é especialmente infeliz porque as características predominantes do direito discutidas pelos teóricos são de fato ilustradas por eventos com os quais todos estamos familiarizados – eventos que vemos, ouvimos ou lemos todos os dias. Vale insistir que nenhum dos benefícios de um modelo geral depende do tipo de precisão que associamos, por exemplo, aos modelos de equilíbrio geral da economia. A precisão seria boa, mas é muito útil ter uma imagem geral válida das várias partes do processo e de como essas partes se relacionam.

¹⁸ Para a discussão sobre os ciclos ascendente e descendente de implementação, vide partes II(B)(1) e III(A).

2 Um modelo “político” de implementação

Nesta seção aborda-se, primordialmente, com a apresentação e a explicação do modelo; os comentários são reservados para a parte III. No entanto, a natureza “política” característica do modelo deve ser discutida desde o início. O modelo é político no sentido de que as duas fases da produção normativa – formação e implementação de políticas – são representadas como um processo de luta, conflito e compromisso entre grupos de interesses conflitantes. De fato, na maior parte das vezes, os mesmos grupos de interesses estão envolvidos em ambas as fases do processo de produção normativa. Todavia, fases diferentes podem envolver distintos equilíbrios de poder e a política pode assumir formas diversas. Neste artigo, “direito” é simplesmente o equilíbrio atingido pelas forças em disputa, em um dado estágio do processo. No entanto, a norma jurídica constitui mais do que simplesmente um prêmio político ou um compromisso; consiste em um tipo muito especial de prêmio ou compromisso, pois determina comportamentos e resultados de maneira única e poderosa. Pessoas interessadas ou grupos de interesse são a força que conduz a motriz por trás da formulação e a implementação de políticas. Portanto, o propósito final de uma legislação é encontrado nas aspirações sociais das pessoas e não nas leis ou na história legislativa. A estrutura de uma legislação e sua história legislativa não só podem revelar a natureza das aspirações sociais que lhe são subjacentes, como também podem ajudar a explicar o escopo técnico e os limites da positividade de um objetivo social, bem como a maneira pela qual um propósito foi comprometido com outro. Mas o “objetivo” de uma lei não existe em abstrato; existe nos argumentos de que a letra ou o espírito de uma lei estão sendo violados e nos problemas éticos relativos à violação de requisitos mínimos de legalidade¹⁹. O modelo, portanto, descreve a implementação como um processo interativo entre *atores* produzindo *comportamentos*. Os comportamentos incluem normas (comandos legais), incentivos legais (essencialmente aplicáveis) e conformidade ou desconformidade em relação às normas.

Outra nota introdutória é necessária para evitar confusão. Basicamente, o modelo aplica-se tanto aos processos legislativos quanto aos administrativos, bem como a alguns litígios perante tribunais. No artigo anterior, a implementação foi definida de forma a incluir, apenas, um certo tipo de litígio, o “litígio de direito público”²⁰. No contencioso de direito público, todas as funções e interações descritas no modelo são aplicáveis. A forma da interação é, obviamente, fortemente influenciada pelo contexto judicial. O comando jurídico²¹ é uma decisão judicial, em vez de uma lei²²; o monitoramento, a negociação e a solução de problemas são feitos por juízes e seus assessores²³, em vez de agências administrativas²⁴. Mas os elementos funcionais centrais da implementação são os mesmos: uma tarefa social difícil é satisfeita com uma política normatizada bem ajustada, atores interessados intervêm em todos os pontos do processo, defesas e desvios

¹⁹ Para uma discussão sobre a mudança dos papéis do direito no direito político pós-moderno, vide parte IV.

²⁰ CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976; DIVER, C. The Judge As Political Power broker: Superintending Structural Change in Public Institutions, *Virginia Law Review*, v. 65, p. 43-106, 1979; EISENBERG, T.; YEAZELL, S. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, v. 93, p. 465-517, 1980; FLETCHER, W. Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 635-697, 1982; RHODE, D. Class Conflicts in Class Actions, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 1183-1262, 1982; Symposium: Judicially Managed Institutional Reform, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 267-464, 1981; Special Project: The Remedial Process in Institutional Reform Litigation, *Columbia Law Review*, v. 78, p. 784-929, 1978; Note: IMPLEMENTATION Problems in Institutional Reform Litigation, *Harvard Law Review*, v. 91, p. 428-463, 1977; Note: INSTITUTIONAL Reform Litigation: Representation in the Remedial Process, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1474-1492, 1982.

²¹ [N.T.] No original, *legal mandate*. A expressão *legal mandate* foi traduzida como *comando jurídico* em todas as aparições no decorrer do texto.

²² [N.T.] No original, *statute*. A palavra *statute* foi traduzida como *lei* em todas as aparições no decorrer do texto, evitando-se a confusão que o emprego do termo *estatuto* poderia ensejar.

²³ [N.T.] No original, *judge and judicial masters*.

²⁴ YUDOF, M. Plato’s Ideal and the Perversity of Politics (resenha de livro). *Michigan Law Review*, v. 81, p. 730-745, 1983, em especial p. 741-745 (poderes legislativos e tribunais em litígios institucionais são semelhantes nos métodos de representar interesses políticos, encontrar fatos, interpretar evidências de ciências sociais, elaborar remédios e decisões de implementação). De fato, a maioria das implementações envolve legislaturas, tribunais e agências administrativas; mas uma instituição geralmente tem responsabilidade primária. Para a discussão de várias instituições envolvidas na implementação, vide parte II(B)(8)(d).

organizacionais são removidos. Essas características comuns aumentam a utilidade de um modelo único para a implementação orientada por tribunais e agências.

2.1 Atores e comportamentos durante a implementação

Na Tabela 1, apresentam-se os atores básicos do processo de implementação e seus principais comportamentos (a natureza das interações será descrita na Tabela 2).

Tabela 1 - Atores básicos no processo de implementação e seus comportamentos

Atores externos	Atores Internos	Comportamentos ²⁵
(I) Grupos de interesse e Mídia	(A) Organizações normatizadoras (formuladoras de políticas)	(1) Comandos jurídicos
	(B) Organizações reguladoras e suas ideologias	(2) Incentivos legais
	(C) Organizações reguladas e suas ideologias	(3) Conformidade (incluindo desconformidade)

As “variáveis” são classificadas por colunas. “Atores externos” (coluna 1) referem-se à multiplicidade de grupos de interesses que intervêm na produção normativa e na implementação. Proeminentes entre esses grupos (I) seriam grupos de interesse em sentido técnico – a American Civil Liberties Union (ACLU), a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)²⁶, sindicatos, ambientalistas, *lobbies* empresariais – e os meios de comunicação. A implementação é um processo criado e dirigido por movimentos sociais; reformadores sociais e seus oponentes são ativos em todas as etapas. Consequentemente, o processo é político e agitado. “Atores internos” (coluna 2) são as organizações que elaboram, aplicam e são o alvo da política do governo. As organizações normatizadoras (formuladoras de políticas) (A) incluem legislativos, tribunais e agências administrativas, na medida em que iniciam políticas. As organizações reguladoras (B) são as agências responsáveis pela aplicação da lei por meio de medidas como sanções e inspeções²⁷. As organizações reguladoras aplicam sanções – o direito em ação – às organizações reguladas (C).

Os “comportamentos”, na coluna 3, são comportamentos das organizações especificadas diretamente à esquerda na coluna 2. Portanto, os comandos jurídicos (1) são comportamentos das organizações normatizadoras (A); incentivos legais (2) são comportamentos das organizações reguladoras (B); e conformidade (incluindo desconformidade) (3) é um comportamento das organizações reguladas (C). Os resultados jurídicos não são descritos pelo modelo, nem são por ele considerados. Os motivos dessa exclusão, juntamente com os motivos de muitas outras exclusões, são apresentados no primeiro artigo²⁸. As ideologias das organizações reguladoras e reguladas são explicitamente mencionadas devido à grande importância, para o processo de implementação, de orientações em relação ao direito vigente para ambos os tipos de organizações.

2.2 Interações-padrão durante a implementação

A implementação é sobretudo um processo interativo. Qualquer ação jurídica ou política pode ser recebida com uma reação das organizações afetadas. Assim, um projeto de lei ou uma decisão judicial prola-

²⁵ [N.T.] No original, os comportamentos são identificados como (1) *Legal Commands*, (2) *Legal Incentives* e (3) *Compliance Behavior (including Noncompliance)*.

²⁶ [N.T.] No original, constam apenas as siglas ACLU e NAACP.

²⁷ Uma das características estruturais incomuns dos tribunais é que eles combinam produção normativa e funções reguladoras em uma única organização.

²⁸ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1066-72.

tada para garantir direitos civis podem ser cumpridos com iniciativas legislativas destinadas a atenuá-los ou reforçá-los. Os regulamentos promulgados com base na legislação podem enfrentar resistência política e ser revogados. Medidas de coerção, como a ameaça de sanções, podem ser recebidas com retrocesso político, projetado para produzir um recuo da ameaça, ou com várias adaptações organizacionais. Ao longo da “história” de uma dada implementação, os esforços contínuos para alterar a base jurídica são comuns. Às vezes, esse jogo político consegue obter uma mudança marcante – por exemplo, os esforços da gestão Reagan para consolidar subsídios federais vinculados²⁹.

Um modelo “político” presumivelmente deve descrever as interações políticas, e não é demais dizer que o modelo apresentado neste artigo consiste, exclusivamente, em interações. Esta seção do artigo apresenta as interações “padrão” durante a implementação; isto é, aquelas que, por parecerem ocorrer repetidas vezes, dão à implementação sua “forma” característica³⁰. Algumas implicações de “interatividade” ou “recursividade”, como adiante denominadas, serão exploradas em uma seção posterior.

Na Tabela 2, apresentam-se elementos analiticamente distintos das interações. As interações são apresentadas em “ordem lógico-cronológica”, como se a estrutura oficial do processo jurídico se refletisse em estágios temporais. Esses tipos de interações, no entanto, podem ocorrer de forma diferente em implementações reais. Em implementações reais, as interações podem ser simultâneas e sequenciais; várias combinações institucionais podem ocorrer – por exemplo, a intervenção dos tribunais em um processo em grande parte administrativo. Além disso, existem tendências de longo prazo, ajustes cibernéticos de interesses conflitantes que atingem um ponto de relativa estabilidade. Esses refinamentos essenciais serão discutidos depois que as interações analiticamente distintas forem consideradas³¹. É importante isolar os tipos de interações que ocorrem nas várias combinações do mundo real. Observe-se que cada interação se refere aos atores e comportamentos indicados na Tabela 1, com uso das indicações de letras e números daquela tabela.

Tabela 2 - Interações-padrão durante a implementação em sequência “lógica”

<p>I. O “CICLO DESCENDENTE”</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Formulação de políticas [(I) → (A) → (1) na Tabela 1] 2. Implantação de incentivos legais [(1) → (B) → (2)] 3. Respostas das organizações reguladas [(2) → (C) → (3)] 4. Interações implantação-resposta [(2) → (3); (3) → (2)]
<p>II. O “CICLO ASCENDENTE”</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Influência sobre as políticas formais das agências reguladoras por <i>insiders</i> e alianças <i>insiders-outsiders</i> [(C) → (B) → (2); (C)/(I) → (B) → (2)] 2. Influência sobre os poderes legislativos por <i>insiders</i> e <i>outsiders</i> para obter mudanças na base jurídica³² [(C)/(I) → (A) → (1)]

²⁹ Os esforços do governo em educação culminaram no *Education Consolidation and Improvement Act* (ECIA), de 1981, Pub. L. No. 97-35, 95 Stat. 463 (codificado conforme alterações em seções dispersas de 20, 21 U.S.C.). Embora contivesse mudanças importantes, o ECIA foi menos “consolidativo” do que a gestão desejava e originalmente propôs. Programas bilíngues e para pessoas com deficiência não faziam parte da consolidação; e o principal programa educacional federal, o Título I do *Elementary and Secondary Education Act*, de 1965, Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. 27, 27-36 (auxílio a estudantes desfavorecidos), foi mantido, com alterações, como o capítulo 1 da ECIA. 95 Stat. em 464-69 (codificado conforme alterações em seções dispersas de 20 U.S.C.).

³⁰ Como a implementação é um processo longitudinal dinâmico, e não um processo estático, a palavra “forma” deve ser entendida adequadamente. A ideia de forma na música é uma analogia mais apropriada que a forma na arquitetura.

³¹ Para uma discussão das interações em ação, vide parte II(B)(8).

³² [N.T.] No original, *Underlying Mandates (Statutes)*.

No restante desta seção, cada tipo de interação será discutido e exemplificado separadamente. A discussão dirá respeito ao tipo de atividade que ocorre em cada fase da implementação.

2.2.1 Ciclo ascendente versus ciclo descendente

Conforme refletido na Tabela 2, todas as interações da implementação podem ser consideradas parte de um “ciclo descendente” ou de um “ciclo ascendente”. O ciclo descendente é orientado para a conformidade. Começa com a emissão de um comando jurídico, continua com a implantação de incentivos legais e termina com a conformidade ou desconformidade por parte do setor regulado. O ciclo ascendente, por outro lado, é orientado para o governo, seus comandos e suas sanções cotidianas. Durante a implementação, as organizações reguladas e seus aliados empreendem contínuos esforços para obter compromissos nas demandas que recebem das organizações reguladoras. Em uma ação judicial, esses esforços tomam a forma de tentativas de modificar a decisão ou de obter várias medidas corretivas. Na prática administrativa, é comum o *lobby* para fortalecer ou enfraquecer as leis, regulamentos administrativos e sanções administrativas³³.

Talvez o aspecto mais difícil da implementação, do ponto de vista da teoria e da política, seja esse fluxo e refluxo de forças contrárias. Em qualquer implementação real, idas e vindas existem a qualquer momento e ao longo da implementação. Como consequência, o processo de implementação pode parecer mais com uma campanha militar do que com o desenvolvimento calmo e ordenado da política. Quando a política se desenvolve de maneira ordenada, isso indica que conflitos foram resolvidos em uma multiplicidade de conjunturas críticas, de forma ao menos razoavelmente consistente com o objetivo fundamental da lei.

Um bom exemplo desse fluxo e refluxo de forças contrárias é a longa demanda *Robinson versus Cabill*³⁴, sobre financiamento da educação. Durante cerca de seis anos, os tribunais e o legislativo de Nova Jersey negociaram três complexos diplomas normativos, um julgamento de primeira instância e sete decisões da Suprema Corte, incluindo uma dramática e conflituosa ordem de fechamento das escolas de Nova Jersey. O resultado foi um compromisso. A fase administrativa da implementação não poderia começar até que o tribunal e o legislativo resolvessem o conflito. Essa fase também conteria inúmeros compromissos, já que a burocracia escolar labiríntica começaria a implementar as exigências básicas do texto final³⁵.

2.2.2 Formação de políticas: obtenção e especificação do comando jurídico

O primeiro passo da longa série de ajustes que denominamos implementação ocorre quando os movimentos sociais obtêm um comando jurídico do governo³⁶. Compreender o movimento social por trás de

³³ Sobre litígios institucionais, vide nota 16 *supra*, sobre *lobby* no processo administrativo, vide parte II(B) (6) (influência sobre as organizações reguladoras para mudar a política formal).

³⁴ 118 N.J. Super. 223, 287 A.2d 187, *supp'd*, 119 N.T. Super. 40, 289 A.2d 569 (1972), *modified*, 62 N.J. 473, 303 A.2d 273, *reargued*, 63 N.J. 196, 306 A.2d 65, *cert. denied* Dickey v. Robinson, 414 U.S. 976 (1973); 67 N.J. 333, 339 A.2d 193, 69 N.J. 133, 351 A.2d 713, *cert. denied sub nom.* negado Klein v. Robinson, 423 U.S. 913 (1975); 69 N.J. 449, 355 A.2d 129, *supp'd*, 70 N.J. 155, 358 A.2d 457, *injunction dissolved*, 70 N.J. 464, 360 A.2d 400 (1976). Típico de litígios institucionais ou de direito público, Robinson não é realmente um “caso”, mas uma série de interações entre vários tribunais e outros órgãos do governo. Ainda assim, o caráter vinculado das decisões judiciais e o poder hegemônico dos tribunais conferem um grau incomum de coerência às implementações geridas judicialmente. CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979. p. 67-106, em especial p. 84-104.

³⁵ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979, p. 67-106, em especial p. 97-104 e 107-111.

³⁶ Para exemplos de movimentos sociais que buscaram comandos jurídicos: HANDLER, J. *Social movements and the legal system – a theory of law reform and social change*. 1978; KLUGER, R. *Simple Justice - The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. 1976; PIVEN, F.; CLOWARD, R. *Poor people's movements: why they succeed, how they fail*. 1977; BELL, D. The Dialectics of School Desegregation, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 281-298, 1981; LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*. 30 jun. 1982, p. II.1-119 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

uma implementação específica é crucial para entender a própria implementação. A “Teoria” da Lei, pela perspectiva do movimento, é o que geralmente consideramos o propósito social “puro” da lei, como quando se considera a não discriminação no emprego como finalidade do Título VII³⁷ ou da Ordem Executiva 11.246^{38 39}. Mais importante, a teoria ou a “visão” de bem social mantida pelo movimento é necessária para explicar as reações do movimento às ações do governo ao longo da implementação. Podemos, por exemplo, prever as reações do movimento ambientalista às ações do Secretário do Interior Watt, pois temos uma apreciação intuitiva dos objetivos e da visão do movimento. Pelas mesmas razões, também é necessário entender a oposição ao movimento. Os compromissos inicialmente incorporados a todas as leis conquistadas por movimentos sociais são diretamente atribuíveis aos poderosos grupos de interesse que se opõem a essa iniciativa. A Teoria dos Defeitos da Legislação, ou dos interesses contra os quais os objetivos do movimento social devem ser equilibrados para se determinar sua razoabilidade, surge da estrutura de interesses representada por organizações potencialmente reguladas. Os ajustes nessa mesma linha procedem da mesma origem – oposição ao movimento social.

No artigo anterior, explicou-se por que a implementação começa propriamente no momento em que o comando jurídico torna-se específico. Nesse ponto, ocorre primeiramente o ajuste fino do objetivo social subjacente às difíceis realidades sociais⁴⁰. Os comandos próprios de implementação são materializações estruturais das forças sociais em conflito. O movimento social que propõe a lei e as organizações que a ela se opõem deixam suas respectivas marcas ao longo do texto legal. Em certo sentido, a ordem não consiste em nada além desses compromissos. Sob a Ordem Executiva 11.246, por exemplo, foram estabelecidas metas para contratações de acordo com o número de mulheres e minorias nos grupos de candidatos disponíveis⁴¹. Essa abordagem não promove uma ação afirmativa tanto quanto outras abordagens. De fato, tratou-se de uma concessão às organizações reguladas e que limitou severamente a quantidade de contratações exigida por lei⁴². Além disso, um contratante somente seria responsabilizado em caso de má-fé na contratação⁴³.

A série de compromissos contidos na ordem executiva revela três pontos importantes sobre o processo de implementação. Primeiro, esses compromissos restringem todas as ações subsequentes durante a implementação; eles estabelecem o limite do que é lícito e razoável. Eles são a lei. Segundo, manifestações pontuais das mesmas forças conflitantes se repetem em inúmeras conjunturas subsequentes. O conflito entre o apoio e a oposição a mais contratações de minorias está profundamente enraizado na estrutura social. A pressão sobre um contratante individual para melhorar seus indicadores ilustra o conflito tanto quanto os compromissos incorporados ao comando jurídico. Terceiro, falar em “comando jurídico” como se fosse um ponto de referência fixo é completamente enganoso. Desde o presidente Roosevelt, muitas ordens executivas foram emitidas a respeito de ações afirmativas na contratação; a Ordem Executiva 11.246 é apenas a mais recente. Cada uma representa uma resolução ligeiramente diferente das forças sociais concorrentes, uma “receita” ligeiramente diferente de ajustes-padrão⁴⁴. Numa visão prospectiva de uma implementação, pode-se antecipar

³⁷ *Civil Rights Act*, de 1964, Pub. L. No. 88-352, §§701-716, 78 Stat. 241, 253-66, alterada pelo *Equal Employment Opportunity Act*, de 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 Stat. 103 (versão atual em 42 U.S.C. §2000e (1) – (17) (1976)).

³⁸ 30 Fed. Reg. 12.319 (1965).

³⁹ [N.T.] No original, *Executive Order*, que corresponderia, em termos, ao decreto no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁰ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, nota 3 *supra*, p. 1060.

⁴¹ 41 C.F.R. 5 60-2,11 (1982) (análise de utilização); *idem*, §60-2,12 (objetivos e cronograma).

⁴² No ensino superior, por exemplo, definir metas de contratação em termos de minorias qualificadas disponíveis significa que as metas para muitos departamentos acadêmicos de tamanho considerável são zero, uma ou duas minorias. Uma análise de 1979 sobre as metas de ação afirmativa da Universidade de Wisconsin, por exemplo, constatou que as minorias representavam 2% da disponibilidade de força de trabalho em economia (pessoas qualificadas com a formação exigida). Dois por cento do total de 37 faculdades de economia implicava uma representação minoritária de 0,75 (arredondado para 1). Como, à época, não havia minorias em economia, seu objetivo de ação afirmativa era uma contratação. A disponibilidade de minorias em astronomia foi definida em 0,9%, implicando uma “meta” de zero contratações em um departamento de nove pessoas. (Vice-Chanceler para assuntos acadêmicos. *Relatório de 1978 sobre ação afirmativa e contratação de professores*, Universidade de Wisconsin-Madison, 22 de maio de 1979).

⁴³ Vide 41 C.F.R. §60-2,15 (1982).

⁴⁴ A cronologia e a abordagem distinta de cada ordem executiva são apresentadas em: LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic En-*

que modificações da base jurídica serão frequentemente buscadas e por vezes obtidas⁴⁵. É apenas um exagero relativo dizer que comandos jurídicos, como regulamentos e interações de execução, vêm e vão.

Assim, por uma pluralidade de razões convincentes, a implementação inclui a obtenção e a especificação do comando jurídico. É difícil narrar qualquer parte da história de uma implementação sem referência aos limites legais existentes, e é absolutamente impossível narrar a história completa de uma implementação sem atenção substancial à formação das políticas.

2.2.3 Implantação de incentivos legais

O comando jurídico é, na verdade, apenas “direito nos livros” (exceto pelos impactos simbólicos, cuja exclusão da implementação foi discutida no artigo anterior⁴⁶). Para aplicar de forma efetiva a política normatizada às organizações reguladas, é necessário implantar incentivos legais. Os incentivos legais devem ser entendidos de maneira ampla, para incluir a imposição real ou provável de qualquer ação positiva ou negativa. Portanto, as sanções são apenas uma pequena parte dos incentivos legais. Outros são ordens diretas de executar ou não uma ação, exigências burocráticas, inspeções, investigações e ainda a ameaça de cada uma dessas medidas. O total de recursos aplicados na execução e a habilidade com que esses recursos são organizados e gerenciados são elementos óbvios da estrutura de incentivos.

A maioria das relações regulatórias é longa, com incentivos informais e intermediários, como a chamada “sanção burocrática”⁴⁷, e poucas punições. Em matéria de subsídios federais, por exemplo, uma auditoria pode resultar em muito trabalho extra para a organização regulada e, portanto, pode levar a uma mudança consensual em suas práticas. Além disso, as reclamações geralmente são tratadas por meio da estrutura administrativa, em lugar de se proceder à sanção final da descontinuação de recursos⁴⁸.

A “ideologia” da organização reguladora é um dos principais determinantes dos incentivos legais. “Ideologia”, nesse sentido, refere-se à orientação da agência em relação à finalidade da lei⁴⁹. Obviamente, é provável que uma agência profundamente comprometida com o direito implante uma estrutura de incentivos diferente de uma agência relativamente indiferente. Uma reclamação comum sobre novos propósitos de agências que emergem dos movimentos sociais é que elas são excessivamente zelosas em sua estratégia de execução e que tomam ações “pró-movimento” não permitidas pela base jurídica⁵⁰. Pessoas simpáticas ao movimento

forcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order, 30 jun. 1982, p. p. III.1-165 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

⁴⁵ Um bom exemplo de política prolongada sobre os termos de uma lei é o Título I da Lei do Ensino Fundamental e Médio (ESEA), Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. KIRST, M. JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980; Vide também nota 67 *infra* (padrão *Adams versus. Richardson* de intervenção judicial).

⁴⁶ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, 1061-1066.

⁴⁷ Sanções burocráticas não fiscais, que podem ser avaliadas sem a inconveniência de processo formal, são apenas uma ferramenta do “sistema informal de gestão” que ajuda a implementar doações federais. HILL, P. *Enforcement and informal pressure in the management of federal categorical programs in education*. Nota avulsa N-1232-HEW, 1979, p. 14-29.

⁴⁸ Idem, p. 10-12. Em geral, as recomendações de auditoria para cortar recursos são atenuadas pela pressão política que surge em defesa de um programa ameaçado. Verdadeiros cortes interrompem o serviço que a subvenção visa prover e queixas por malversação de recursos são frequentemente reparadas com recursos do subsídio atual.

⁴⁹ Uma lista de fontes que lidam com vários aspectos da ideologia inclui, em geral: SCHURMANN, F. *Ideology and Organization in Communist China*. 2. ed., 1968; nas organizações reguladoras: KAUFMAN, H. *The forest ranger*. 1960; TAYLOR, S. *Environmental analysts in the bureaucracy: the impact statement strategy of administrative reform* (no prelo); em organizações regulamentadas: METZ, M. *Classrooms and corridors: the crisis of authority in desegregated secondary schools*, 1978; MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974 (uma versão curta deste estudo está em: MURPHY, J. Title V of ESEA: The Impact of Discretionary Funds on State Education Bureaucracies. *Social Program Implementation*, 1976, p. 77 e ss.).

⁵⁰ GLAZER, N. *Affirmative Discrimination*. 1975, p. 213-214. Uma das principais razões para consolidar a instalação do Escritório Federal de *Compliance* em Contratos em uma agência foi circunscrever o leque de discricionariedade dos inspetores de campo. Alguns inspetores estavam excedendo os limites da lei por excesso de zelo pelos interesses sociais subjacentes, enquanto outros estavam se esquivando da responsabilidade legal. Treinamento de investigadores e desenvolvimento de um manual de aplicação foram aspectos adicionais e limitadores de discricionariedade da consolidação. LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implemen-*

social estão compreensivelmente ansiosas por romper as restrições impostas pelos compromissos cautelosos contidos em muitas ordens de implementação. Igualmente compreensível, aquelas forças que se opõem aos movimentos sociais percebem como exageradas até mesmo interpretações jurídicas razoáveis em favor do movimento. Para cada um dos lados, os compromissos da lei são convenientes, mas quase nunca desejáveis.

2.2.4 Respostas das organizações reguladas

Organizações reguladas respondem a incentivos legais com alguma combinação de conformidade e desconformidade. Qualquer programa implementado em sua integralidade produzirá um mínimo de cumprimento, ao mesmo tempo em que, por mais bem-sucedida que seja a implementação, há também confusão, procrastinação e evasivas. A chave para entender as respostas das organizações reguladas é ter em mente que elas devem integrar os incentivos em prol de novos comportamentos encorajados pela implementação com os muitos propósitos organizacionais preexistentes e em desenvolvimento, formais e informais. A competição com outros propósitos organizacionais é a razão pela qual o cumprimento de metas da implementação é sempre problemático para uma organização e raramente o cumprimento é mais do que parcial. A conformidade é custosa; requer a exclusão de outros objetivos organizacionais. Para entender o conflito entre conformidade e metas organizacionais, é necessário entender alguns detalhes do tipo específico de organização. Ou seja, a implementação deve ser “contextualizada”⁵¹. Nas prisões, a exigência de que os prisioneiros possam receber correspondências pode demandar uma equipe de inspeção de correspondências, de forma a limitar os riscos de contrabando; essa restrição orçamentária pode ser custeada com a redução do corpo docente no sistema educacional da prisão⁵².

O processo pelo qual as organizações respondem aos incentivos e a organização interna pela qual o fazem também são importantes. No nível mais amplo, em geral, as organizações não têm a capacidade de reformular completamente seu comportamento para acomodar novos incentivos. Os ajustes são feitos parcial e marginalmente, para que a organização minimize a incerteza, mesmo que isso não maximize a eficiência⁵³. Algumas organizações estão particularmente mal equipadas para dar respostas organizadas. Escolas são um especial exemplo de “acoplamento fraco”⁵⁴. Os administradores que tecnicamente estão em posições hierárquicas de autoridade têm relativamente pouco controle sistemático ou conhecimento sobre atividades essenciais de sala de aula⁵⁵.

Organizações reguladas não são apenas maximizadoras de utilidade racional. Toda organização tem uma “cultura” (próxima do que foi chamado de “ideologia” das organizações reguladoras)⁵⁶. Essa cultura pode distorcer a importância e a relevância dos incentivos em comparação com o que se poderia esperar com um cálculo de “dólares e centavos”. Nas corporações, uma razão para a ineficácia das sanções legais é que o sucesso do empreendedor é muito mais valorizado do que uma cultura de respeito às leis na organização

tation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order, 30 jun. 1982, p. III.1-165 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

⁵¹ KIRP, D. *Just Schools: The Idea of Racial Equality in American Education*, 1982. p. 53-56 e 59-60.

⁵² Wis. ADMIN. CODE §HSS 309.05 (1982). DICKEY, W. The Promise and Problems of Rulemaking in Corrections: The Wisconsin Experience. *Wisconsin Law Review*, p. 285-340, 1983.

⁵³ MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974. p. 13-17.

⁵⁴ WEICK, K. Educational Organizations as Loosely Coupled Systems. *Administrative Science Quarterly*, v. 21, p. 1-19, 1976, em especial p. 3; WEICK, K. Administering Education in Loosely Coupled Schools. *Phi Delta Kappan*, v. 63, p. 673-676, 1982, em especial p. 673-676. Para uma ampla discussão sobre propriedades organizacionais de escolas: MILES, M. Common Properties of Schools *Context: The Backdrop for Knowledge Utilization and “School Improvement”*. National Institute of Education, 1980. Idem, p. 61, n. 17 avalia o conceito de acoplamento fraco.

⁵⁵ SPROULL, L. Managing Education Programs: A Micro behavioral Analysis. *Human Organization*, v. 40, p. 113-122, 1981, em especial p. 117-118.

⁵⁶ MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974, p. 14-15. SARASON, S. *The culture of the school and the problem of change*. 1971. O termo “sistema social burocrático”, empregado por meu colega Joel Handler, capta a dualidade dos aspectos organizacionais e culturais das organizações reais.

empresarial. Logo, mesmo quando as sanções legais são severas, a falha em evitá-las é tolerada, se incorrida na busca de um objetivo comercial que a cultura organizacional define como legítimo⁵⁷.

O conflito entre incentivos legais e metas organizacionais leva a todo tipo de manobras e “jogos”⁵⁸. Queixas, demoras e confusões são rotina. Organizações sujeitas a determinações legais geralmente reclamam do custo do cumprimento, da dificuldade em obter informações e de outros problemas. O descumprimento pode ser “culpa dos outros”⁵⁹, como quando o legislativo não fornece fundos necessários para permitir à organização regulada cumprir os objetivos da implementação.

O conflito entre incentivos legais e metas organizacionais também leva a desacordos sobre o que constitui uma conformidade “real” *versus* o que constitui uma conformidade “técnica”. O conflito é, portanto, a fonte do que os sociólogos chamam de “deslocamento do objetivo” e o que os filósofos do direito chamam de “legalismo”⁶⁰. Agentes de polícia sujeitos a uma cota de notificações por infrações de trânsito podem lavrar muitas multas que seus superiores não consideram de alta prioridade. Requisitos de ação afirmativa levam a disputas sobre quem é uma verdadeira minoria – por exemplo, aristocratas com sobrenomes espanhóis são um “grupo minoritário”? Escolas obrigadas a demonstrar a existência de serviços suplementares para certas categorias de estudantes podem isolá-los da sala de aula regular durante parte do dia, mesmo que o isolamento seja pedagogicamente danoso⁶¹.

A resposta a incentivos legais produz algum grau de “institucionalização” de comportamentos de conformidade por parte da organização regulada⁶². A institucionalização é uma mudança na própria organização, não apenas em seu comportamento. Essas mudanças relativamente permanentes incluem burocracias internas de *compliance*, ou “governos-sombra”, como especialistas em subsídios federais nas burocracias escolares⁶³. Além disso, a institucionalização inclui mudanças mais ou menos estáveis nos deveres e práticas do quadro de funcionários existentes, como uma nova orientação dos psicólogos escolares em relação às pessoas com deficiência e mudanças na orientação cultural da organização, como novas atitudes em relação à discriminação racial. O grau de permanência da institucionalização é imensamente variado⁶⁴. Novas

⁵⁷ STONE, C. *Where the law ends: the social control of corporate behavior*. 1975. p. 7, 46-57, 67-69.

⁵⁸ BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977. p. 38-40, 55-58.

⁵⁹ Ou, como escreve Bardach, do ponto de vista da corporação, a não conformidade é “não é nosso problema” (Idem, p. 159).

⁶⁰ Sobre deslocamento de meta: idem, p. 85-95; BLAU, P. *The Dynamics of Bureaucracy – A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies*, 1963, p. 231-265; PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979, p. 1 e *passim*; SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*. 1949. p. 259 (“deflection of goals”); BARRO, S. *Federal Education Goals and Policy Instruments: An Assessment of the “Strings” Attached to Categorical Grants in Education*. In: TIMPANE, M. (ed.), *The Federal Interest in Financing Schooling*, 1978, p. 229 e ss. Sobre legalismo: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982. p. 93-123; KAGAN, R. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze* 1978. p. 90-97; SHKLAR, J. *Legalism*, 1964, p. 113-123.

⁶¹ ARCHAMBAULT, F.; ST. PIERRE, R. *The Effect of Federal Policy on Services Delivered Through ESEA Title I*. *Educational Evaluation and Policy Analysis*. p. 33-46, maio/jun. 1980, em especial p. 42; GLASS, G.; SMITH, M. “Pull Out” in *Compensatory Education* (2 de novembro de 1977) (manuscrito não publicado arquivado na *Iowa Law Review*). Sobre alternativas ao sistema de extensão, TURNBULL, B.; SMITH, M.; GINSBURG, A. *Issues for a New Administration: The Federal Role in Education*, *American Journal of Education*, v. 89, p. 396-427, 1981, em especial, p. 417-421.

⁶² MEYER, M. *Strategies for Further Research: Varieties of Environmental Variation*. In: *Environments and Organizations*, 1978, p. 352 e ss., em especial p. 355-357; MEYER, J.; ROWAN, B. *The Structure of Educational Organization*. In: idem, p. 78, 79-81; MEYER, J.; SCOTT, R.; COLE, S.; INTILI, J. *Instructional Dissensus and Institutional Consensus in Schools*. In: idem, p. 233-263, em especial p. 256-263; MEYER, J.; ROWAN, B. *Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*. *American Journal of Sociology*, v. 83, p. 340-363, 1977, em especial p. 346-348; MEYER, J.; SCOTT, R.; DEAL, T. *Institutional and Technical Sources of Organizational Structure Explaining the Structure of Educational Organizations*, maio 1980 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor); também: BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. *Federal Support for Improved Educational Practice*. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*. 1978, p. 209 e ss., em especial p. 216-219.

⁶³ O termo “sombra” é derivado de: MNOOKIN, R.; KORNHAUSER, L. *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*. *Yale Law Journal*, v. 88, p. 950-997, 1979. A ideia de um governo privado existente como uma sombra da lei é, todavia, uma extensão do contexto de um divórcio individualista. GALANTER, M. *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 19, p. 1-47, 1981. A ideia geral é a de que muitas atividades e estruturas, diferentes da conformidade com comandos específicos, ocorrem como resposta à lei.

⁶⁴ TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. *Educational Reform: Retrospect and Prospect*. *Teachers College Record*, v. 81. p. 253-269,

atitudes em questões raciais são provavelmente irreversíveis. A prática de desenvolver planos de educação individual para pessoas com deficiência é, de alguma forma, fortemente arraigada. Em contraste, algumas regulamentações das escolas produzem “projetos” fracos, que existem à margem das operações estabelecidas e são abandonados tão logo os incentivos legais são descontinuados⁶⁵. É importante lembrar que a institucionalização pode ser perniciosa e disfuncional, como também pode ser eficientemente orientada para a conformidade. A excessiva ênfase na responsabilidade fiscal, por exemplo, pode destruir uma organização gerando medo, ressentimento e estagnação da produtividade por meio de medidas defensivas de cumprimento técnico obsessivo.

2.2.5 Interações implantação-resposta

O modelo incentivo-resposta descreve muitas das interações ocorridas durante a implementação. Regras e incentivos legais são estabelecidos, e as organizações reguladas respondem a eles de maneira calculada. Por exemplo, a nova legislação federal contém disposições no sentido de que as escolas privadas devem ser incluídas em diversos programas⁶⁶. As agências locais de educação decidirão o que essas provisões exigem na prática. Da mesma forma, o modelo incentivo-resposta é apropriado para muitas ações administrativas. Às vezes, uma agência ou tribunal emite uma ordem para praticar ou não determinado ato, e a organização regulada simplesmente deve decidir como responder. Esse modelo incentivo-resposta não se aplica igualmente a todas as interações do processo de implementação. De fato, o modelo incentivo-resposta unidirecional é altamente falacioso quando aplicado a um segundo tipo de interação de implementação. Essas interações são mútuas, simultâneas, contínuas e negociadas. Na ausência de melhor denominação, na Tabela 2, elas foram chamadas de “interações implantação-resposta”.

A essência dessas interações é que as organizações reguladoras e reguladas negociam, ou “constroem”, o significado de conformidade durante um período de tempo⁶⁷. Essa negociação tende a ocorrer no que Reiss e Biderman chamam de “relação de conformidade”⁶⁸. A relação de conformidade é uma relação regulatória contínua na qual definições precisas de conformidade e desconformidade estão indisponíveis, principalmente porque várias escusas para a desconformidade “técnica” podem ser aceitas, mas também porque o conflito político pode ter deixado a própria definição técnica de conformidade relativamente vaga. Nessa relação contínua, a sobrevivência e a legitimidade da organização regulada é tida como desejável. O processo regulatório consiste em atingir um equilíbrio adequado entre os objetivos da regulação e os interesses concorrentes legítimos da organização regulada, como no caso da ação afirmativa em matéria de contratações.

Em relações de conformidade, a pressão da agência reguladora é sequencial e incremental, a fim de levar as organizações reguladas a incrementos factíveis de conformidade. A definição de conformidade não é dada pela lei, mas sim construída socialmente pelas partes, com base nas ações que elas entendem ser suficientes em quaisquer circunstâncias. Se a desconformidade parece existir, a organização regulada deve per-

1980, em especial p. 256-263.

⁶⁵ Para uma discussão dos fatores que levaram à institucionalização de alguns projetos e não de outros: BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*, 1978, p. 209 e ss., em especial p. 217-219.

⁶⁶ *Education Consolidation and Improvement Act*, de 1981, Pub. L. No. 97-35, §586, 95 Stat. 463, 477 (codificado em 20 U.S.C. §3862 (Supp. V 1981)). Compare-se com 20 U.S.C. §3086 (Sup. V 1981) com id. §3862.

⁶⁷ BLAU, P. *The Dynamics of Bureaucracy: A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies*, 1963, p. 121-228; DERTHICK, M. *The influence of federal grants*. 1970; HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo); HAWKINS, K.; THOMAS, J. *Enforcing regulation: policy and practice*, 1983; HAWKINS, K. Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation. *Law & Policy Quarterly*, v. 5, p. 35-73, 1983; HILL, P. *Enforcement and informal pressure in the management of federal categorical programs in education*. Nota avulsa N-1232-HEW, 1979. Grande parte da discussão desta seção deve-se a uma apresentação de Keith Hawkins intitulada “A estratégia de conformidade”, no Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, em 6 de novembro de 1981.

⁶⁸ REISS, A.; BIDERMAN, A. *Data Sources on White-collar Law-breaking*. Instituto Nacional de Justiça, Departamento de Justiça dos EUA, 1980. p. 131-137.

suadir a organização reguladora com justificativas plausíveis. Nessa situação, a boa vontade é tão importante quanto os resultados concretos, a honestidade em reconhecer problemas é tão importante quanto a ausência deles, e o planejamento é tão importante quanto a ação.

A construção social da conformidade é negociada por meio de barganha, na qual a organização regulada troca informações e promessas por aconselhamento e tolerância quanto a sanções por parte da organização reguladora. Sanções formais e informais são empregadas em vários pontos para pressionar a organização regulada a uma maior cooperação. Reciprocamente, se sentirem que a organização reguladora⁶⁹ está atuando de maneira não razoável, as organizações reguladas podem recorrer a obstrução, ação judicial e apelos políticos. Derradeiras sanções punitivas (como o corte de recursos ou a imposição de condenações a penas privativas de liberdade) raramente são invocadas ou obtidas, porque elas interrompem o relacionamento contínuo e desafiam a legitimidade das organizações reguladas. Algumas organizações reguladas, no entanto, podem ser consideradas completamente irracionais e indiferentes, e sanções máximas podem ser invocadas contra elas. Essa série de manobras e negociações mútuas, ocorridas ao longo de um período de tempo e relativas a muitos problemas substantivos, é o que se entende por interações implantação-resposta na Tabela 2.

2.2.6 Influência sobre as organizações reguladoras para mudar a política formal

Indubitavelmente, a interação implantação-resposta contém fortes elementos de influência “ascendente” sobre a agência reguladora. A primeira atividade do ciclo puramente ascendente a ser considerada, no entanto, é a influência sobre as políticas formais de organizações reguladoras exercida por insiders e por combinações de insiders-outsiders. “Organização reguladora” significa a agência do governo, seja ela judiciária ou administrativa, que aplica a lei diretamente à organização regulada. “Política formal” significa a lei aplicável no nível da regulação, em oposição a mudanças nos elementos discricionários de execução; a exemplo de decisões judiciais, regulamentos administrativos e políticas administrativas oficiais, como diretrizes para regulamentos. “Insider” significa, em essência, uma das partes – seja a organização reguladora ou regulada. “Outsider” significa um dos aliados políticos de um insider, como grupos de pressão simpáticos à organização regulada ou ao movimento social subjacente à implementação.

Esta subseção tenta definir o grupo de atividades por meio das quais as partes interessadas se empenham para obter uma mudança formal direta na política da organização que as regula. As modalidades de influência exercidas dividem-se em formais e informais. Influência formal é a atividade de juristas e outros defensores que argumentam nos foros apropriados que ordens e políticas específicas são contrárias à lei. No litígio institucional, advogados frequentemente retornam ao tribunal para obter mudanças nas decisões de reparação, argumentando que elas são ineficazes para implementar os direitos reconhecidos na fase processual de apuração de responsabilidade ou, ao contrário, que impõem encargos excessivos aos réus⁷⁰. Regulamentos e decisões administrativas são questionados perante a agência nas audiências. Advogados também recorrem ao tribunal para mudar as políticas das agências administrativas, tendo-se como exemplo extremo o duradouro caso *Adams versus Richardson*⁷¹.

As influências informais incluem, em primeiro lugar, pressões exercidas diretamente sobre o órgão re-

⁶⁹ [N.T.] No original consta *regulated organization*. Porém, o contexto em que a expressão foi empregada permite concluir que o autor se refere à *organização reguladora* – e não à *organização regulada*.

⁷⁰ Praticamente toda a literatura sobre litígios institucionais lida com esse fenômeno. Vide nota 16 *supra*.

⁷¹ 351 F. Sup. 636 (D.D.C. 1972), *amended*, 356 F. Supp. 92 (D.D.C.), *modified and aff'd per curiam*, 480 F.2d 1159 (D.C. Cir. 1973), *supp'd sub. nom.* *Adams v. Weinberger*, 391 F. Sup. 269 (D.D.C. 1975), *supp'd sub. nom.* *Adams v. Califano*, 430 F. Sup. 118 (D.D.C. 1977). Em *Adams v. Mathews*, 536 F.2d 417 (D.C. Cir. 1976), o tribunal reverteu uma ordem que negava a moção da *Women's Equity Action League* para intervir. *Idem*, p. 418. Vide também *Brown versus Califano*, 627 F.2d 1221 (D.C. Cir. 1980) (caso conexo). No litígio em andamento, o tribunal posteriormente recebeu moções do Fundo de Defesa Jurídica da NAACP e da *Women's Equity Action League* para responsabilizar civil e criminalmente funcionários do Departamento de Educação e Trabalho por ato atentatório à dignidade da justiça, em razão de terem ignorado os prazos estabelecidos em 1977. *Educ. Daily*, 12 de março de 1982, p. 1. STEWART, R.; SUNSTEIN, C. Public Programs and Private Rights. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1195-1322, 1982.

gulador. Além dos desafios jurídicos formais, as agências recebem muitas queixas informais, como cartas com comentários. A publicidade e a pressão pública são despertadas e dirigidas contra tribunais e agências administrativas⁷². O segundo tipo de pressão informal é exercido por poderosos outsiders que, por sua vez, tentam influenciar a agência reguladora. Um fenômeno incessante em Washington é o poderoso membro do Congresso que, tendo recebido um telefonema de um eleitor poderoso, faz uma ligação ou visita alguém em uma agência, sugerindo um erro em alguma ação administrativa real ou proposta. Essas organizações com influência no legislativo incluem os insiders e seus aliados políticos externos. Em todas essas influências informais, juristas e não juristas envolvem-se ativamente.

Todas as formas de influência, sejam formais, como as impugnações legais, sejam informais, como denúncias telefônicas, tendem a emergir dos grupos de interesse afetados pela regulação (movimentos sociais, organizações reguladas e seus aliados). A influência é estimulada por decisões ou eventos adversos e desencadeia uma combinação de formas de contrainfluência. Do ponto de vista da agência, uma vez que uma decisão adversa é tomada, reclamações e pressões emergem em muitas formas e direções diferentes.

A intensidade e a diversidade das pressões estão, obviamente, relacionadas à importância da questão; muitas vezes, as questões importantes foram antecipadas por todos os conhecedores da área. Conforme discutido na subseção 2, a base jurídica contém uma série de compromissos críticos, cada um com um equilíbrio entre eficaz e ineficaz, pela perspectiva do movimento social, e entre razoável e irracional do ponto de vista da organização regulada. Ações regulatórias cruciais tendem a girar em torno desses mesmos pontos de conflito estrutural; frequentemente, todas as partes interessadas esperavam que a agência revelasse sua posição. A falta de ação geralmente funciona a favor do status quo. Portanto, o movimento social deve pressionar para iniciar a ação. Frequentemente, o padrão “ação da agência-reação negativa” leva a uma série de pronunciamentos diferentes da mesma agência sobre o mesmo assunto, cada um deles tentando atender às críticas mais veementes do dia. A “política pública” nessas questões é, pois, um tanto quanto irregular e deve ser observada ao longo de vários anos para ser vista em perspectiva.

Um exemplo de pressão prolongada por parte das organizações interessadas e de resposta variável da agência refere-se à questão de gastos iguais nas competições esportivas entre escolas sob o Título IX (uma lei que proíbe a discriminação sexual em instituições educacionais)⁷³. Após a aprovação da lei, as faculdades e universidades ficaram preocupadas com a possibilidade de ela ser interpretada como exigência de investimentos iguais nos esportes intercolégiais masculinos e femininos. Faculdades e universidades, especialmente as “potências” do esporte, acreditavam que o sucesso dos imensamente populares e lucrativos esportes masculinos – futebol americano, basquete e hóquei – dependia de um forte investimento financeiro em bolsas de estudos e outras funções. A igualdade minaria a capacidade de geração de renda desses esportes, porque era improvável auferir novas receitas suficientes para “subir de nível” e não “diminuir de nível”⁷⁴. Em resposta à pressão, uma emenda introduzida pelo Senado dos Estados Unidos isentava os esportes geradores de renda de observar o Título IX⁷⁵. Essa emenda foi aprovada pelo Senado, mas não foi incorporada à versão final do projeto. Em seu lugar, foi promulgada uma lei que, refletindo o caloroso debate partidário

⁷² Quanto aos tribunais, além das referências citadas em litígios institucionais na nota 16 *supra*: KIRP, D.; BABCOCK, G. Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform. *Alabama Law Review*, v. 32, p. 313-398, 1981, em especial p. 314-330, 340-351. Em relação a outras políticas de ciclo ascendente: CALIFANO, J. *Governing America*. 1981; CHUBB, J. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*, 1982; HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977, p. 68-105; CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. In: *American Politics and Public Policy*, 1978, p. 77 e ss.; ELMORE, R.; MCLAUGHLIN, M. Strategic Choice in Federal Education Policy: The Compliance-Assistance Trade-Off. In: *Policy making in education, eighty-first yearbook of the national society for the study of education*. 1982, p. 159 e ss. (implicações das redes verticais de questões); MURPHY, J. Progress and Problems: The Paradox of State Reform, *In: idem*, p. 195-214 (o governo do Estado moderno não como a pirâmide retratada pelos profetas da centralização, mas como um *shopping center* com lojas especializadas que atendem a pequenos segmentos da população); SABATIER, P. Social Movements and Regulator Agencies: Toward a More Adequate – and Less Pessimistic – Theory of “Clientele Capture”, *Policy Sciences*, v. 6, p. 301-342, 1975; WILSON, J. The Politics of Regulation. In: WILSON, J. (ed.). *The Politics of Regulation*. 1980, p. 357 e ss. (tipos distintos de política de grupos de interesse).

⁷³ *Education Amendments*, 1972, Pub. L. No. 92-318, §§901-907, 86 Stat. 235, 373-75 (versão atual em 20 U.S.C. §§1681-1686 (1976)).

⁷⁴ KOCH, J. Title IX and the NCAA, *Western State University Law Review*, v. 3, p. 250-261, 1976, em especial p. 258-260.

⁷⁵ S. 1539, 93d Cong., 2d Sess. §535 (1974), aprovado pelo Senado, 120 CONG. REC. 15.322-23 (1974).

sobre o assunto, era deliberadamente ambígua⁷⁶.

Tendo ficado com direcionamentos pouco claros, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar⁷⁷ emitiu inicialmente um regulamento conciliatório: não eram necessárias despesas iguais para demonstrar conformidade, mas a falta de provisão de fundos necessários poderia ser um fator para a constatação de desconformidade⁷⁸. Logo após o decurso dos três anos previstos para o ajuste desse regulamento, o departamento repentinamente mudou de posicionamento. Uma diretriz proposta para a regulação declarou a necessidade de despesas per capita médias iguais, salvo se circunstâncias atenuantes pudessem ser demonstradas⁷⁹. Não surpreendentemente, eclodiu uma tempestade de controvérsias. As principais universidades e a National Collegiate Athletic Association (NCAA)⁸⁰ inundaram o referido departamento com comentários negativos e petições. Impugnações jurídicas à diretriz foram formuladas e preparadas para o tribunal. Por fim, a derradeira interpretação da diretriz parece ter deixado os esportes geradores de renda em uma posição segura, ao mesmo tempo em que exige igualdade substancial em outras áreas⁸¹.

A existência e os sinais da influência informal e externa nas decisões da agência foram bem captados pela descrição de Joseph Califano, Secretário do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar à época, de uma reunião com membros do Congresso sobre a questão dos gastos esportivos previstos no Título IX:

Assim que se espalhou a informação⁸² de que eu pretendia enviar os regulamentos, ambos os grupos de mulheres e lideranças do Congresso reagiram. O líder do partido com maioria na Câmara⁸³, John Brademas, telefonou para dizer que o presidente O'Neill, o líder da maioria, Jim Wright e o presidente do Subcomitê de Educação da Câmara, Bill Ford, queriam uma reunião discreta e sem registros. Foi realizada na suíte privada do presidente da Câmara dos Representantes⁸⁴ em 20 de março de 1979. Quando cheguei, lá estavam Brademas, cujo distrito abrangia Notre Dame; Jim Wright, representando o futebol americano universitário do Texas; Bill Ford, falando pelo Michigan e pelo estado do Michigan, e o presidente da Câmara dos Representantes, Tip O'Neill, talvez meu amigo mais próximo da Câmara, um forte defensor do Boston College.

O'Neill sentou-me à sua direita, deu uma tragada no charuto e perguntou: "Joe, como você pode fazer isso com sua universidade, por Cristo⁸⁵? Os Jesuítas nunca mais falarão com você novamente" [...] Brademas mencionou Notre Dame, e ele e Bill Ford argumentaram que enviar as diretrizes à Câmara para votação representava um dilema político impossível para os congressistas democratas: forçá-los a votar contra a posição de grupos de mulheres ou a se posicionar de forma impopular contra o futebol americano universitário [...] "O mundo vai desabar."⁸⁶

"Poderíamos acabar com o título IX esvaziado ou revogado", disse Bill Ford. Brademas concordou.

"As pessoas já cumpriram suficientemente os regulamentos do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar", acrescentou Wright. Eles estão fartos desse tipo de coisa.

"Joe", disse o Presidente da Câmara, "este não é o momento para isso. A última coisa de que precisamos

⁷⁶ *Education Amendments*, 1974, Pub. L. No. 93-380, §844, 88 Stat. 484, 612 (versão atual em 20 U.S.C. §1681 (1976)).

⁷⁷ [N.T.] No original consta a sigla HEW, que identifica o *Department of Health, Education, and Welfare*. As outras referências ao HEW no texto foram adaptadas para o português.

⁷⁸ 40 Fed. Reg. 24.128 (1975).

⁷⁹ 43 Fed. Reg. 58.070 (1978).

⁸⁰ [N.T.] No original consta apenas a sigla.

⁸¹ 44 Fed. Reg. 71.413, 71.415-16 (1979). São necessárias despesas com bolsas de estudo proporcionais ao número de participantes masculinos e femininos nos programas esportivos. Maior número de atletas do sexo masculino pode levar a uma parcela maior do orçamento da bolsa sendo dirigida aos homens. Na Universidade de Wisconsin, a divisão de bolsas é supostamente da ordem de 60%-40%, para homens e mulheres. As diferenças monetárias em outros benefícios esportivos (por exemplo, transporte e recrutamento) não precisam ser iguais se baseadas na natureza do esporte (por exemplo, futebol americano) ou na capacidade de geração de receita (futebol americano, basquete, hóquei). Idem.

⁸² [N.T.] No original, "*As soon as word reached the Hill*".

⁸³ [N.T.] No original, *House Majority Whip*.

⁸⁴ [N.T.] No original, *Speaker*.

⁸⁵ [N.T.] No original, *Holy Cross*.

⁸⁶ [N.T.] No original, "*All hell will break loose on the floor*".

é de uma grande controvérsia [...]Você nunca conseguirá contenção de custos para hospitais ou outros projetos.”

Mas restava para o mordaz e astuto Bill Ford o argumento decisivo: “você pode perder uma eleição nas páginas de esportes como nunca perderia nas primeiras páginas. E é isso que você conseguirá com esta interpretação do título IX”⁸⁷.

O compromisso final envolveu testar as diretrizes propostas no contexto de vários tipos de instituições de ensino superior. Por fim, Califano considerou esse exercício benéfico, porque as diretrizes “um pouco diferentes” promulgadas pela sucessora Patricia Harris “foram no sentido de cumprir a promessa do Título IX”⁸⁸. Também é interessante entender o resumo geral de Califano quanto à influência do Congresso na implementação de políticas de direitos civis que buscam corrigir a discriminação racial: “não consigo me lembrar de um telefonema de um membro do Congresso para intensificar as ações de aplicação dos direitos civis na área racial; lembro-me de vários pedidos para desacelerar ou embotar essa aplicação”⁸⁹.

2.2.7 Influência sobre os poderes legislativos para obter mudanças na legislação de base

A implementação começa com a edição de uma lei, decisão judicial ou ordem executiva. Nesse ponto, os objetivos de um movimento social são, em primeiro lugar, transformados em lei. Em qualquer momento no curso da implementação, as partes interessadas podem – e frequentemente o fazem – retornar à legislação de base para buscar mudanças na política. A base jurídica não é necessariamente estável ou imutável, muito embora mudanças frequentes tenham custos e existam normas em favor de um certo grau de estabilidade⁹⁰.

Para fins de um modelo de implementação, talvez seja mais lógico agrupar todas as formas de “atividades de modificação normativa”. Na prática, porém, o processo para obter uma alteração de lei formal parece muito diferente do processo para obter a modificação de uma decisão judicial ou de uma ação administrativa. Por isso, na última subseção, foram discutidas mudanças formais na política administrativa e judicial, ao passo que essa subseção trata de mudanças legislativas.

“Política burocrática” é um termo adequado para o processo de influenciar organizações reguladoras, incluindo tribunais. Perante as organizações reguladoras, as organizações reguladas tentam obter a cooperação daquelas autoridades públicas que estabelecem as responsabilidades oficiais das organizações reguladas e as principais restrições às suas ações. O padrão de influência é, portanto, relativamente focalizado e “argumentativo”. Por outro lado, perante os legislativos, o argumento envolve apenas interesses sociais gerais e boas políticas públicas, e o processo de influência é único – apelando para grupos de interesse, construindo coalizões, invocando favores do passado e mediante manobras no processo legislativo formal⁹¹.

Além disso, uma vitória legislativa pode diferir substancialmente de uma vitória em uma agência reguladora. Embora existam “emendas técnicas” nas legislaturas praticamente o tempo todo (em geral, parcialmente patrocinadas pelas agências reguladoras), a ação legislativa realmente significativa do ponto de vista da implementação é a decisão revolucionária ou “divisora de águas”. Assim, pode haver uma diferença qualitativa entre mudanças legislativas e regulatórias. As mudanças regulatórias são relativamente refinadas e incrementais. Mudanças legislativas podem ser fundamentais e até drásticas.

Enquanto este artigo é escrito, os Estados Unidos passam por um período de drástica mudança legislativa patrocinada pelo Chefe do Executivo. Programas que foram alterados gradualmente, ao longo de um período de dez a quinze anos, estão sendo eliminados, substancialmente cortados ou concentrados de forma

⁸⁷ CALIFANO, J. *Governing America*. 1981. p. 267-268.

⁸⁸ Idem, p. 268.

⁸⁹ Idem, p. 269.

⁹⁰ FULLER, L. *The morality of Law*. ed. rev., 1969. p. 3-94.

⁹¹ BAILEY, S. *Education interest groups in the nation's capital*. 1975; REDMAN, E. *The dance of legislation*. 1973.

tão radical que, na prática, seus propósitos originais foram perdidos⁹². Esse processo não é novo e nem acidental; uma reação conservadora aos programas liberais já aconteceu antes. Por exemplo, a implementação de muitos programas sociais foi interrompida durante a administração Nixon⁹³.

Há uma razão estrutural para mudanças legislativas periódicas e drásticas. Implementações tendem a colocar forças sociais poderosas umas contra as outras⁹⁴. Quando o clima político sofre uma mudança fundamental de orientação, a mudança incremental normal pode não satisfazer a demanda por mudanças drásticas. Assim, quando forças sociais poderosas se opõem, grandes flutuações nas políticas públicas tornam-se prováveis conforme se alterne a predominância de cada um dos lados. Essas mudanças de predominância ocorrem de várias maneiras. Por exemplo, no curso de uma implementação, ouve-se um coro constante de críticas daqueles que discordam totalmente da lei. A implementação é sempre cara e seu sucesso é sempre problemático⁹⁵. Os críticos podem tirar proveito dos problemas divulgando-os. As críticas parecem retidas na política até que o eleitorado passe por uma mudança suficiente para “expulsar os malandros”. O ciclo tende a se reverter quando os problemas sociais decorrentes da falta de implementações são trazidos à tona pelas pessoas que foram levadas pela oposição a prestar atenção apenas aos custos.

Uma das consequências práticas da instabilidade política é que o participante e o pesquisador de programas de implementação devem esperar por episódios periódicos de sabotagem deliberada pelo governo⁹⁶. Essa condição não contribui muito para a efetividade dos programas sociais implementados. Por outro lado, uma vez estabelecidos, os programas tendem a sobreviver a períodos de contenção, embora essa tendência não seja universal. As consequências políticas negativas da destruição total de um programa são muito maiores do que as consequências negativas de sua redução. Assim, se um programa serve a um propósito genuíno, qualquer instabilidade em seu conteúdo tende a se originar de mudanças periféricas e não de alterações no seu núcleo durável. Uma questão interessante envolve a natureza das implementações duradouras, em oposição às transitórias. O *Medicare*⁹⁷ provavelmente veio para ficar. Podemos dizer o mesmo sobre a ajuda federal para a educação de crianças desfavorecidas? Se não, por quê⁹⁸?

2.2.8 As interações em ação

2.2.8.1 Simultaneidade

A tipologia anterior das interações na implementação é organizada em uma sequência que raramente ocorre no mundo real. A sequência é analítica e cronológica, sugerindo que as decisões de maior generalidade e maior autoridade política ocorrem mais cedo e causam restrições às decisões de menor generalidade e menor autoridade. Com base no modelo, o comando jurídico básico viria primeiro, seguido pelo desenvolvimento de sanções legais, reações a incentivos e, finalmente, pelos esforços de ciclo ascendente para obter mudanças nas atividades do ciclo descendente. Essa sequência precisa provavelmente caracteriza

⁹² Por exemplo, um subsídio em bloco estabelecido pelo capítulo 2 do *Education Consolidation and Improvement Act*, de 1981 *permite*, mas não *exige*, os fins obrigatórios dos títulos II-VI e VIII-IX da ESEA. Pub. L. no. 97-35, §§571-573 (consolidação do Título V), §§576-577 (consolidação dos títulos IV-VI), 59 581-583 (consolidação dos títulos III, VIII, IX), 95 Stat. 463, 472-73, 473-74, 475-77 (1981).

⁹³ HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977, p. 63-105 (intervenção no Programa Cidades Modelo).

⁹⁴ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1113-14. Outra maneira de dizer a mesma coisa em termos de relacionamentos de conformidade é que os dois lados desse relacionamento têm um alto grau de legitimidade. HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo).

⁹⁵ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1113-14.

⁹⁶ Vide nota 89 *supra*.

⁹⁷ [N.T.] Sistema de seguro de saúde adotado nos Estados Unidos.

⁹⁸ A análise de por que certos programas federais deixam “legados”, enquanto outros não, pode ser encontrada em: TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. Educational Reform: Retrospect and Prospect. *Teachers College Record*, v. 81, p. 253-269, 1980, em especial p. 262. Também: BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*, 1978. p. 209 e ss., em especial p. 213-219.

políticas novas. No contexto de novas políticas, a sequência, também assemelhada às teorias do “estágio” de vários teóricos da organização, provavelmente é adequada⁹⁹. As escolhas políticas fundamentais precedem a implementação dos regulamentos; a implantação de atividades concretas de execução vem depois. Cada “nível” de implementação tende ainda a envolver um nível diferente da equipe jurídica: do nível de elite dos formuladores de políticas (legisladores, juízes), para o nível intermediário de especificadores de políticas (redatores de regulamentos, assessores judiciais), até o nível mais baixo de aplicadores de políticas (os chamados burocratas do nível da rua)¹⁰⁰.

Após a implementação inicial de uma política, contudo, esse conceito de sequência temporal e causal torna-se limitante e enganoso. Ao incluir um ciclo ascendente, que segue temporalmente um ciclo descendente e precede outro, o próprio modelo sugere que o processo seja considerado “circular”, envolvendo “rodadas” de interações. De fato, a ideia de repetidas rodadas ou séries é sugerida pelo uso do termo “ciclos”. Processos reais, todavia, não ocorrem necessariamente na ordem indicada pelo modelo. Na verdade, todos os níveis de interação podem ocorrer, e frequentemente ocorrem, simultânea e independentemente um do outro. As mudanças nos regulamentos e no comportamento em nível de campo ocorrem independentemente das mudanças no comando jurídico, e independente umas das outras. Além disso, mudanças de comportamento podem ser iniciadas por atores em diferentes níveis do processo. Um presidente, por exemplo, pode alterar a implantação de incentivos sem alterar mais nada, substituindo pessoal, cortando ou expandindo o orçamento ou emitindo novas políticas coercitivas. Ao mesmo tempo, as operações no nível de campo podem estar mudando de forma endógena ou como resultado de interações com agências reguladoras. Por outro lado, normas gerais e regulamentos detalhados podem ser promulgados sem produzir consequências no campo.

A sequência sugerida pelo modelo conserva certa validade e, portanto, nunca pode ser completamente descartada. Até certo ponto, as mudanças nos comandos jurídicos continuam a ser seguidas pelas mudanças na implantação, que são seguidas pelas mudanças na resposta. Ou seja, inovações políticas na “sequência clássica” continuam a ocorrer durante a implementação. Mas a sequência clássica está longe de ser a única. No caso de ocorrências simultâneas e independentes, o modelo pode ser melhor compreendido para sugerir os “elementos” interacionais do processo de implementação, sem nada especificar sobre a ordenação temporal ou causal.

⁹⁹ A maioria das teorias organizacionais e de implementação inclui teorias sobre os “estágios” da mudança. BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TAMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*. 1978. p. 209 e ss., em especial p. 213-219. Um esquema para classificar os estágios da implementação de uma nova lei sugere quatro estágios: intervenção, mobilização, operacionalização e institucionalização. LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, 30 jun. 1982, p. 111. 1-165 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). JONES, J. Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11.246 as Amended. *Chicago-Kent Law Review*, v. 59, p. 67-122, 1982.

¹⁰⁰ A associação de níveis de pessoal com estágios de implementação pode ser compreendida a partir do gráfico a seguir em: LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*. 30 jun. 1982, p. I.10 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

Implementação, estágios e características			
Papel pessoal			
Líderes ou equipe de elite	Consultores de políticas	Gestores de programa	Burocratas do nível da rua
Atividades			
Política	Técnica	Gerencial	Administrativa
Avaliar e reagir às forças sociais.	Formular políticas; alocar recursos.	Estabelecer: 1) estrutura organizacional; 2) ideologia organizacional; 3) quadro de pessoal da organização.	Interagir com o ambiente de implantação para garantir a conformidade.

2.2.8.2 Graus de orientação descendente¹⁰¹

Certamente, não se pode acusar o modelo de adotar uma orientação exclusivamente descendente¹⁰². Ao contrário, em grande parte, o modelo foi definido em contraste com uma perspectiva descendente, que tipicamente exclui atividades como influência ascendente e interações no nível de campo. Todavia, o grau de variação da orientação descendente, presente em implementações reais, foi omitido do modelo.

Em qualquer implementação, há um processo de decisões de políticas de nível superior que filtram e limitam a ação em nível de rua. Também se faz presente um processo recíproco no qual autoridades do nível da rua definem uma zona de discricionariedade para si próprias, livres da política de nível superior. O pessoal de nível de rua, no entanto, é mais ou menos resistente ao controle de nível superior, a depender do contexto legal e organizacional.

A polícia é um bom exemplo de resistência elevada. Policiais devem responder a uma multiplicidade de demandas que emanam da comunidade, e não de oficiais superiores. Além disso, muitas funções policiais consistem em enfrentamentos variados e discricionários e, oficialmente, podem ser desaprovadas pela sociedade, que simultaneamente as requer¹⁰³. Assim, em um sentido técnico estrito, seria difícil exercer amplo controle sobre as ações policiais em nível de campo devido à natureza espontânea e imprevisível do trabalho policial. Além disso, o policial de rua tem uma cultura própria, um conjunto de normas horizontalmente comunicadas que definem como deve se comportar. Parte dessa cultura consiste em um forte senso da irrelevância geral e da natureza injustificada do controle hierárquico (a síndrome do “policial de rua versus policial de funções administrativas”¹⁰⁴).

A dificuldade do controle descendente em relação ao trabalho da polícia pode ser contrastada com a relativa facilidade desse controle sobre o trabalho da promotoria, particularmente quando a perseguição envolve alguns grandes casos, em vez de uma multiplicidade de acordos extrajudiciais. Formuladores de políticas de alto nível podem selecionar e escolher os casos para processar e quando processá-los. Portanto, em uma organização amplamente preocupada em decidir quando formular denúncias¹⁰⁵, mudanças oficiais na definição de violações e na política de cumprimento podem ter um efeito muito maior do que diretivas análogas para policiais de rua mudarem seu estilo de execução da lei¹⁰⁶.

2.2.8.3 Tendências

Se os dois pontos anteriores sugerem menos ordem ou padrão na realidade do que o indicado pelo modelo, uma análise das tendências aponta que, em um sentido diferente, a realidade é mais ordenada. Elementos ou sequências interacionais nada dizem sobre desenvolvimentos estruturados de longo prazo. Num sentido, o modelo é um “instantâneo” congelado das formas de interações que provavelmente ocorrerão em algum ponto da implementação. Implementações reais tendem a exibir tendências ou etapas distintas. Ciclos ou feixes de interações em um estágio tornam-se o prelúdio de um novo tipo de interação que é o próximo estágio. Em outras palavras, há um desenvolvimento de longo prazo e as implementações, portanto, têm uma história de desenvolvimento. O desenvolvimento pode ser “evolucionário”, no sentido de que tentativa

¹⁰¹ [N.T.] No original, *Degrees of Top Downness*. O termo *top down* foi traduzido como *descendente* em todas as aparições no decorrer do texto.

¹⁰² Para uma discussão sobre as limitações da orientação descendente: ELMORE, R. Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions. *Political Science Quarterly*, v. 94, p. 601-616, 1979/1980, em especial p. 603-605. Elmore usa o termo “mapeamento avançado” para se referir ao que estou chamando de perspectiva descendente. Idem, p. 602.

¹⁰³ GOLDSTEIN, H. *Policing a free society*. 1977. p. 93-130.

¹⁰⁴ REUSS-IANNI, E.; IANNI, F. *Street Cops vs. Management Cops: The Social Organization of the Police Precinct*. Instituto de Análise Social, 1979.

¹⁰⁵ [N.T.] No Brasil, a despeito de previsões normativas que mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal – a exemplo do acordo de não perseguição penal e da transação penal –, prevalece a ausência de discricionariedade para que o Ministério Público decida pela propositura de ação penal.

¹⁰⁶ Assim, a institucionalização das decisões políticas de nível superior, sob a égide do Programa Federal de *Compliance* em Contratos, provavelmente está no mais completo extremo do espectro, não no menos completo. Vide notas 95-96 *supra*.

e erro levam à melhoria, ao refinamento, à eficácia máxima, à institucionalização ou, pelo menos, a um tipo de equilíbrio dinâmico¹⁰⁷. Por outro lado, o desenvolvimento pode levar à morte da política por meio de reação, cooptação, atrito ou desuso¹⁰⁸. Um padrão não desenvolvimentista é meramente cíclico: ondas de aplicação entusiasta seguidas por períodos de entropia, desilusão, sabotagem política e contenção¹⁰⁹. O ponto aqui é indicar a existência de padrões longitudinais não representados pelo modelo, em vez de especificar os vários tipos de desenvolvimento. De fato, a investigação de tendências longitudinais é, em si mesma, um tipo de teoria e pesquisa sobre implementação.

2.2.8.4 Múltiplas instituições

O modelo da Tabela 2 não é específico sobre quais ou quantas organizações reguladoras e reguladas participam da implementação. Embora a discussão anterior possa ter sugerido que todas as organizações reguladoras são semelhantes e que todas as organizações reguladas são similares, a realidade é mais complexa. No lado regulador, o padrão típico é que uma agência do governo tenha responsabilidade primária pela execução ou aplicação da lei. Conflitos de jurisdição são confusos. Mesmo quando a aplicação da lei é compartilhada, como na antiga organização sob a Ordem Executiva 11.246, buscam-se subdivisões de jurisdição em áreas que se excluam mutuamente¹¹⁰. Às vezes, a agência de aplicação primária não tem outras responsabilidades; às vezes, tem muitas. Por exemplo, compare-se uma agência de propósito especial, como a Agência de Proteção Ambiental, com uma agência de propósito mais geral, como o Departamento do Trabalho¹¹¹ ou, pior ainda, com a polícia.

Naturalmente, os recursos organizacionais e a eficácia da própria organização podem variar independentemente da responsabilidade formal das agências. Agências de propósito específico tendem a ser implementadoras mais eficientes do que agências de propósitos múltiplos, devido à garantia implícita de recursos para a execução de suas atividades; no entanto, não se trata de uma verdade universal¹¹². O Departamento do Trabalho pode ou não contar com uma subequipe grande, ativa e eficiente, designada para a implementação de programas específicos. Tribunais são instituições de múltiplos propósitos; fazer com que um tribunal preste mais atenção a uma implementação específica pode ser um problema. Uma vez que o tribunal admita um caso e implemente uma decisão, há uma garantia implícita de recursos semelhantes aos de uma agência de propósito específico. Um problema em relação à polícia é a multiplicidade de responsabilidades de execução, que dificulta que se concentre em implementar qualquer política normatizada¹¹³.

Embora a principal responsabilidade pela aplicação da lei caiba a uma agência, diversas outras organizações reguladoras podem se envolver regularmente com questões periféricas, porém importantes. O padrão

¹⁰⁷ O Título I do ESEA é um exemplo. *Administration of Compensatory Education*. Instituto Nacional de Educação, 1977; KIRST, M. JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980.

¹⁰⁸ Antes das campanhas da administração Reagan contra agências como os Departamentos Energia e Educação, o exemplo mais recente e notável de encerramento de uma agência foi a extinção do Escritório de Oportunidades Econômicas (OEO). HIMMELMAN, H. *The fall and rise of the office of economic opportunity*. Lawyers' Committee for Civil Rights under Law, 1973. Para uma descrição do papel do OEO nos programas federais de combate à pobreza: HAVEMAN, R. (ed.). *A decade of federal antipoverty programs*. 1977; MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding-community action in the war on poverty*. 1969.

¹⁰⁹ BANFIELD, E. Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68. In: *Social Program Implementation*. 1976, p. 183 e ss.; CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. In: *American Politics and Public Policy*. 1978, p. 77 e ss.

¹¹⁰ Problemas com a organização antiga e fragmentada são observados em *Federal Civil Rights Enforcement Effort*. United States Commission on Civil Rights, 1974, p. 256-70, 271-99, 634-36.

¹¹¹ [N.T.] Na estrutura do Poder Executivo brasileiro, o Departamento do Trabalho corresponderia ao Ministério do Trabalho ou, mais recentemente, à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia.

¹¹² Em geral, os implementadores mais eficientes são as agências que apoiam os objetivos estatutários e conferem alta prioridade aos novos programas. SABATIER, P.; MAZMANIAN, D. The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives, *Policy Analysis*, v. 5, p. 481-504, 1979, em especial p. 489-490.

¹¹³ Para uma discussão sobre discricionariedade da polícia na aplicação da lei, DAVIS, K. *Discretionary Justice*, 1969; DAVIS, K. Police Rulemaking on Selective Enforcement: A Reply, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, p. 1167-1171, 1977.

mais importante é provavelmente o envolvimento de tribunais na revisão das ações administrativas. Mesmo quando uma agência administrativa tem a responsabilidade “principal”, e realmente toma grande parte das decisões importantes e preponderantes, pode haver um envolvimento contínuo ou episódico importante de tribunais sobre a mesma política ou políticas. Advogados habitualmente buscam a revisão de ações específicas. O caso *Adams versus Richardson*¹¹⁴ representa uma estrutura de execução em “duas camadas”, na qual um tribunal é profundamente envolvido na supervisão exercida por uma agência sobre organizações reguladas. Não são apenas os tribunais que por vezes se envolvem em questões precipuamente legislativas ou administrativas, mas a recíproca é igualmente verdadeira. Ou seja, quando um tribunal tem a responsabilidade principal, legisladores e agências administrativas são frequentemente atraídos para a disputa¹¹⁵.

Ao lado das organizações reguladas, há um padrão semelhante de foco primário em uma organização ou tipo de organização, com o envolvimento potencial de muitas organizações diferentes. Às vezes, uma única organização regulada está envolvida – uma prisão particular, por exemplo. Mais comumente, *tipos* semelhantes de organizações são regulados: “contratados do governo” ou “corporações com mais de mil funcionários negociando em bolsas de valores públicas”.

O objetivo dessa advertência sobre as múltiplas instituições é, novamente, que a simplicidade analítica do modelo não seja tomada de forma muito literal. Para entender o processo, é útil ter um esquema simplificado de seus atores e suas interações típicas. No entanto, as combinações de atores e ações que ocorrem na vida real são enormemente variadas.

3 Algumas implicações do modelo para políticas públicas e pesquisa

Esta parte do artigo explora algumas das implicações relevantes do modelo político apresentado na parte II. A utilidade de um modelo consiste em afirmar um determinado número de proposições características sobre a realidade. Nesse sentido, as implicações não são apenas do modelo, mas, mais precisamente, das proposições importantes ou características que o modelo afirma a respeito da realidade. Das características teóricas primárias do modelo apresentado na parte II, aquelas com mais implicações são: (a) Produção política reformista. Todas as decisões importantes e estruturas envolvidas na implementação são resultado de luta política e compromissos entre movimentos sociais e grupos de interesse, cujos comportamentos os movimentos sociais desejam mudar. (b) Interacionismo cibernético. A implementação é um processo contínuo de ajuste mútuo entre organizações interessadas, à luz das informações que elas recebem sobre as ações umas das outras. (c) Recursividade. A implementação não é um processo unidirecional, com um ponto final. É um processo “circular” (recorrente) que muda ao longo do tempo. As forças políticas que dão início à implementação continuam a interagir em todos os níveis da ação sociojurídica, incluindo contínuas disputas sobre os termos da base jurídica. (d) Evolução. Não obstante o caráter aberto e manipulável da recursividade, a implementação geralmente enquadra-se em padrões característicos de longo prazo e pode alcançar um equilíbrio estável e dinâmico.

As implicações do modelo enquadram-se em três categorias principais. Primeiro, as implicações para o desenho de políticas públicas incluem áreas de prescrições parciais, abstração versus contextualização, prescrições sistêmicas e avaliação. Segundo, as implicações para pesquisa incluem áreas de descrições longitudinais, previsões longitudinais e metodologia de pesquisa. Finalmente, o modelo contém muitas implicações para os papéis em transformação do direito e dos juristas. As implicações em relação às políticas públicas

¹¹⁴ Vide nota 67 *supra*.

¹¹⁵ Litígios sobre financiamento da educação são um bom exemplo. Vide nota 30 *supra*. Quando tribunais impõem uma obrigação de fazer a legislativos e órgãos administrativos, estes frequentemente respondem emitindo comandos para outras instituições (por exemplo, a corte profere uma ordem ao legislador que, por sua vez, emite ordens aos distritos escolares). Assim, as instituições não são apenas múltiplas em sentido quantitativo, mas existem frequentemente várias camadas de organizações reguladoras e reguladas.

e à pesquisa serão discutidas nesta parte; as implicações para os papéis em transformação do direito e dos juristas serão discutidas na parte IV.

3.1 Prescrições parciais e viés do ciclo descendente

A maior categoria de pesquisa em implementação integra a chamada “Teoria da Sanção”. As teorias da sanção estabelecem uma relação entre, de um lado, o tipo e a intensidade da intervenção governamental e, de outro, o grau e o tipo de cumprimento ou descumprimento. Nesse sentido, tanto as teorias da regulação (que tipo de mecanismo jurídico funciona melhor) quanto as teorias de incentivos e dissuasão (o efeito de recompensas *versus* o efeito de punições) são consideradas teorias da sanção. A relação geral explorada pelas teorias da sanção é aquela entre intervenções governamentais com características específicas e respostas de conformidade delas resultantes¹¹⁶.

Os aspectos interacionais e recursivos da implementação colocam duas dificuldades gerais para qualquer teoria da sanção. Em primeiro lugar, a existência ou inexistência de sanções efetivas está sujeita a luta política. Que uma sanção específica seja eficaz não significa que será adotada; o exato oposto pode ser verdade. Ela pode não ser positivada porque seria *muito* eficaz. A segunda dificuldade é que, mesmo quando sanções específicas são adotadas, elas não são necessariamente aplicadas; na interação voltada para o cumprimento, a invocação e a tolerância em relação às sanções são negociadas. A pena de morte não é uma sanção eficaz para pequenos furtos¹¹⁷. Assim, porque omitem a dimensão política, as teorias de sanção são parciais. Elas devem ser entendidas para articular uma relação hipotética, contingente: “se isso fosse feito, aquilo ocorreria”.

Essa parcialidade não é enganosa, contanto que seja reconhecida de alguma forma. O conhecimento sobre relações hipotéticas é útil, mesmo na política. O problema é o que pode ser chamado de “viés do ciclo descendente”. A literatura sobre implementação tende a ver o mundo sob o ponto de vista do regulador e a supor uma potencialidade para as sanções efetivas muito maior do que elas realmente têm. É difícil incorporar às teorias da sanção os limites políticos e interacionais às sanções. Institucionalmente, essa característica

¹¹⁶ Alguns exemplos da teoria da sanção sensíveis aos problemas discutidos aqui são os seguintes. Sobre recompensas e punições: BERMAN, P. From compliance to learning: implementing legally-induced reform. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A20, 1981; DOOLITTLE, F. *Intergovernmental Relations in Federal Grant Programs: The Case of Aid for Families With Dependent Children* (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Sobre regulação/desregulação: SCHULTZE, C. *The public use of the private interest*, 1977; BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979; CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo); PELTZMAN, S. Toward a More General Theory of Regulation, *The Journal of Law & Economics*, v. 19, p. 211-240, 1976. Sobre o nível adequado de detalhamento e controle hierárquico: BERMAN, P. Thinking About Programmed and Adaptive Implementation: Matching Strategies to Situations. In: Why policies succeed or fail, 1980, p. 205-230; ELMORE, R. Complexity and Control What Legislators and Administrators Can Do About Implementing Public Policy. In: HANDBOOK OF TEACHING AND POLICY, 1983, p. 342 e ss.; ELMORE, R.; MCLAUGHLIN, M. Strategic Choice in Federal Education Policy: The Compliance-Assistance Trade-Off. In: *Policy making in education, eighty-first yearbook of the national society for the study of education*. 1982, p. 159 e ss.; RABINOVITZ, F.; PRESSMAN, J.; REIN, M. Guidelines: A Plethora of Forms, Authors and Functions, *Policy Sciences*, v. 7, p. 399-416, 1976. Segue uma lista de leitura dos vários aspectos do “legalismo”. Devido processo: KIRP, D. Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting, *Stanford Law Review*, v. 28, p. 841-876, 1976; YUDOF, M. Law, Policy, and the Public Schools, *Michigan Law Review*, v. 79, p. 774-791, 1981; YUDOF, M. Legalization of Dispute Resolution, Distrust of Authority, and Organizational Theory: Implementing the Due Process for Students in the Public Schools, *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 891-923, 1981. Regras universais: KENNEDY, D. Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1685-1778, 1976; KAGAN, R. Regulating business, regulating schools: the problem of regulatory unreasonableness. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A14, 1981; MURPHY, J. *Differential Treatment of the States, A Good Idea or Wishful Thinking?*, 25 ago. 1981 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Documentação: BARDACH, E. Educational Paperwork. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo). Conflitos entre requisitos apartados e programas: HILL, P. *Do federal education programs interfere with one another?*, Paper n. 6416, Rand Corporation, 1979.

¹¹⁷ HAY, D. Property, Authority and the Criminal Law. In: *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England*. 1975, p. 17 e ss.

existe porque juristas e analistas de políticas, como parte do grupo de elite que recomenda e impõe sanções, consideram contrário ao seu próprio interesse anunciar a manipulabilidade plástica de seus ofícios. É difícil elaborar as regras e também admitir que as pessoas estão sempre quebrando-as e comprometendo-as. É melhor deixar isso acontecer por si só, sem encorajamento extra.

Um exemplo de viés de ciclo descendente é a avaliação docente. Várias características geralmente não encontradas nas escolas têm sido apontadas como importantes para um efetivo sistema “formativo” de avaliação docente (um sistema projetado para ajudar o desenvolvimento de professores, em oposição a um sistema “somativo”, projetado para avaliar o quadro docente). Essas características incluem: participação dos professores no desenvolvimento dos critérios de avaliação; um alto grau de validação consensual dos critérios; uma forte relação dos critérios com concepções compartilhadas de boa educação; um sistema de implementação, que inclui *feedback* regular e confiável e seja mais motivador do que crítico; e provisões para diferenças individuais e adaptação a diferentes circunstâncias¹¹⁸.

Embora possa não parecer, esse sistema é um exemplo da chamada teoria da sanção. Suponha-se que as relações empíricas preconizadas sejam absolutamente verdadeiras – que o sistema descrito funcione maravilhosamente como um sistema formativo de avaliação. É possível, ainda, que o sistema seja política ou organizacionalmente irrealista. Sem fazer mais do que tangenciar o tópico, pode-se levantar as seguintes perguntas sobre o sistema sugerido: (1) Dadas as concepções autoritárias de gestão escolar, a participação efetiva dos professores é possível? A participação pode ser impedida tanto na fase de elaboração quanto de administração. (2) O sistema formativo poderia, com sucesso, ser isolado das funções somativas da escola? Se o sistema fosse usado para fins de julgamento, ele seria aplicado em direção a medições estatisticamente confiáveis, processualmente justas e objetivamente válidas (o exato oposto de um bom sistema formativo). Também se tornaria um ponto de atenção das negociações sobre gestão de mão de obra. (3) É possível ter um sistema de desenvolvimento e crescimento de professores elaborado internamente, dada a ampla utilização de material didático apostilado, completado por testes padronizados de progresso dos alunos? Esse “currículo nacional informal” pode, em grande medida, esvaziar a área de avaliação docente, porque o desempenho do professor é julgado pelos testes fornecidos com o material didático. Vale ressaltar que os próprios professores podem preferir a simplicidade e a clareza da abordagem padronizada, de modo que a resistência pode advir da cultura profissional e organizacional, bem como das restrições políticas externas.

3.2 Graus de abstração e contextualização

As teorias de sanção também são caracterizadas por um alto grau de abstração. A ideia de que cenouras funcionam melhor do que porretes¹¹⁹, por exemplo, pode ser tida como válida em todas as áreas do direito substantivo e em todos os contextos institucionais. Em teoria, há um trade-off neutro entre abstração e concretude. Teorias abstratas sacrificam o realismo e as avaliações contingentes sobre como elas se aplicam a circunstâncias particulares, mas elas proveem poder: podem ser generalizadas e são facilmente comunicadas. Teorias altamente concretas são realistas e apropriadamente qualificadas para circunstâncias individuais; mas, por causa de sua idiosincrasia, podem fornecer pouco conhecimento geral útil. O conhecimento altamente idiosincrático é essencialmente secreto.

Um pouco de sabedoria que se pode agregar a essa fonte de equívocos é a exortação a que se tenha consciência da escolha. Outra é uma presunção em favor da concretude, porque o risco de negligenciar o contexto é o maior dos dois riscos. A estrutura das organizações reguladoras e reguladas quase sempre faz uma diferença profunda na natureza da implementação. Ao regulamentar o acesso das pessoas encarceradas à literatura pela via postal, deve-se entender que contrabando e armas frequentemente vêm com o material

¹¹⁸ DARLING-HAMMOND, L.; WISE, A.; PEASE, S. Teacher evaluation in the organizational context: a review of the literature, *Working Draft*, n. 1695-NIE, Rand Corporation, 1982.

¹¹⁹ [N.T.] No original, “*carrots work better than sticks*”, com o sentido de que incentivos funcionam melhor do que coerção.

de leitura. Portanto, gastos significativos com inspeções são necessários para garantir a leitura com segurança¹²⁰. A regulamentação das escolas deve ocorrer tendo-se conhecimento de que é raro que qualquer aspecto do ensino responda a instruções programáticas superiores¹²¹. Empregados privados e funcionários públicos respondem a incentivos diferentes¹²². Os tribunais federais se comportam de maneira diferente nos esforços de dessegregação escolar em relação aos legislativos estaduais¹²³. A regulação da assistência à saúde deve confrontar as complexas equações de custos médicos¹²⁴.

Por outro lado, a teoria abstrata é extremamente útil. A teoria abstrata fornece uma perspectiva mais ampla e também faz generalizações a partir de pesquisas concretas para evitar estudos particularizados redundantes. Por exemplo, uma exposição teórica como o ensaio de Stephen Breyer sobre “falha regulatória” nos ajuda a evitar a redescoberta infinita das limitações de várias abordagens regulatórias em um contexto concreto após o outro¹²⁵.

3.3 Prescrições sistêmicas

Uma categoria de pesquisa sobre implementação pode ser chamada de “prescrição sistêmica”. Uma prescrição é uma asserção sobre como a implementação deve ser estruturada e gerida para ser efetiva. Uma prescrição sistêmica sugere as condições para a efetiva implementação em todo o sistema, incluindo os fatores políticos. De acordo com Sabatier e Mazmanian, as condições para uma implementação efetiva incluem: padrões claros, recursos suficientes para a execução, uma agência reguladora de apoio, poucas partes cujo consentimento seja necessário ou que tenham poder de veto, líderes habilidosos, apoio ativo de grupos políticos fortes e, por fim, ausência de conflito com outros programas ou outras condições socioeconômicas¹²⁶.

Como uma descrição do que faz a implementação efetiva, essa lista é excelente. Mas, em alguma medida, as forças descritivas traduzem-se em fraquezas prescritivas. Nem todas as condições são igualmente suscetíveis à manipulação pelas políticas públicas e nenhuma condição está completamente sob o poder dos formuladores de programas. Padrões claros frequentemente encontram resistências, os recursos devem ser penosamente obtidos no processo político e é difícil mobilizar os grupos políticos de apoio. Assim, as condições existem ou inexistem independentemente do desenho da política. Tomadas como uma totalidade, as condições são pouco significativas porque especificam o caso ideal, em que tantas condições essencialmente fortuitas favorecem a implementação que ela dificilmente falharia¹²⁷. Por outro lado, o artigo não distingue entre condições mais ou menos suscetíveis à manipulação política, nem entre condições mais ou menos importantes dados os níveis subótimos de outras condições.

É tentador argumentar que, se um programa correu bem, suas características deveriam ser emuladas em

¹²⁰ Vide nota 48 *supra*.

¹²¹ Vide nota 50 *supra*.

¹²² Vide nota 53 *supra*.

¹²³ KLUGER, R. *Simple Justice*. The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality. 1976; PELTASON, J. *Fifty-eight lonely men*: southern federal judges and school desegregation. 1961.

¹²⁴ Cost Containment in the Health Care Industry: An Analysis of Physician Reimbursement Under Medicare and the Implication for Future Regulation in the Health Care Field – Coment, *Dickinson Law Review*, v. 84, p. 51-74, 1979.

¹²⁵ BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979; também: BREYER, S. Regulation and its reform, 1982.

¹²⁶ SABATIER, P.; MAZMANIAN, D. The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives, *Policy Analysis*, v. 5, p. 481-504, 1979, em especial p. 484-500.

¹²⁷ Um exemplo podem ser as calçadas rebaixadas, determinadas pelo *Rehabilitation Act*, de 1973, Pub. L. No. 93-112, §502, 87 Stat. 355, 392 (versão atual em 29 U.S.C. S 792 (1976 R Supp. IV 1980)); 36 C.F.R. §1190.70 (1982). A rápida implementação de calçadas rebaixadas provavelmente ocorreu porque: (1) havia padrões claros de conformidade; (2) as agências implementadoras estavam altamente organizadas e acostumadas a incorporar mudanças incrementais no desenho (por exemplo, departamentos municipais de construção); (3) o custo marginal de adequação foi baixo; e (4) a exigência contou com amplo apoio local (não apenas o apoio de pessoas com deficiência, mas apoio da indústria da construção, ciclistas e outros). Minhas reflexões sobre a implementação de calçadas rebaixadas começaram com uma conversa com David Kirp.

outros programas. Se essas condições podem ser imitadas e, em caso negativo, se é possível implementar um programa diferente são perguntas que a abordagem da prescrição sistêmica não responde. Curiosamente, esse problema ocorre igualmente nas prescrições sistêmicas negativas: “aqui está tudo o que deu errado, portanto, não tente nada parecido no futuro”¹²⁸. Um fracasso total pode estar muito próximo de um sucesso substancial, talvez dependendo apenas de uma ou duas condições manipuláveis.

3.4 Descrições longitudinais

Aceitar a implementação como um processo político aberto e interativo levanta problemas sobre como descrevê-lo ao longo do tempo. Se as partes estão propensas a intervir em todos os níveis, durante todas as fases de implementação, e se o equilíbrio político pode mudar repentinamente, que estrutura pode ser visualizada em desenvolvimentos de longo prazo? Esse problema tem tanto um aspecto descritivo, discutido nesta seção do artigo, quanto um aspecto preditivo, discutido na próxima seção.

O problema descritivo é simplesmente sobre como narrar uma história de implementação. Dadas as inúmeras interações que compõem uma implementação, em que pontos um narrador “paralisa” o sistema para construir um retrato coerente? Muitos estudos de caso de implementação são bastante coerentes, mas raramente ou nunca discutem como suas histórias foram construídas. A maioria dos narradores trabalha com dois tipos de conceitos organizadores: (1) análise das questões jurídicas em relação às forças políticas que as criaram; e (2) criação de algum modelo de estágios e níveis de implementação.

As questões jurídicas centrais de uma implementação podem ser pensadas em termos de “conflitos políticos”, “divisores de águas”¹²⁹ e “evasivas”¹³⁰. Conflitos políticos emergem das posições políticas intrinsecamente envolvidas em qualquer área de política social com objetivos específicos. Quando o movimento social *A* deseja uma mudança social da instituição *B*, imediatamente surgem questões sobre até onde o direito pode ir para alcançar o comportamento desejado e que combinação de incentivos legais será selecionada para encorajar o cumprimento. O confronto político é implícito, e até previsível, em qualquer área de mudança sociojurídica. Os principais interesses divergentes das partes afetadas não somente podem ser vistos com antecedência, como também serão inevitavelmente os principais determinantes da luta política, tanto em relação à lei quanto à sua estrutura final de implementação. “Interesses” são outra denominação para o que é importante para as pessoas – e o que é importante motiva a ação.

Considere-se a ação afirmativa em matéria de emprego com base em um ponto imaginário no tempo, anterior à produção da lei. Qualquer campanha legalmente implementada para aumentar o número de trabalhadores do sexo feminino e de minorias pode comprometer e ameaçar certos grupos e instituições facilmente identificáveis. Homens brancos têm um interesse distributivo inevitável e empregadores têm interesse em manter o controle sobre as decisões relativas à contratação de empregados. Novos grupos no local de trabalho presumivelmente desafiarão as culturas organizacionais informais desenvolvidas na sua ausência¹³¹. A elaboração e aplicação de uma lei de ação afirmativa, portanto, estruturar-se-á em torno dos conflitos políticos mais importantes para os grupos oponentes: dispositivos que produzirão o maior número de empregos para mulheres e minorias e dispositivos que causem menos problemas aos grupos adversários.

¹²⁸ A maioria dos mais conhecidos teóricos da implementação parece chegar a essa conclusão. BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977, p. 3-6; MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding-community action in the war on poverty*. 1969, p. xv-xvi, xxxi-xxxiii; PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979, p. 163-176; DERTHICK, M. Washington: Angry Citizens and an Ambitious Plan. In: *Social Program Implementation*. 1976, p. 219-239, em especial p. 232-239.

¹²⁹ [N.T.] No original, *watershed decisions*.

¹³⁰ [N.T.] No original, *punts*.

¹³¹ POWERS, K. Sex Segregation and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law, *Wisconsin Law Review*, v. 1979, p. 55-124, 1979, em especial p. 64-70. NEWMAN, W.; VONHOF, J. “Separate, But Equal” – Job Segregation and Pay Equity in the Wake of Gunther, *University of Illinois Law Review*, v. 1981, p. 269-331, 1981; POWERS, K. The Shifting Parameters of Affirmative Action: “Pragmatic” Paternalism in Sex-Based Employment Discrimination Cases, *Wayne Law Review*, v. 26, p. 1281-1308, 1980.

O direito, como realmente elaborado, é geralmente analisado em termos do que se pode chamar de “divisores de águas” e “evasivas”. Divisores de águas são resoluções de grandes conflitos políticos – decisões que delimitam uma maneira de fazer as coisas, ao invés de outras formas possíveis – com um resultado social diferente resultante da escolha. Na ação afirmativa, o divisor de águas crítico, de cunho substantivo, era impor cotas absolutas ou permitir justificativas de várias espécies, como indisponibilidade e esforço de boa-fé¹³². Em matéria de execução, decisões-chave eram adotar um sistema regulatório ou um sistema acionado por reclamações, bem como adotar um modelo de persuasão ou um modelo de coerção¹³³. É essencial à análise de um divisor de águas considerar não apenas o que foi feito, mas o que poderia ter sido feito e não foi.

A alternativa aos divisores de águas surge quando o processo de implementação deliberadamente evita decidir uma questão, deixando a solução para algum outro nível institucional ou veladamente aceitando o *status quo*. Qualquer lei que exija “não discriminação” e nada mais, por exemplo, está deixando uma imensa quantidade de não dito. Esses subterfúgios podem ser chamados de “evasivas”. O subterfúgio não é necessariamente ruim para o movimento social ou uma abdicação de responsabilidade. Às vezes, faz sentido deixar os detalhes a serem definidos por alguma outra instituição e processo¹³⁴.

Histórias de implementações, com base na perspectiva jurídica, tendem a ser contadas em termos de questões jurídicas principais – isto é, conflitos políticos, divisores de águas e evasivas. Um estudo de caso implicitamente “paralisa” o sistema para examinar o movimento quando algo importante acontece, inclusive quando uma questão é evitada, adiada ou delegada. Os manuais jurídicos de direito público costumam ser organizados da mesma maneira¹³⁵, exceto pelo fato de que o senso de continuidade cronológica é diminuído e o contexto da tomada de decisões políticas e organizacionais é quase que totalmente ausente.

A menção ao contexto político e organizacional leva ao outro dispositivo organizador principal das descrições de implementação, um senso de estágios e níveis de implementação. Uma característica dos divisores de águas é que essas decisões tendem a ser tomadas cedo, no que poderia ser chamado de “estágio de mobilização”. Mesmo que não sejam tomadas cedo, são feitas por pessoas de alto escalão no processo de elaboração de políticas, como membros do Congresso, juízes e legisladores, em oposição aos chamados “burocratas do nível da rua”¹³⁶. Uma história completa da implementação deve continuar a análise além e abaixo dos divisores de águas na estrutura das organizações reguladoras e reguladas e na miríade de interações entre elas. Normalmente, divisores de águas afetam profundamente a natureza dessas interações, especialmente se os recursos e a ideologia são considerados divisores de águas, porque a estrutura jurídica básica define os limites externos do que pode ser feito. Porém, os níveis mais baixos e os estágios posteriores têm vida própria, e sua orientação exata em relação às questões jurídicas estruturais é *a priori* obscura.

Os estudos de caso sobre a implementação completa geralmente traçam divisores de águas a alguma distância “em direção à rua”, mas é difícil descrever as decisões políticas maiores somadas às interações no nível da rua em um estudo de extensão factível. Por essa razão, os estudos no nível da rua tendem, com efeito, a paralisar o sistema em algum momento da implementação. Essa abordagem pode ser enganosa. Entre outras coisas, ela tende a exagerar o escopo da discricionariedade, porque o pesquisador inconscientemente adota os limites da ação social estabelecida pelos divisores de águas como um dado¹³⁷. Ainda mais claramen-

¹³² Vide notas 37-39 *supra*.

¹³³ Essa foi uma das decisões no estágio de “mobilização”. Vide nota 95 *supra*.

¹³⁴ DIMOND, P. Strict Construction and Judicial Review of Racial Discrimination Under the Equal Protection Clause: Meeting Raoul Berger on Interpretivist Grounds, *Michigan Law Review*, v. 80, p. 462-511, 1982, em especial p. 463-464. TUSHNET, M. Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, *Harvard Law Review*, v. 96, p. 781-827, 1983.

¹³⁵ Sobre a ideia de direito público, Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1112-13, e parte IV(C)(1), (2) desse artigo (papel dos juristas no direito público).

¹³⁶ Vide notas 95-96 *supra*. Para uma análise do grau de orientação descendente nas interações de implementação, vide parte II(B)(8)(b).

¹³⁷ Eu diria que esse exagero é característico do trabalho de Lipsky e Edelman. Vide, e.g.: EDELMAN, M. *Politics as Symbolic Action*. 1964; LIPSKY, M. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. 1980; WEATHERLY, R.; LIPSKY, M. Street Level Bureaucrats and Institutional Innovation: Implementing Special-Education Reform, *Harvard Educational Review*, v. 47, p. 171-197, 1977.

te, falta-lhe um senso de tendências em longo prazo¹³⁸.

3.5 Previsões longitudinais

Mesmo a narrativa mais coerente pode ser inteiramente *post hoc*¹³⁹. A identificação das facetas importantes de uma implementação não significa que elas tenham sido de alguma forma previstas. Não obstante, o processo de identificar como descrever a realidade pode ser uma etapa necessária no processo preditivo. Divisores de águas, por exemplo, podem se tornar parte da “variável dependente” de um modelo preditivo.

A pesquisa sobre implementação está longe de desenvolver teorias rigorosamente preditivas. Por outro lado, o trabalho geral mais interessante sobre implementação tende a ter elementos de previsão. Quando se analisa a experiência de encontrar um trabalho de investigação interessante, geralmente um elemento preditivo é um atrativo. Em lugar de tentar um inventário completo de elementos preditivos espalhados por vários tipos de pesquisa, este artigo sugere três das categorias mais óbvias: (a) Incentivos organizacionais no curso da implementação. Essa categoria de pesquisa sobre implementação tenta identificar os incentivos estruturais para vários tipos de ações por diversas partes, durante o desenvolvimento da lei e sua aplicação. Quando o interesse próprio das partes estrategicamente colocadas é entendido, a previsão é possível, pelo menos no sentido de identificar várias direções plausíveis que o processo pode tomar. (b) Força política, recursos e posicionamento estratégico das partes interessadas. Uma análise diferente, embora complementar, procura identificar o poder geral e a vantagem estratégica específica de vários tipos de partes interessadas¹⁴⁰. (c) Características estruturais da intervenção jurídica. Uma vez que a fase inicial da luta política termina e que uma forma particular de intervenção jurídica é selecionada, frequentemente é possível identificar características que geralmente levam a um sucesso maior ou menor. Vale dizer, é possível falar de maneira significativa sobre o quão bem ou mal uma determinada forma jurídica provavelmente produzirá resultados. A relação dessa categoria com a “Teoria da Sanção” é óbvia¹⁴¹.

Esses fatores não permitem uma verdadeira previsão. Eles nos permitem eliminar alguns resultados implausíveis e especificar uma gama de futuros plausíveis. Como a certeza tende a se acumular à medida que decisões imprevisíveis são tomadas de uma ou outra forma, nos aspectos mais importantes permanecemos na posição imprevisível e *post hoc*. As decisões de maior efeito, abrangendo as intervenções do sistema político mais amplo, como a legislatura conservadora de 1980, são as mais difíceis de prever.

3.6 Avaliação

A avaliação de implementações dificilmente poderia ser mais confusa. Uma tradição respeitável na sociologia do direito sustenta essencialmente que todas as implementações fracassam porque resultam em compromissos e consequências inesperadas¹⁴². Outra tradição sustenta que todas são bem sucedidas, ao menos em dar apoio simbólico aos movimentos sociais¹⁴³. Outra, ainda, nega que a avaliação seja possível, porque

¹³⁸ KIRST, M.; JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980.

¹³⁹ [N.T.] A expressão *post hoc* refere-se à expressão latina *post hoc ergo propter hoc* (“depois disso, logo, causado por isso”). Segundo a enciclopédia Britannica, trata-se de uma falácia lógica consistente em uma suposta correlação causal entre atos tão-só temporalmente sucessivos. Assim, tem-se, por exemplo, a imputação falaciosa de certo evento danoso a um evento maligno pretérito (como a quebra de um espelho). Porém, não há entre tais fatos qualquer relação de causa e efeito, apesar de, como dito, eventualmente existir uma relação temporal entre eles. (Verbete “Fallacy”. In: *Encyclopædia Britannica*, 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/fallacy>. Acesso: 19 out. 2020).

¹⁴⁰ CHUBB, J. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*. 1982; GALANTER, M. Why the “Haves” Come Out Ahead – Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review*, v. 9, p. 95-160, 1974.

¹⁴¹ Vide nota 112 *supra*.

¹⁴² EDELMAN, M. *Politics as Symbolic Action*. 1964.

¹⁴³ SCHEINGOLD, S. *The politics of rights*. 1974. p. 15-16.

o sistema sempre produz exatamente o que se destinava a produzir¹⁴⁴. Essas posições são um amálgama desnorteante de confusão analítica e de diferenças sutis sobre a interpretação de resultados fáticos.

Acadêmicos niilistas reúnem-se adotando o papel de desenganadores e iconoclastas. Com um pouco de sociologia jurídica elementar, é fácil desempenhar esse papel, porque a única coisa de que podemos ter certeza e, portanto, não precisamos de pesquisa para demonstrar, é que nenhum dos lados de um conflito sociojurídico obtém tudo o que quer. “Descobertas” de que nada é um sucesso ou um fracasso completo obscurecem a questão mais interessante, mas mais difícil de pesquisar, de relativo sucesso ou fracasso.

As implementações variam enormemente ao longo da dimensão sucesso/fracasso. Algumas não são mais do que sinais – e dos fracos. Outras fazem progressos verdadeiramente surpreendentes à luz dos obstáculos. A tarefa essencial da avaliação é distinguir entre graus de relativo sucesso e fracasso. Para tanto, é necessário ter cuidado ao definir a questão avaliativa e equilíbrio em sintetizar as evidências. Aparentemente, a maioria dos críticos prefere tacitamente colocar uma questão que clama por uma resposta preconcebida e então ignorar sistematicamente o falseamento de evidências¹⁴⁵. Uma análise de custo-benefício muito em voga, por exemplo, prospera com o infame método de declarar custos excessivos sem mensurar, ou mesmo discutir, os benefícios¹⁴⁶. A implementação é politicamente ativa e a avaliação é um exemplo extremo de viés normativo¹⁴⁷.

3.6.1 Três padrões de sucesso relativo

Quando se busca pensar claramente sobre avaliação, é útil isolar três situações prototípicas tais como elas ocorrem no mundo real. São elas, da menos para a mais bem-sucedida: (a) a vitória simbólica; (b) o fracasso; (c) o compromisso.

Como as implementações ocorrem tipicamente em áreas difíceis da política social, é bastante comum que o sistema apresente uma resolução puramente simbólica. Mesmo estas podem ser do interesse do movimento social que defende a causa e trazer recompensas diretas às elites do movimento, como publicidade e contribuições financeiras¹⁴⁸. Um símbolo é melhor do que nada, ao menos sob alguns pontos de vista. Um exemplo comum são comissões de estudo, a exemplo da Comissão Especial de Excelência Educacional, cujo contundente relatório foi divulgado em abril de 1983¹⁴⁹. Não obstante a extensa cobertura da imprensa, é discutível que, no nível federal, algo de substancial resulte do relatório do comitê. Realizar alguma coisa de verdade quase certamente seria difícil e caro, atributos não consistentes com a visão do governo Reagan sobre o papel federal na área de educação. O governo federal provavelmente oferecerá aos estados prestações intangíveis, como liderança, apoio moral e assistência técnica. O que emergirá provavelmente será uma vitória moral.

¹⁴⁴ ETZIONI, A. Two Approaches to Organizational Analysis: A Critique and a Suggestion. *Administrative Science Quarterly*, v. 5, p. 257-278, 1960, em especial p. 261. CAMPBELL, C. A Dubious Distinction? An Inquiry Into the Value and Use of Merton's Concepts of Manifest and Latent Function, *American Sociological Review*, v. 47, p. 29-44, 1982.

¹⁴⁵ Por exemplo: HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977. Para uma discussão do livro de Horowitz: FEELEY, M. Approaches to the Study of Court Impact. In: PILE, P. (ed.). *II SCHOOLS AND THE COURTS*. 1979. p. 1-21, em especial p. 12-16.

¹⁴⁶ Sem qualquer referência aos benefícios, o vice-presidente Bush declarou uma vez que os custos de implementar ou de reforçar a igualdade entre os sexos na educação eram “demasiados”. CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D. (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education*. (no prelo).

¹⁴⁷ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, 1080-83, 1113-1114.

¹⁴⁸ HANDLER, J. *Social movements and the legal system – a theory of law reform and social change*. 1978. p. 8-9, 17 e 29-31; MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding – community action in the war on poverty*. 1969/1970. p. 21-36.; KOMESAR, N.; WEISBROD, B. The Public Interest Law Firm: A Behavioral Analysis. In: *Public Interest Law – an Economic and Institutional Analysis*. 1978. p. 80-101, em especial p. 81.

¹⁴⁹ A Comissão foi criada em agosto de 1981: *Educ. Daily*, 27 ago. 1981, p. 1. Uma das preocupações da Comissão eram padrões mais altos. Para um comentário sobre um estudo realizado pela equipe da Comissão: Academic Courses Lose Favor. *The New York Times Magazine*, p. 17, col. 1, 26 de abril de 1983. Um texto do relatório final pode ser encontrado em: *Educ. Week*, p. 12, 27 de abril de 1983.

O fracasso é outro padrão de implementação comum. Muitos programas começam absurdamente fracos e fragmentados em relação ao problema que pretendem melhorar. Características que poderiam ser efetivas frequentemente foram barganhadas no processo político, porque seriam muito caras ou muito controversas. Apesar disso, o programa não é puramente simbólico porque a implementação de *algo* realmente ocorre. Recursos financeiros são gastos, pessoas são contratadas para executar diretrizes e regulamentos são expedidos. A falta de potencial pragmático pode ser resultado de idealismo ou cinismo¹⁵⁰.

Um compromisso entre valores e interesses concorrentes é o melhor resultado que se pode alcançar por uma implementação. Em tarefas sociojurídicas difíceis, o movimento social que busca a mudança deve sempre acomodar o *status quo*. O controle da poluição deve reconhecer os custos regulatórios, a dessegregação deve reconhecer a integridade do processo educacional e a ação afirmativa deve reconhecer a autonomia das instituições empregadoras. Conforme declarado em ações judiciais, direitos fundamentais devem, em última análise, render-se a restrições fiscais¹⁵¹. No entanto, apesar da atmosfera de desventura associada à implementação¹⁵², resultados impressionantes foram obtidos em muitas áreas. A dessegregação acontece¹⁵³. A qualidade do ar e da água melhora¹⁵⁴. Sistemas correcionais e de saúde mental tornam-se mais humanos¹⁵⁵. Crianças com deficiência que não recebiam educação pública passam a recebê-la de alguma forma¹⁵⁶. A reforma do financiamento da educação confere mais recursos aos distritos mais pobres¹⁵⁷.

Mesmo aqui, dúvidas de segunda ordem são apropriadas. A dessegregação resultou em melhor educação? O “êxodo branco”¹⁵⁸ implicará nova segregação nas escolas? O ar limpo vale a pena? A educação para pessoas com deficiência é muito cara? Novos empregos foram gerados por ação afirmativa, por mudanças de valores ou pelo mercado¹⁵⁹? O debate sobre a máxima efetividade da intervenção jurídica é interminável.

¹⁵⁰ Exemplos de “fracassos” incluem: a Administração do Desenvolvimento Econômico: PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979; o Programa Cidades-Modelo: BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977. p. 80; BANFIELD, E. Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68. *In: Social Program Implementation*, 1976, p. 183 e ss.; o Projeto Mohole, E. BARDACH, *supra*, p. 85-88; e o Corpo Nacional de Professores: CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. *In: American Politics and Public Policy*. 1978. p. 77 e ss.

¹⁵¹ De acordo com o professor Chayes, em litígios institucionais, confrontadas com rejeição clara e específica de suas ordens pelo processo democrático, especialmente por razões fiscais, as cortes invariavelmente cedem. *Discurso de Abram Chayes*, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, 9 de fevereiro de 1982.

¹⁵² Vide notas 105 e 124 *supra*.

¹⁵³ KALODNER, H.; FISHMAN, J. *Limits of Justice: The Courts’ Role in School Desegregation*. 1978; ORFIELD, G. *The Reconstruction of Southern Education: The Schools And The 1964 Civil Rights Act*. 1969; RODGERS, H.; BULLOCK, C. *Coercion to Compliance*. 1976.

¹⁵⁴ Para ser mais preciso, a qualidade geral da água não apresentou grande melhoria durante a década de 1970; mas, apesar do aumento da população e do PIB, a qualidade parou de se deteriorar e mostrou melhorias em locais específicos, devido ao melhor controle dos efluentes da indústria e do tratamento de esgoto. *Environmental Quality*. Conselho de Qualidade Ambiental, 1979, p. 75-173.

¹⁵⁵ HARRIS, M.; SPILLER, D. *After Decision: Implementation of Judicial Decrees in Correctional Settings*. 1976; LOTTMAN, M. Enforcement of Judicial Decrees: Now Comes The Hard Part, *Mental Disability Law Reporter*, p. 67-76, jul./ago. 1976.

¹⁵⁶ Na Pensilvânia, o programa de busca ativa ordenado pelo tribunal identificou cerca de 7.400 crianças excluídas de qualquer programa educacional. KIRP, D.; BUSS, W.; KURILOFF, P. Legal Reform of Special Education: Empirical Studies and Procedural Proposals, *California Law Review*, v. 62, p. 40-155, 1974, em especial p. 63. Especialistas em educação especial e advogados haviam estimado um número pelo menos três vezes maior. *Idem*, p. 60, n.68.

¹⁵⁷ CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. *In: PIELLE, P. (ed.). II Schools and the Courts*. 1979. p. 67-106, em especial p. 84-104.

¹⁵⁸ [N.T.] No original, *white flight*. Originária dos Estados Unidos, a expressão *white flight* designa a saída da população branca de algumas regiões urbanas habitadas também por populações de outras raças. Segundo Troyna, “[e]ste termo implica desilusão e até mesmo ressentimento em relação a um tipo de mudança. Refere-se ao movimento dos brancos de bairros e escolas que passaram por recentes mudanças na sua composição étnica. A natureza dessa mudança é, algumas vezes, voluntária – a busca de emprego, talvez, ou de moradia barata. Entretanto pode também ser fabricada, derivando de um comprometimento generalizado com a chamada hipótese de contato. [...] O *White flight* é, portanto, uma resposta súbita ou gradual à não segregação *de jure* e *de facto*” (TROYNA. Barry. Verbete “White flight”. *In: CASHMORE, Ellis et al. Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. Tradução Dinah Kleve. 2. Ed. São Paulo: Summus, 2000, p. 555-559, em especial p. 555-556). A expressão ainda é empregada, a exemplo da notícia “Michelle Obama talks about South Side Chicago ‘white flight’ at Obama Summit”, publicada em 29 out. 2019. Disponível em: <<https://chicago.suntimes.com/columnists/2019/10/29/20938718/michelle-obama-south-side-chicago-white-flight-obama-summit>>. Acesso: 9 ago. 2020.

¹⁵⁹ Evaluating the Impact of Affirmative Action: A Look at the Federal Contract Compliance Program, *Industrial and Labor Relations Review*, v. 29, p. 485-584, 1976.

O ponto aqui é simplesmente que, área após área, aparentemente houve progresso substancial na mudança das condições que foram definidas como objetivos dos movimentos de reforma social. O que os ativistas tentaram mudar realmente mudou – até certo ponto. Em outras palavras, pode haver dúvidas sobre as implementações mais bem-sucedidas, mas não são as mesmas dúvidas que se aplicam às vitórias ou aos fracassos simbólicos.

3.6.2 Avaliação dos padrões em um ambiente politizado

Contrariamente à concepção de vários padrões de sucesso, a sociedade como um todo parece preocupada, quiçá obcecada, com uma perspectiva mais monolítica da avaliação. Por exemplo, o móvel das políticas neoconservadoras, tanto quanto das neoliberais, é garantir a viabilidade de programas sociais e intervenções regulatórias. Aparentemente, muitas pessoas consideram relevante questionar se os programas políticos tiveram sucesso ou falharam em algum sentido absoluto.

Todos os modelos políticos, inclusive o sugerido neste artigo, complicam uma avaliação simples. Um olhar político hostil veria a consideração sobre sucesso ou fracasso como essencialmente sem sentido. Afinal, algumas pessoas aprovam até o programa mais inútil e, independentemente do quão bem-sucedidas sejam, todas as implementações têm alguns inimigos mortais. Se muitas pessoas sempre apoiam ou sempre se opõem a todas as implementações, não se justifica traçar distinções nítidas entre graus relativos de “sucesso” (definidos como a realização dos propósitos do movimento social).

Assim, o problema de avaliar compromissos políticos é que a avaliação de custos e benefícios depende consideravelmente de uma perspectiva pessoal. Um exemplo desse problema é a ação afirmativa em matéria de empregos. Uma pessoa fortemente solidária à situação das minorias e das mulheres provavelmente examinará as desvantagens da intervenção legal de maneira bem diferente da pessoa antipática ou indiferente. A dificuldade de demonstrar que a ação afirmativa cria empregos provavelmente será vista como um problema de alocação de riscos, e o simpatizante perguntará por que os vulneráveis deveriam suportar o risco da incerteza. Em outros termos, o emprego para grupos excluídos parece ser o produto de uma variedade de causas em interação, incluindo forças de mercado, mudança de atitudes e intervenções jurídicas. Para o partidário da medida, mesmo que a lei não faça muita diferença, cada tentativa de melhorar a posição daqueles que sofreram discriminação é justificada. Para o não partidário, a qualidade incerta e o pequeno ganho são mais salientes.

O ponto de vista é mais decisivo na questão dos custos financeiros da intervenção. Todos podem concordar que recursos são escassos e deveriam ser gastos com sabedoria. Mas, para os partidários, o dinheiro gasto em prol de pequenos ganhos para minorias e mulheres *são* gastos com sabedoria. Ser um simpatizante significa que a causa social está no topo da lista de prioridades. O não apoiador provavelmente considerará que cada emprego gerado é muito oneroso.

Assim, a crítica política da avaliação é convincente; mas, num sentido diferente, parece gritantemente incompleta. Por mais tolo que seja argumentar a favor de um padrão de avaliação universalmente válido, é ainda mais tolo afirmar que não há julgamentos amplamente compartilhados sobre sucesso relativo e fracasso. A política não se limita a transferências de “renda” entre grupos cujos interesses se excluem mutuamente¹⁶⁰. O sucesso é mais do que a reificação de uma *ratio* fria e pluralista entre benefícios internos e custos externos. Como, então, conciliar opiniões partidárias e consensuais sobre a avaliação? Se, como o modelo sugere, a avaliação deve ser analisada como um processo político – e não como um processo filosófico –, três interpretações políticas distintas sobre avaliação são possíveis, das quais apenas uma é estritamente partidária.

A interpretação estritamente partidária da avaliação é retórica política. Pessoas insatisfeitas com um

¹⁶⁰ THUROW, L. *The Zero-sum society: distribution and the possibilities for economic change*. 1981.

compromisso político podem simplesmente se recusar a aceitá-lo. Naturalmente, a rejeição total de um compromisso pode ser principalmente destinada ao público. Na verdade, com frequência, os defensores de uma proposta ficam secretamente satisfeitos em aceitar o que podem obter. Por outro lado, todos temos visto muitos idealistas amargamente desapontados, pessoas que se sentem ofendidas por qualquer coisa aquém dos objetivos puros de um movimento de reforma ou uma plataforma reacionária.

Uma interpretação política mais consensual da avaliação é pragmatismo. Tanto os envolvidos em uma disputa política quanto os que estão de fora podem tentar avaliar o compromisso *como* um compromisso. Se ambos os lados obtiverem algo importante e significativo nesse processo, cada um dos lados considera o compromisso um sucesso. Uma falha nesses termos é um compromisso que não deixa quase ninguém feliz, como um programa caro que fracassa ou um compromisso extremamente tendencioso para um dos lados. Compromissos muito tendenciosos costumam aumentar a insatisfação na sociedade, violando, assim, o senso pragmático de ganhos politicamente disponíveis no bem-estar líquido.

Nem mesmo a abordagem pragmática escapa do problema utilitarista da total ausência de significação moral coletiva. Para muitos de nós, programas sociais como integração racial e seguros de acidentes de trabalho não parecem ser compromissos políticos frios. Ainda que não estejamos diretamente envolvidos, esses programas são intrinsecamente satisfatórios. Como reconciliamos esse sentimento moral com um modelo político? Trata-se de mera projeção de nossa própria política?

Este artigo não se preocupa com o problema filosófico dos julgamentos morais válidos. Porém, há uma terceira interpretação política da avaliação que lança luzes sobre a questão: a avaliação como desenvolvimento de consenso moral. Os movimentos sociais são bem-sucedidos na medida em que atraem um público além dos beneficiários-alvo; em outras palavras, são bem-sucedidos quando recorrem a valores prevalentes. O grande poder do movimento pelos direitos civis foi fazer o *mainstream* acreditar na justiça racial. Inversamente, quando falham em alcançar o *mainstream*, os movimentos sociais não são bem-sucedidos. Os movimentos são menos efetivos quando o *mainstream* acredita que os ativistas do movimento estão criando problemas por puro egoísmo (desejo de fama, poder, dinheiro). Movimentos sociais também são inefetivos quando percebidos como grupos de interesses especiais, fanáticos e intransigentes.

Parte da dramaturgia social das implementações é um diálogo de confiança e desconfiança entre *mainstream* e ativistas: Jesse Jackson está realmente fazendo algo de bom ou está apenas em uma empreitada megalomaniaca¹⁶¹? Ambientalistas podem seguir as regras do jogo e chegar a compromissos pragmáticos ou, independentemente do custo para o restante da sociedade, recorrerão a manobras legalistas diante da menor questão ambiental? Pode-se confiar no *establishment* para uma barganha justa ou os ativistas deveriam pressupor o pior e lutar a cada passo do caminho? As acusações de fanatismo são de boa-fé ou são esforços cínicos para desacreditar o movimento?

Como movimentos sociais e instituições estabelecidas lidam com o problema da desconfiança é uma área extremamente interessante de pesquisa e de políticas públicas. Uma face do problema, levantada pelo exemplo de Jesse Jackson, é a possível discrepância entre o bem-estar dos membros de base e a psicologia da liderança do movimento¹⁶². Durante o período inicial em que o movimento luta por um reconhecimento mínimo, táticas de confronto e princípios rígidos podem servir adequadamente a seus membros. Depois que o movimento está mais bem estabelecido, compromisso e pragmatismo podem ser mais produtivos. A liderança pode se adaptar?

Outra face do problema é a importância, para a liderança do movimento e de seus membros, de vitórias simbólicas e de superioridade moral, em oposição ao sucesso tangível. Nesse sentido, o movimento pelos direitos civis da população negra tem sido consistentemente pragmático, ao passo que movimentos ambientais

¹⁶¹ [N.T.] No original, “*ego trip*”.

¹⁶² A famosa “lei de ferro da oligarquia” de Michel diz respeito a este problema. PIVEN, F.; CLOWARD, R. *Poor people's movements: why they succeed, how they fail*. 1979. p. xxii-xxiii, 101-102 e 322. Vide também nota 144 *supra*.

e consumeristas incluíram componentes ideológicos e pragmáticos. O ativismo ideológico é indiferente ao sucesso tangível – ou mesmo incompatível com ele. Se o princípio é o único fator levado em consideração, o *mainstream* é irrelevante. De fato, ofender o *mainstream* pode ser desejável. A superioridade moral é mais bem alcançada, tornando impossível para o outro lado receber o crédito por um compromisso razoável. No entanto, um certo grau de aprovação pelo *mainstream* é essencial até para o ativista mais hipócrita. Um colapso total do apoio do *mainstream* levanta questões sobre a ideologia. É difícil manter a superioridade moral quando se é universalmente ridicularizado como um fanático não realista e ineficiente. Assim, ativistas ideológicos devem manter um equilíbrio desconfortável entre pragmatismo e simbolismo.

Pode-se dramatizar a ideia de que a implementação é um processo de apelo ao *mainstream* pensando-se sobre a outra maneira de lidar com o *status* de minoria. Muitos movimentos contraculturais não recorrem ao direito como um meio de mudança social. Como com os *Amish*, a “saída” ou o isolamento pode ser a forma de lidar com valores contrários aos do *mainstream*¹⁶³. Nessa situação, remédios jurídicos são buscados principalmente como um meio de proteger a privacidade, não de atingir uma mudança social positiva. Finalmente, como ficou claro nos exemplos, o consenso geralmente não significa apoio unânime e entusiasmado. O apelo externo de implementações varia enormemente, desde o forte apoio de alguns membros do *mainstream* a uma discreta minoria, como na política racial, até o fraco apoio a ativistas do movimento por praticamente todos na sociedade, como na política de ar limpo.

O consenso moral aplica-se de forma diferente a cada um dos três padrões de avaliação. Compromissos que beneficiem os dois lados são mais propensos a serem aceitos porque concretizam valores de ambos, aprovados pela sociedade em geral. A controvérsia sobre compromissos, portanto, é quase exclusivamente sobre custos, ou, mais precisamente, sobre a relação entre custos e benefícios. O compromisso que parece ruim tende a parecer muito oneroso frente aos benefícios relativamente pequenos que provê. É pouco provável que fracassos pareçam atraentes ao *mainstream*. Eles não alcançam os valores que o grupo minoritário está defendendo e são caros. Vitórias simbólicas são mais aceitáveis para o *mainstream* porque são baratas. Embora seja improvável que grupos minoritários se satisfaçam com símbolos, às vezes processos simbólicos são mutuamente tranquilizadores, uma espécie de troca barata de boa vontade entre *outsiders* e *insiders*.

Seguramente o aspecto mais interessante do desenvolvimento de consenso moral é o processo pelo qual os valores das minorias passam a ser aceitos por públicos mais amplos. Visto pela perspectiva do modelo político, mesmo as implementações com maior êxito moral devem ser avaliadas politicamente. Ou seja, as implementações devem ser avaliadas por meio de alguma estrutura de comunicação e de resolução de disputas. É comum que grupos e causas inicialmente detestados obtenham respeito moral ao final.

Comentaristas desapaixonados e pesquisadores podem tentar manter os fatos corretos e os argumentos, honestos; mas o processo político impõe sua própria honestidade. Os defensores devem alocar recursos políticos nos programas que considerem mais valiosos e convencer os céticos da intensidade de suas reivindicações. Por outro lado, a boa-fé dos céticos pode ser testada. O papel da mídia em relação a assuntos mal interpretados, trazendo à tona novos pontos de vista e prevenindo subterfúgios óbvios, é uma das características interessantes das implementações. Em alguns casos, os tribunais podem vir em auxílio de grupos particularmente desprotegidos. Em outros casos, as cortes podem proteger o próprio processo. Proteger a possibilidade de persuasão moral das minorias é claramente o principal, e talvez o único, propósito significativo da Primeira Emenda. Uma das questões fatuais testadas pelo debate público é se determinados programas foram sucessos ou fracassos. Essa importante questão merece discussão em uma subseção à parte.

¹⁶³ TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. Educational Reform: Retrospect and Prospect. *Teachers College Record*, v. 81. p. 253-269, 1980, em especial p. 266.

3.6.3 Discordâncias fatuais sobre que padrão está presente

Compondo a dificuldade normativa de lidar com os compromissos, há discordâncias, genuínas ou taticamente fabricadas, sobre que padrão está presente. Um programa em particular é um fracasso ou um compromisso? Sabê-lo quase nunca é fácil. Além disso, os defensores e oponentes do programa aparecem em lados inesperados da discussão e às vezes ocultam suas verdadeiras percepções.

A educação bilíngue é um exemplo. Frequentemente, ouvem-se críticos da educação bilíngue dizendo que o investimento existente não melhorou as habilidades verbais das crianças. Os defensores do programa amiúde respondem que a educação bilíngue, como o cristianismo, não falhou porque não foi tentada. Ou seja, os programas existentes têm sido tão subfinanciados, hesitantes, diluídos e comprometidos que não se pode esperar sucesso; a resposta seria *mais* financiamento, não menos. Assim, defensores do programa podem aceitar a caracterização dele como um fracasso pré-ordenado. Se essa caracterização é justa e se a conclusão em prol de mais financiamento decorre disso são questões separadas. Por exemplo, muitas das fragilidades estruturalmente determinadas dos programas bilíngues podem ser politicamente inevitáveis. Ainda que os falantes da mesma língua e com mesma origem social das crianças sejam os melhores professores, o sistema educacional, com suas estruturas de certificação de professores e valorização da antiguidade, permitirá que essas pessoas ingressem na docência em grande escala? Falando em termos práticos, se devemos nos relacionar bem com nosso atual corpo docente, talvez o potencial para a educação bilíngue deva ser avaliado sob essa luz. Observe-se, no entanto, que uma das últimas coisas que os defensores estão dispostos a aceitar é a inevitabilidade desses aspectos arraigados do *status quo*, que operam contra seus clientes.

Um exemplo um pouco diferente é o Título I¹⁶⁴. Supostamente, solicitou-se a membros do Departamento de Educação¹⁶⁵ encarregados da avaliação do Título I que, em seu relatório ao Congresso, omitssem achados negativos sobre efeitos de longo prazo e enfatizassem os achados positivos sobre efeitos de curto prazo. A melhor justificativa para esse pedido foi a convicção da equipe de que o programa do Título I fora continuamente aprimorado desde seu início e não fora gerido suficientemente bem no início para produzir efeitos de longo prazo que pudessem ser observados no momento da elaboração do relatório. Embora inicialmente visto como um fracasso, mais recentemente o programa foi tido como um experimento social promissor em longo prazo. Essa justificativa não responde à pergunta sobre por que não se poderia confiar toda a verdade ao Congresso. Os defensores do programa indubitavelmente estavam desconfortáveis em permitir que nuances de evidências das ciências sociais dominassem o debate político. Não obstante, a tendência dos gestores de programas de proteger os programas ocultando evidências negativas deve ser reconhecida como uma ocorrência frequente. Existem exemplos mais flagrantes do que o Título I¹⁶⁶.

A dificuldade de encontrar a verdade na avaliação é desanimadora. Um premiado livro de um ilustre autor¹⁶⁷, na minha opinião, nada mais é do que uma destruição obstinada de provas em uma direção pré-concebida. Por outro lado, esse livro pelo menos contém evidências. Muitos trabalhos condenando a eficácia de programas¹⁶⁸ são retórica vazia. Talvez a avaliação da implementação seja algo como direito penal: há

¹⁶⁴ *Elementary and Secondary Education Act*, de 1965, Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. 27.

¹⁶⁵ [N.T.] Na estrutura do Poder Executivo brasileiro, o Departamento de Educação corresponderia ao Ministério da Educação.

¹⁶⁶ Um exemplo é o Corpo Nacional de Professores. CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. *American Politics and Public Policy*. 1978. p. 77 e ss.

¹⁶⁷ HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977.

¹⁶⁸ E. g.: GRAGLIA, L. *Disaster by decree*. 1976. O livro de Graglia é, em grande medida, uma disputa de valores e raciocínios envolvidos nas decisões de dessegregação. Não quero afirmar que todas as discussões de valor (ou toda retórica) são vazias. De fato, a implementação repousa sobre uma base de posições valorativas concorrentes. No entanto, o livro de Graglia parece notavelmente tendencioso e obtuso quanto a outros pontos de vista. Sobre a difícil fronteira entre não discriminação e discriminação reversa: BREST, P. Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, *Harvard Law Review*, v. 90, p. 1-54, 1976; FISS, O. The Fate of an Idea Whose Time Has Come, *University of Chicago Law Review*, v. 41, p. 742-773, 1974. Sobre as complexidades de definir e limitar remédios jurídicos em questões raciais, mesmo assumindo uma definição “limitada” de responsabilidade: KIRP, D.; BABCOCK, G. Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform, *Alabama Law Review*, v. 32, p.

tanto em jogo e o potencial de viés é tão grande que um processo adversarial deveria ser incentivado. Como políticos, os membros do Congresso são indubitavelmente sensíveis ao elemento político da avaliação e, como forma de contrabalanceamento, abrem esse processo a quem quer que seja. Também ajudaria consideravelmente se mais acadêmicos tentassem ser objetivos, não no sentido de serem politicamente neutros, mas no sentido de esclarecerem como seu ponto de vista se insere no argumento e de serem justos com as evidências. Por fim, mesmo aqueles que advogam uma proposta fariam bem em moderar seus instintos mais oportunistas. Sempre me pareceu que uma das principais razões do sucesso do movimento pelos direitos civis e do movimento contra a Guerra do Vietnã foi a insistência deles em dizer a verdade sobre os fatos sociais e abalar ilusões sociais convenientes. Mais uma vez, os movimentos sociais são bem-sucedidos apelando para algo no *mainstream* da sociedade. Nesse sentido, a verdade, assim como a mentira, tem poder e atratividade.

3.7 Metodologia de pesquisa

O modelo de implementação apresentado neste artigo tem implicações importantes para a metodologia de pesquisa. Em geral, pode-se pensar em três aspectos de um projeto de pesquisa que influenciam a metodologia: o tema, a teoria que o sustenta e a questão dos procedimentos ou técnicas confiáveis e válidas¹⁶⁹. A ideia de metodologia é frequentemente equiparada a técnica – como projetar um instrumento de pesquisa, extrair amostras estatisticamente confiáveis e conduzir entrevistas abertas. Embora as preocupações com a técnica sejam bastante importantes, elas provavelmente são as menos importantes das três. Tema e teoria têm um impacto muito maior sobre a metodologia, porque afetam a escolha do método de pesquisa, e não apenas a execução apropriada de um método já selecionado. Além disso, é difícil articular aspectos metodológicos da teoria e do tema; as decisões sobre eles podem ser tomadas intuitivamente, subconscientemente ou por padrão. Finalmente, a maioria das implicações importantes do modelo em relação à metodologia diz respeito ao tema e à teoria.

Em relação ao tema, o modelo demonstra que todo o processo de implementação envolve tipos de atividades muito diferentes, como a história dos movimentos sociais, sua influência sobre a legislação, os detalhes das regulações, as interações em nível de campo entre a fiscalização e as organizações reguladas e, ainda, as características-chave estruturais de vários tipos de organizações reguladas. Pode não haver uma ligação invariável entre a atividade e o método de pesquisa usado para estudá-la. Apesar disso, os raciocínios empregados para analisar algumas atividades, como a influência histórica, parecem bastante diferentes dos utilizados para outras, como o significado dos regulamentos legais. A prática acadêmica convencional reflete e reforça essas diferenças metodológicas, definindo história e direito como disciplinas separadas.

A natureza da atividade estudada tem uma influência mais sutil sobre o método do que a disciplina acadêmica envolvida. Uma técnica de pesquisa pode ser mais adequada para investigar um aspecto particular do que outras. Por exemplo, se alguém quiser uma visão geral de como o processo funciona, pode ser útil organizar entrevistas abertas com membros de elite das instituições participantes. Essas pessoas são excepcionalmente bem situadas em termos de funcionamento do sistema em um nível geral – elas são insiders. Por outro lado, se se deseja entender os reais compromissos assumidos por esses insiders, os acordos firmados – ao invés de uma visão geral do processo –, ou parte significativa desses processos reais no nível de campo, provavelmente será necessário dedicar algum tempo à observação etnográfica. Os insiders de elite tendem a oferecer uma visão “reconstruída” da realidade, na qual as variantes ideologicamente inaceitáveis de sua própria conduta são censuradas. Eles também tendem a falar em um nível bastante alto de abstração,

313-398, 1981.

¹⁶⁹ “Isso [a metodologia] implica que estudos concretos estão sendo escrutinados quanto aos procedimentos que usam, às premissas em que se baseiam e aos modos de explicação que consideram satisfatórios”. LAZARSELD, P.; ROSENBERG, M. (eds.). *The Language of Social Research*. 1955. p. 4.

e não em termos de interações no nível de campo. Em outras palavras, mantidos os demais fatores – especialmente o custo –, não confie no “ouvir dizer”; se você deseja relatar descobertas sobre uma atividade, observe-a diretamente.

Na escolha do método de pesquisa, a teoria desempenha um papel tão importante quanto o tema. Teoria é aquilo que especifica o que é interessante ou significativo sobre a realidade. Para propósitos práticos, a realidade é infinitamente complexa, e a mente humana pode pensar sobre a realidade de inúmeras formas. Qualquer apresentação coerente envolve, necessariamente, algum sistema de seleção, simplificação e ordenação. Esse sistema é chamado de teoria, embora, às vezes, a palavra seja aplicada de maneira mais limitada aos sistemas formais. Nesse sentido, a teoria não é acadêmica ou esotérica; é simplesmente inevitável, embora possa ser feita inconscientemente ou mal feita.

A importância da teoria para o método pode ser ilustrada pela comparação entre dois tipos de projetos de pesquisa. O primeiro é a teoria da sanção quantitativamente orientada. Este artigo tenta estabelecer uma estimativa do volume de conformidade produzido por sanções de diferentes espécies e intensidades. Pesquisas sobre o efeito dissuasório da ação policial ou sobre efeitos cumulativos de subvenções são bons exemplos¹⁷⁰. O segundo tipo de pesquisa é o estudo de caso sobre implementação. Como previamente discutido neste artigo, estudos de caso geralmente desenvolvem-se pela descrição dos chamados “divisores de águas”¹⁷¹. Divisores de águas são decisões de realizar ou não realizar determinados aspectos de uma intervenção jurídica, decisões que afetam, substancialmente, os resultados da intervenção vis-à-vis os propósitos sociais que a informam. Metodologicamente falando, aqueles que narram o histórico de casos tentam, consciente ou inconscientemente, identificar os divisores cruciais, ou pontos de inflexão, e organizar o histórico do caso em torno desses eventos.

Os métodos de pesquisa que complementam esses dois tipos de teorias são profundamente diferentes. A Teoria Quantitativa da Sanção normalmente requer o desenvolvimento de um modelo matemático como forma de comparar e mensurar a influência relativa das sanções e outros fatores que podem influenciar o comportamento. Como consequência, o mundo da ação legalmente orientada deve ser simplificado e reduzido a categorias que podem ser enumeradas (por exemplo, cumprimento e não cumprimento). O processo de simplificação e quantificação é tanto altamente formal – e, portanto, “censurável” – quanto excessivamente simplificado.

Em contraste, estudos de casos sobre implementação parecem envolver um processo analítico altamente impressionista, geralmente desarticulado, que inclui identificar forças sociais importantes e combiná-las com os principais avanços legais. A identificação dos principais avanços legais envolve uma operação metodológica tácita. Presumivelmente, um desenvolvimento ou não desenvolvimento jurídico é importante pelas consequências que produziu ou poderia ter produzido. Assim, a identificação de marcos relevantes implica uma afirmação intuitiva sobre as relações causais entre direito e mudança social. A força dos estudos de caso deve-se à imagem intuitivamente satisfatória e abrangente que eles podem fornecer do sistema integrado de forças sociais. A parte frustrante dos estudos de caso é a inacessibilidade das avaliações que contribuíram para a seleção dos principais eventos. Na falta de uma descrição formal de como se determinou que certos eventos tiveram consequências, geralmente ficamos com perguntas incômodas sobre o que não foi observado e explicado.

O ponto importante aqui não tem relação com as vantagens relativas dos dois métodos de pesquisa. Pelo contrário, a comparação foi feita para ilustrar como a natureza da teoria pode forçar um pesquisador a pensar sobre a realidade de maneiras completamente diferentes e a observar e relatar coisas totalmente diversas.

¹⁷⁰ WILSON, J.; BOLAND, B. The Effect of the Police on Crime: A Response to Jacob and Rich, *Law & Society Review*, v. 16, p. 163-170, 1981/1982; BARRO, S. *The Impact of Intergovernmental Aid on Public School Spending*, maio 1974, p. 59-66 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

¹⁷¹ Para uma discussão sobre divisores de águas como parte de descrições longitudinais, vide parte III(D).

A teoria tem uma influência profunda sobre o método.

Considerando-se a influência do tema e da teoria sobre o método, chegamos à técnica. Se a observação participante em nível de campo for selecionada, permanece a questão de como fazê-la corretamente. As entrevistas com a elite dos participantes podem ser bem ou mal feitas. A aferição de cumprimento/descumprimento, ainda que bem definida, requer habilidade e cuidado, assim como a matemática que estima a influência relativa de diferentes fatores.

De forma geral, o modelo apresentado neste artigo não tem implicações especiais para a técnica no sentido de métodos-padrão de pesquisa. O modelo mostra claramente, no entanto, que muitos tipos de pesquisa-padrão sobre implementação, como o estudo de caso, envolvem técnicas não convencionais e, portanto, majoritariamente não analisadas. Existem tratamentos úteis de processos metodológicos análogos, como a teoria fundamentada e a reconstrução etnográfica¹⁷². No entanto, como a interação do direito com os sistemas sociais envolve processos sociais e vínculos únicos, as questões metodológicas são distintas. O espaço aqui sequer pode começar a explorar essa importante questão. Como amostra do território a ser explorado, o leitor pode considerar novamente como é elaborado um típico manual de direito em uma área de direito público. Quais são os critérios de relevância que orientam a inclusão e exclusão de matérias? Se um dos critérios é o efeito sobre interesses sociais concorrentes ou sobre a sociedade como um todo, como os autores de livro sobre casos sabem sobre esses efeitos?

Uma palavra final precisa ser dita sobre o desafio interdisciplinar da pesquisa sobre implementação. A pesquisa que aborda qualquer descrição razoavelmente abrangente da implementação deve envolver não apenas métodos de pesquisa distintos e até agora não analisados, mas também uma série de métodos tradicionais cujos especialistas ocupam diferentes disciplinas acadêmicas. Como consequência, esse tipo de pesquisa comumente carece do rigor definido por uma metodologia especializada, e os pesquisadores profissionais frequentemente se sentem hesitantes e inseguros sobre o que fazer. Infelizmente, não existe uma resposta fácil ou confortável para o desafio. Muitas vezes, é essencial estudar o processo como um todo e não como subpartes metodologicamente convenientes. Certamente não queremos desencorajar variedades vitais de pesquisa, até porque os generalistas metodológicos são raros. No entanto, a permissividade geral tampouco é a resposta, porque muitas pesquisas bem-intencionadas tornam-se inúteis por metodologia deficiente. As abordagens prevalentes da pesquisa interdisciplinar parecem ser as mais produtivas – a formação interdisciplinar de pesquisadores (formais ou práticos), a colaboração, a consultoria seletiva e a revisão da pesquisa por equipes interdisciplinares capazes de identificar descuidos metodológicos. Além disso, devemos manter vivo o sonho da formação específica em “estudos jurídicos”¹⁷³.

4 Alteração de papel do direito e dos juristas

As consequências do modelo para mudanças no papel do direito e dos juristas decorrem do fato de que a implementação é a forma característica do direito moderno ou pós-moderno¹⁷⁴. Consideradas separada-

¹⁷² BECKER, H. *Sociological work*. 1970; GLASER, B.; STRAUSS, A. *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. 1967; MCCALL, G.; SIMMONS, J. (eds.). *Issues in participant observation*. 1969; SCHATZMAN, L.; STRAUSS, A. *Field research*. 1973.

¹⁷³ Sobre a importância de não limitar o tema e a perspectiva em razão de um “proselitismo” metodológico limitado: BECKER, H. *Sociological work*. 1970. p. 3.

¹⁷⁴ Teóricos sociais tendem a usar o termo “pós-moderno” para descrever o direito atual. TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 243. A razão para o uso deste termo é que, na tradição weberiana, o direito associado ao nascimento do modernismo era considerado “moderno” e direito contemporâneo é algo diferente. Os termos “autônomo” e “responsivo” são usados por Nonet e Selznick para esses dois tipos de direito moderno. NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*, 1978, p. 16 e *passim*. Direito “reflexivo” é aparentemente um termo de Teubner. Teubner, *supra*, p. 266. LUHMANN, N. *The differentiation of society*, 1982. No presente artigo, distinções tão minuciosas não parecem importantes e, assim, vou me referir ao direito da atualidade simplesmente como “direito moderno”. Muita da discussão

mente, implementações constituem o micronível do direito moderno, as interações entre organizações sobre determinados programas sociais. Novas funções para o direito e para os juristas normalmente se mostram nesse nível: no nível de ação intencional e de conflito político. Tomadas coletivamente, as implementações constituem o Estado moderno. Multiplique-se qualquer implementação específica nas diversas áreas de políticas públicas por dez mil e o resultado é o Estado regulador e de bem-estar social. As implementações são o processo formativo aluvial do Estado moderno e o direito do Estado é a soma total das estruturas e interações contínuas deixadas como depósitos por uma infinidade de implementações separadas. O direito no Estado moderno consiste em organizações que se confrontam em setores normatizados de políticas públicas – setores do governo interagindo com governos-sombra criados para lidar com eles. Como o direito moderno no nível macro diz respeito à coordenação e à legitimação dessa legião de interações substantivas, novos papéis jurídicos no nível macro geralmente são percebidos por representantes políticos e juízes de alto escalão, bem como por elites informacionais¹⁷⁵. No restante desta discussão, será conveniente considerar, primeiramente, algumas mudanças importantes no direito moderno, relacionadas essencialmente à natureza da implementação, conforme descrito neste artigo, e, posteriormente, o tópico dele derivado, relacionado às novas funções dos profissionais do direito.

4.1 Sentido diminuído da autonomia do direito

Como visto atualmente, a característica dominante do direito pré-moderno era um senso de autonomia. O direito parecia ser tanto uma fonte de valores para a solução de problemas quanto uma fonte de novos valores. Advogados e juízes tinham um tipo especial de expertise normativa advinda desse direito autônomo, a habilidade de aplicar o direito a novas situações. O direito também era uma forma de autoridade – uma fonte de segurança. Um direito previsto em lei era duradouro, permanente; a única maneira de perdê-lo era renunciando a ele. Direitos legalmente garantidos eram direitos adquiridos.

A próxima subseção discutirá as características do direito moderno identificadas pelo modelo que diminui esse senso de autonomia jurídica. As subseções seguintes trarão exemplos de uma autonomia reduzida do direito como fonte de valores e de segurança. A discussão final abordará as novas e remanescentes fontes de autonomia jurídica.

4.1.1 Atributos do direito moderno que diminuem a autonomia

Conforme descrito pelo modelo apresentado, quatro características do direito moderno operam para diminuir o senso de autonomia do direito: consequencialismo (ou racionalidade substantiva), origens políticas, comprometimento e renegociabilidade. O primeiro, o consequencialismo, ou a racionalidade substantiva, é a ideia de que o direito deve ser usado para resolver problemas sociais. É a ideia do direito como “engenharia social”¹⁷⁶. O consequencialismo é incompatível com a autonomia, porque, segundo ele, o direito é, apenas, uma ferramenta¹⁷⁷. Se os problemas não estiverem sendo resolvidos por normas autônomas, ou se surgirem problemas mais importantes, a lei poderá ser alterada. Observe-se, também, a ênfase coletiva e legislativa aos “problemas sociais”; o direito com um senso de segurança implicava direitos individuais.

Segundo, a origem do direito decorrente da atividade política de grupos de interesse é óbvia para as pessoas modernas. Valores têm origem nas proposições substantivas dos grupos sociais e são transforma-

dessa parte deve-se ao artigo conciso e lúcido de Gunther Teubner, *supra*. Teubner parafraseia e analisa material, como o trabalho de Habermas, que eu considero particularmente difícil (mesmo traduzido).

¹⁷⁵ Gradualmente estamos começando a entender o papel da mídia nos Estados modernos como instituições legitimadoras, deslegitimadoras e reconstrutoras. Vide nota 199 *infra*.

¹⁷⁶ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1045, n. 2.

¹⁷⁷ LUHMANN, N. *The differentiation of society*. 1982. p. 133-135.

dos em lei por meio de um processo de compromisso político. Obviamente, uma vez atingido, cada compromisso político torna-se “a norma” e, nesse sentido, é uma fonte de valores. Mas esse senso é limitado e transitório em comparação com a ideia de que respostas para novas situações sociais podem ser encontradas no direito existente ou em suas operações. Por esse motivo, mesmo uma demanda moralmente convincente, como a dessegregação, pode parecer “política” demais¹⁷⁸.

Terceiro, como resultado final de grupos de interesse que chegam a acordos, o direito parece altamente comprometido. Os acordos não são fontes sagradas de valores e não são especialmente duráveis. Finalmente, o direito é obviamente renegociável: se os subsídios não forem suficientemente bons este ano, cria-se um lobby para alterá-los no próximo ano. Se uma ação afirmativa for incômoda, opta-se pela desregulamentação. A seguridade social é um direito adquirido? Isso depende de como os políticos lidam com a atual crise de solvência.

4.1.2 Exemplo do declínio da autonomia do direito como fonte de valores: a indústria da judicialização

O melhor exemplo da preocupação com o direito como fonte de valores é o que pode ser chamado de “indústria da judicialização”. Em um ritmo frenético, juristas estão produzindo artigos e livros com o objetivo de mostrar que há um método legítimo por meio do qual os juízes podem descobrir valores a partir da cognição. Ao mesmo tempo, as autoridades estão em conflito entre si, desacreditando os esforços umas das outras. Inclui-se aqui o impressionante debate em curso sobre a legitimidade da revisão judicial em matéria constitucional¹⁷⁹, bem como o debate sobre o próprio common law¹⁸⁰.

Um exemplo específico emerge das considerações concorrentes no debate sobre o papel judicial na implementação de políticas sociais. Disputas sobre o financiamento da educação, como ótimo exemplo de

¹⁷⁸ A possibilidade de a regulação nos Estados Unidos ser marcadamente mais legalista do que na Grã-Bretanha foi discutida na conferência de Keith Hawkins intitulada “A estratégia de conformidade”, no Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, em 6 de novembro de 1981. KIRP, D. *Doing good by doing little: race and schooling in Britain*. 1979. p. 115-123; KIRP, D. Professionalization as a Policy Choice: British Special Education in Comparative Perspective, *WORLD POL.*, v. 34, p. 137-174, 1982, em especial p. 173. A ideia de um estilo de regulação na Europa menos legalista e, ainda assim, mais efetivo foi levantada pelo Professor Norbert Reich em outro colóquio. REICH, N. *Problems in F.T.C. Rulemaking: Some Remarks on Regulatory Failure*, Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, 16 de junho de 1982. A possibilidade de uma regulação menos legalista e mais efetiva é muito importante e interessante em termos teóricos. Ao levantar questões complexas sobre comparações transatlânticas, alguém poderá facilmente perceber a complexidade de pesquisas comparativas de sociologia jurídica. Por exemplo, quatro questões surgem de maneira imediata: 1) os países europeus são tão agressivos quanto os americanos na tentativa de “tirar o sistema” do *status quo*? 2) o que acontece se, como parece ser o caso, o *status quo* for diferente? Por exemplo, os Estados Unidos parecem ter uma cultura e governos mais *laissez faire* do que muitos países europeus. 3) os meios culturais não legalistas de influência sobre o governo presentes na Europa também estão presentes nos Estados Unidos — por exemplo, relações de confiança em relação à burocracia e efetiva pressão informal dos meios de comunicação de massa? 4) quão efetivo é o sistema europeu em mudar verdadeiramente comportamentos, diferentemente de transmitir uma impressão ideológica de efetividade?

¹⁷⁹ BALL, M. Don't Die Don Quixote: A Response and Alternative to Tushnet, Bobbitt, and the Revised Texas Version of Constitutional Law, *Texas Law Review*, v. 59, p. 787-813, 1981; BOBBITT, P. A Reply to Professor Ball, *Texas Law Review*, v. 59, p. 829-834, 1981; BREST, P. Interpretation and Interest, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 765-773, 1982; COVER, R. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1287-1316, 1982; FISS, O. Objectivity and Interpretation, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 739-764, 1982; TUSHNET, M. Deviant Science in Constitutional Law, *Texas Law Review*, v. 59, p. 815-827, 1981; WELLINGTON, H. The Nature of Judicial Review, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 486-520, 1982. Eu interpretaria essa atividade quase frenética como o naufrágio da autonomia do direito, com os doutrinadores como marujos arremessando coletes salva-vidas conceituais para passageiros desorientados se debatendo no mar do direito moderno. Se essa metáfora for válida, suponho que meu colega, Mark Tushnet, deva ser retratado girando em uma lancha que produz ondas. Vide nota 182 *infra*.

¹⁸⁰ REES, G. Cathedral Without Walls: A View from the Outside, *Texas Law Review*, v. 61, p. 347-423, 1982. Essa parte do movimento *law and economics* que procura justificar o *common law* a partir da eficiência pode ser vista também como parte da indústria da judicialização. Para uma análise do papel crescente da atividade judicial para além do direito constitucional: Comments on Judicial Creativity, *Iowa Law Review*, v. 69, p. 1-46, 1983.

litígio institucional, encaixam-se perfeitamente no modelo de implementação deste artigo¹⁸¹. A dificuldade que juízes e advogados experimentam, assim como a forte tendência da doutrina a se tornar politizada, podem ser percebidas a partir da posição dos tribunais nesse tipo de litígio.

Uma demanda foi proposta contra o Estado de Wisconsin que, se bem-sucedida, exigiria mais de um bilhão de dólares em novas receitas para educação¹⁸². Na teoria constitucional, um tribunal apenas deveria avaliar se a Constituição de Wisconsin prevê a medida pleiteada. Questões orçamentárias deveriam entrar na equação como, no máximo, mero limite à exequibilidade da decisão, afinal um tribunal não pode fabricar dinheiro¹⁸³. Colocam-se as questões de saber se os tribunais podem permanecer alheios à situação orçamentária e o que aconteceria com o conceito de direito se juízes comesçassem a considerar consequências orçamentárias.

Aspectos orçamentários mais amplos vão muito além do tema educação. O estado de Wisconsin atualmente está cortando programas sociais em larga escala, realizando trocas dolorosas e extremamente cuidadosas entre os vários programas sociais. Faz sentido, nesse caso, que um tribunal ordene um bilhão de dólares em novas receitas para o ensino fundamental e médio, tendo por base não uma avaliação legislativa das prioridades, mas um direito autônomo expresso ambigualmente em uma constituição escrita há cem anos? Talvez algumas cortes pensassem assim, mas as pressões em outra direção são imensas. Uma vez que um tribunal se envolve seriamente na questão sobre o quanto novas receitas devam realisticamente ser direcionadas ao ensino fundamental e médio, boa parte do sentido da lei como fonte autônoma de direitos terá sido perdida. É possível, e de fato apropriado, que os tribunais adotem o novo papel político do direito; o processo, no entanto, pode ser pouco familiar e desconfortável.

4.1.3 Declínio da autonomia do direito como fonte de segurança

O direito moderno também contém um sentido diminuído como fonte de segurança e comprometimento (ou garantia). Em última análise, a ideia de que um direito é assegurado porque a lei assim diz é obviamente dependente de uma certa dose de força autônoma. No entanto, uma das características centrais da implementação, conforme descrito neste artigo, é o sentido de rediscussão do direito.

Um bom exemplo da relação entre autonomia e garantia pode ser visto no direito de propriedade, tanto em seus aspectos constitucionais quanto não constitucionais. Nos primórdios do direito constitucional, era importante que a propriedade tivesse um *status* constitucionalmente definido, protegido contra interferências estatais. Mudanças históricas graduais quase inverteram os pressupostos dos fundadores dos Estados Unidos sobre a relação entre propriedade e Estado¹⁸⁴. A propriedade em sentido moderno – itens como garantia parcial de renda e benefícios sociais – tende a ser uma experiência fluida, sem proteções e dramaticamente dependente *do* Estado, em vez de representar uma liberdade *contra* o Estado.

Mesmo o protótipo de propriedade, a propriedade imobiliária desembaraçada de uma casa¹⁸⁵, não está imune às incursões do direito moderno. Em nossa sociedade, a situação financeira de uma pessoa com rela-

¹⁸¹ Sobre financiamento da educação e litígios institucionais, vide notas 16 e 30 *supra*.

¹⁸² Caso *Kukor versus Thompson*, No. 79 C.V. 5252 (Dane County Cir. Ct., Madison, Wis., filed Oct. 15, 1980). Para outro exemplo de litígio sobre financiamento da educação, vide caso *Buse versus Smith*, 74 Wis. 2d 550, 247 N.W.2d 141 (1976).

¹⁸³ Sobre os aspectos práticos dos remédios judiciais, tais como incorporados pelas doutrinas da justiciabilidade: CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELLE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979. p. 67-106, em especial p. 104-106. Dimensões orçamentárias de medidas judiciais se destacaram no caso das despesas relacionadas à matrícula de estrangeiros em situação irregular na rede de ensino do Texas, um dos casos sobre educação mais importantes decididos em muitos anos. Vide caso *Phylar versus Doe*, 457 U.S. 202, 228-29 (1982); *idem*, p 249-50 (Burger, C.J., *dissenting*).

¹⁸⁴ NEDELSKY, J. Confining Democratic Politics: Anti-Federalists, Federalists, and the Constitution, *Harvard Law Review*, v. 96, p. 340-360, 1982, em especial p. 354-358; NEDELSKY, J. *The Future of Property in Light of Its Past*. Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, 27 de abril de 1982.

¹⁸⁵ [N.T.] No original, “*fee simple absolute in a home*”.

ção à casa própria é dramaticamente afetada pela sua idade. Uma pessoa com cerca de 50 anos de idade pode estar pagando US\$ 150 ou menos por mês por imóvel com valor de mercado na ordem de US\$ 150.000 ou mais. Uma pessoa de 40 anos tende a pagar US\$ 600 por mês pela mesma casa e deve ser grata por isso, pois um jovem de 25 anos deve pagar mais de US\$ 1.200. O que explica essa diferença de quase dez vezes? Nada além de direitos adquiridos, hipotecas ou outros contratos imobiliários, afetados por prolongados e inesperados processos inflacionários.

Na mídia, começaram a surgir matérias questionando a justiça dessa situação. Suas críticas tendem a ser fundamentadas na ideia de racionalidade do Estado de bem-estar social moderno. Do ponto de vista de uma política nacional de habitação, que sentido faz que jovens com piores rendimentos paguem, por imóveis equivalentes, dez vezes mais do que aqueles mais velhos e com melhor renda? Dessa perspectiva, a resposta de que os direitos de propriedade foram historicamente garantidos parece quase exótica. A garantia decorre da autonomia do direito e não de uma racionalidade substantiva.

Como no exemplo do financiamento escolar, a pressão é exercida sobre o Estado a partir de fontes orçamentárias externas. Por isso, privilégios relacionados à idade do comprador do imóvel não podem ser isolados como uma amostra idiossincrática de privilégios arraigados. O Estado será demandado a fazer algo pela situação dos jovens que tentam adquirir casas próprias. Se forem disponibilizados subsídios governamentais em favor de proprietários de imóveis, da indústria da construção civil ou de agentes de financiamento imobiliário, pode haver uma redistribuição indireta de renda dos mais ricos para os menos favorecidos. A redistribuição direta ocorreria por meio da revogação de direitos adquiridos. Por que não “renegociar” essas hipotecas favoráveis? Quando todos os outros estão suportando uma parcela justa da política nacional de habitação, por que esse grupo específico deveria obter um lucro fabuloso? Deveríamos permitir o colapso de instituições financeiras vitais para o bem-estar da comunidade? Certamente, o processo pelo qual o direito de propriedade, antigamente com um *status* sagrado, pode ser visto como dotado de irracionalidades ocorre precisamente pela transformação histórica do direito autônomo em direito moderno, substancialmente racional. O ponto central para essa transformação é a agregação, por um longo período, de diversos programas sociais implementados que podem ser chamados de “política nacional de habitação”. Em outras palavras, a nova forma do direito exerce uma pressão gradual no sentido de absorver a antiga e, consequentemente, tem sua forma própria e moderna de autonomia¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Um pequeno exemplo de pressões da mídia sobre hipotecas antigas está em: MARTIN, C. It Pays to be New in S&L Business. *Wisconsin State Journal*, p. 1, §4, 19 de junho de 1982. O declínio do direito autônomo pode ser facilmente superestimado. Uma gama de qualificações é necessária para perceber essa tendência em uma perspectiva apropriada. Primeiro, essa tendência é ainda nova e incompleta. Segundo, novas formas de cultura jurídica não substituem por completo as antigas. NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*. 1978. p. 116. Uma razão para isso é que algum grau de autonomia do direito é provavelmente necessário para o Estado. FULLER, L. *The morality of Law*. ed. rev. 1969. p. 33-94. Terceiro, há um enorme papel para o direito e para os juristas nos Estados modernos, papéis que podem facilmente ser confundidos com o papel histórico do direito autônomo. Vide a discussão sobre os profetas do direito, formalistas, legalistas e gerentes racionais na parte IV(C)(1). Nesse sentido, o direito, os juristas e a formação jurídica já se ajustaram ao direito moderno e a maioria das pessoas sequer notará a diferença. Apesar da crise referida na parte IV(A)(2), da perspectiva de um professor de direito, muito do conteúdo, da docência e da atividade discente em direito constitucional caminha para o desenvolvimento de novas habilidades para o sistema jurídico-político. Conceitos como nível de controle, análise meios-fins e análise intenção-resultado são muito úteis como paradigmas de análise de políticas (instrumentos cognitivos para avaliações rápidas e eficientes de problemas políticos). Em uma perspectiva de resposta a problemas particulares, a abertura e a indeterminação dessas ideias – muito percebidas na literatura jurídica – são a força, não a fraqueza da análise política. Elas são aspectos do direito puramente procedimental como se vê abaixo. Vide nota 189 *infra*. Além disso, a ascensão da análise política, como parte do direito político, não diminui o papel dos tribunais em temas constitucionais. Cortes de justiça simplesmente se tornam parte de um processo reflexivo do direito moderno. Vide nota 170 *supra*. Como exemplo de litigância institucional, vide notas 16 e 30 *supra*; vide também nota 110 *supra* (caso *Adams v. Richardson*). A nova doutrina constitucional sagaz, politicamente orientada, esclarecida e burocraticamente sensibilizada é endêmica. O marco dessa nova abordagem é a construção de equações conceituais simultâneas para sopesar valores substantivos e custos administrativos. Obviamente, o desgaste causado pelo declínio da autonomia do direito e o grau de autonomia que permanece, como apontado na parte IV(A)(4), também precisam ser acomodados. Uma pequena lista de leituras de alta qualidade ilustrativas desses temas é: HELLERSTEIN, W. Constitutional Limitations on State Tax Exportation, *American Bar Foundation Research Journal*, p. 3-77, 1982; KOMESAR, N. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative, *Michigan Law Review*, v. 79, p. 1350-1392, 1981; MASHAW, J. Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice, *Duke Law Journal*, v. 1981, p. 181-212, 1981; MICHELMAN, F. Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality

4.1.4 Uma nota sobre a sobrevivência e as novas fontes de autonomia e o problema do reducionismo

Se o direito não fosse mais do que o mais recente acordo político, ele não teria autonomia e não poderia ser diferenciado da política¹⁸⁷. Esse problema às vezes é chamado de “reducionismo”. Embora a maioria das características do direito aqui discutidas tenda a militar contra a sua autonomia, este artigo não deve ser entendido como uma tomada de posição reducionista extrema. Embora cada página do Diário Oficial¹⁸⁸ possa ser basicamente o registro de uma negociação entre grupos de interesse, essa leitura demanda urgentemente alguns esclarecimentos. A política é a norma, mas a autonomia do direito modifica a política.

Como este artigo não trata da autonomia do direito no Estado moderno, o assunto não será tratado com grande sofisticação ou detalhamento¹⁸⁹. Para ajudar a dissipar a falácia reducionista, basta uma lista concisa das razões pelas quais o direito exige autonomia em relação à política. Primeiro, o próprio processo de negociação política – isto é, o envolvimento de grupos de interesse com os meandros do legislativo, dos tribunais e das agências administrativas – molda o conteúdo e a estrutura dos acordos políticos. Segundo, a ampla discricionariedade é criada pela indeterminação do sistema jurídico, incluindo desde a necessidade de decidir casos singulares até a discricionariedade sem supervisão de agentes administrativos de campo. Terceiro, existem algumas normas jurídicas dotadas de autonomia, tais como consistência e igualdade. Quarto, grandes compromissos políticos, como o *National Labor Relations Act*¹⁹⁰, têm imensa estabilidade inercial. Melhores compromissos podem ser possíveis, mas um novo compromisso básico seria proibitivamente caro para ser negociado. Quinto, uma liberdade normativa radical associada a um sistema politizado leva a uma sensação, por parte dos atores jurídicos, de que eles são normativamente livres para desenvolver soluções mais justas, criativas e estáveis do que aquelas sugeridas por grupos de interesses políticos. Sexto, existe uma elite, em associação com atores puramente altruístas, para quem alguma forma de solução estável e de longo prazo tem precedência sobre interesses políticos mais estreitos¹⁹¹. Por último, desenvolve-se um senso de

Review?, *Creighton Law Review*, v. 13, p. 487-511, 1979; TRIBE, L. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, *Yale Law Journal*, v. 89, p. 1063-1080, 1980; WESTEN, P. The Empty Idea of Equality, *Harvard Law Review*, v. 95, p. 537-596, 1982. *Follow-ups* em relação ao artigo de Westen sobre igualdade incluem: BURTON, S. Comment on “Empty Ideas”: Logical Positivist Analysis of Equality and Rues, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1136-1152, 1982; CHEMERINSKY, E. In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen, *Michigan Law Review*, v. 81, p. 575-599, 1983; WESTEN, P. The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals, *Michigan Law Review*, v. 81, p. 604-663, 1983; e WESTEN, P. On “Confusing Ideas”: Reply, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1153-1165, 1982. Se eu estou correto que essa doutrina é parte da reconstrução do direito para se conformar às novas condições sociais, esses estudiosos são a versão moderna daquilo que Weber chama de “*honorários* do direito” ou notáveis. WEBER, M. *Economy and Society*, v. 2. G. Roth & C. Wittich eds., 1978, p. 784-802 (profissionais do direito treinados academicamente e empregados envolvidos na racionalização jurídica) [N.T.: a tradução desta referência a Weber preservou a ordem do texto original]. Ainda, já que muitos estudiosos consideram que sua missão é a preservação da autonomia do direito (na forma de direitos fundamentais em um Estado liberal) e se eles estão efetivamente preparando o caminho para um direito político e reflexivo, suas atividades vão ao encontro do paradoxo weberiano de intenção e resultado. De forma similar, monges, procurando uma comunicação divina mais mística e menos secularizada, por suas abordagens metódicas do asceticismo, rotinação do trabalho e preces, agricultura científica e manutenção de registros ordenados, contribuíram para a desmistificação e sistematização da religião e sociedade e para o desencantamento final do secularismo moderno. O resultado de uma doutrina politizada, em disputa com a indústria da atividade judicial como apontado na parte IV(A)(2), pode implicar uma deferência absoluta ao Poder Legislativo, isto é, uma destruição do constitucionalismo. Vide o ataque à ponderação de interesses em: BERNIS, W. Judicial Review and the Rights and Laws of Nature, *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 49-83, 1982, em especial p. 49-57, 61-66 e 82-83 (o legislativo é a única fonte constitucionalmente legítima de julgamentos valorativos); EASTERBROOK, F. *Substance and Due Process*, 1982 *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 85-125, 1982, em especial p. 89-94 e 125 (“*unrestrained interest balancing*”); HUTCHINSON, D. More Substantive Equal Protection? A Note on Plyler v. Doe, *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 167-194, 1982, em especial p. 191-94 (a ponderação de interesses em conflito é imprevisível). Em sentido contrário: SUNSTEIN, C. Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause, *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 127-166, 1982, em especial p. 127-131 (“*general principles*” versus “*endless tinkering*”).

¹⁸⁷ LUHMANN, N. *The differentiation of society*. 1982. p. 122-137.

¹⁸⁸ [N.T.] No original, *Federal Register*.

¹⁸⁹ UNGER, R. *Law in modern society*. 1976, p. 52-53 (definindo autonomia); BALBUS, I. Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law, *Law & Society Review*, v. 11, p. 571-588, 1977, em especial p. 585-587.

¹⁹⁰ Ch. 372, 49 Stat. 449 (1935) (versão atual em 29 U.S.C. §§151-187 (1976)).

¹⁹¹ BLOCK, F. The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State. *Socialist Revolution*, p. 6-28, maio/jun. 1977, em especial p. 26-27; vide nota 234 *infra*.

legitimidade do próprio processo político, a ideia de que a democracia é a única maneira justa de conciliar valores fundamentalmente irreconciliáveis.

O exemplo mais conhecido do problema do reducionismo é a questão da legitimidade procedimental, judicial ou legislativa, há pouco mencionada. O que os juízes estão fazendo, se não “achar” o direito de maneira imparcial por meio do exercício de análise judicial? A resposta óbvia é que eles estão respondendo a sérias demandas de grupos de interesses legítimos, com base em valores que *estão* estabelecidos na Constituição. O direito pode ser considerado legítimo na medida em que é aberto a reivindicações moralmente legítimas fundadas na Constituição ou em outras leis¹⁹². A esse respeito, a responsividade política da implementação é uma fonte de legitimidade, não uma falha. A essência da implementação é que dois ou mais grupos moralmente legítimos competem por reconhecimento por meio do direito. A legitimidade moral é definida aqui em termos de valores sociais prevalentes: muitos membros da sociedade acreditam que o *status quo* deve ser mudado, enquanto outros acreditam que deve haver resistência a mudanças.

A moderna visão de legitimidade substantiva é uma combinação de substância e processo¹⁹³. Em situações de conflito social, antes das trocas políticas, nenhum resultado claro e substantivo pode ser identificado como justo. Mesmo os defensores de posições concorrentes geralmente admitem que algum ajuste ao ponto de vista do oponente pode ser justificado, e uma pluralidade de ajustes pode ser aceitável. Nesse sentido, o processo de discussão e compromisso é, ele próprio, fonte de legitimidade. Por outro lado, nem todo processo político é considerado legítimo. O processo deve enfrentar os problemas de maneira justa e será julgado de acordo com a seriedade com que as reivindicações forem consideradas e com o conteúdo do resultado final. Tanto um processo superficial quanto um resultado tendencioso podem polarizar os participantes e desagradar os observadores. Em certo sentido, a visão moderna da legitimidade analisa como o sistema lida com um problema. Se o sistema se comporta de maneira responsável, como no caso do movimento pelos direitos civis e em *Watergate*, obtém-se um senso geral de legitimidade. Essa legitimidade exsurge apesar de algumas falhas no procedimento e no resultado, falhas existentes mesmo no mais idôneo dos processos. As pessoas não esperam perfeição da luta.

4.2 Conflito entre racionalidade substantiva e participação política: tendências positivas e contradições no direito moderno

A segunda característica principal do direito moderno que pode ser inferida do modelo apresentado é um conflito implícito entre racionalidade substantiva e participação política, levando a tendências positivas e a contradições. As características dominantes do direito moderno são o finalismo substantivo e a fragmentação política. O finalismo substantivo aproxima-se da racionalidade substantiva de Max Weber¹⁹⁴, porque o direito é concebido como meio para alcançar objetivos sociais positivos. A busca consciente de objetivos

¹⁹² Esse tipo de noção é aplicada em: CLUNE, W. The Supreme Court's Treatment of Wealth Discriminations Under the Fourteenth Amendment, *The Supreme Court Review*, v. 1975, p. 289-354, 1975. O direito que não está aberto a reivindicações morais é tido por formalista e não legalista. Idem, p. 281, n. 4. SHKLAR, J. *Legalism*. 1964. p. 1, 10 e 36-38.

¹⁹³ DEWEY, J. *Philosophy and civilization*. 1931. p. 13-35, 126-140, 271-298; YUDOF, M. Plato's Ideal and the Perversity of Politics (resenha de livro). *Michigan Law Review*, v. 81, p. 730-745, 1983, em especial p. 742-745 (comparando o método interativo de decisão de Lindblom e Cohen com o método analítico). Também: TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 269. Teubner afirma: “na visão de Habermas, apenas uma racionalidade ‘discursiva’ decorrente de um processo evolucionário autônomo na esfera normativa poderia finalmente resolver os problemas de legitimidade do Estado Moderno [...] Essa visão é baseada na teoria da legitimidade política, segundo a qual o desenvolvimento irreversível da esfera normativa significa que princípios modernos de legitimação devem ser procedimentais: “[citando Habermas] ‘Uma vez que justificações definitivas não são mais plausíveis, as condições formais de justificação obtêm elas próprias força legitimadora. Os próprios procedimentos e pressupostos de acordos racionais tornam-se princípios’”. Idem (citações omitidas) (destaque no original). Para uma análise de uma área do direito moderno estruturada para funcionar da maneira descrita, bem como dos problemas relacionados com a tentativa de ser puramente procedimental: CLUNE, W.; HYDE, P. Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, *Marquette Law Review*, v. 64, p. 455-505, 1981.

¹⁹⁴ WEBER, M. *Economy and Society*, v. 1. G. Roth & C. Wittich eds., 1978, p. 85-86; Idem, *ibidem*, v. 2, p. 809-816.

por meio do direito foi definida ao longo deste artigo como a essência da implementação¹⁹⁵. A racionalidade substantiva de Weber, no entanto, assumiu uma única fonte de propósitos. Em um sentido coerente, o Estado foi substancialmente racional em todas as suas empreitadas. A segunda característica do direito moderno, a fragmentação política, anula qualquer senso de propósito substantivo coordenado. Em vez disso, uma multiplicidade de propósitos diferentes e frequentemente conflitivos interagem politicamente da maneira apontada neste artigo. A participação política é uma questão fundamental devido à multiplicidade de grupos, os quais devem se comunicar e negociar entre si para serem efetivos. A ampliação de objetivos de cunho substantivo é referida pelos teóricos sociais europeus como a “rematerialização” do direito. A fragmentação política é vista como uma tendência conflitiva por causa de sua ênfase procedimental¹⁹⁶.

A chegada da implementação como uma forma regular de ação criou um conjunto característico de experiências positivas e negativas. Esses bens e males do direito moderno emergem diretamente do conflito entre finalismo substantivo e fragmentação política. Eles são experienciados diretamente; não são construções especulativas da teoria social. Nada é mais comum na experiência subjetiva da implementação, como participante ou como pesquisador, do que a esquizofrênica percepção de grande potencial prático combinada com resultados irracionalmente baixos. Problemas como legalismo excessivo e falta de razoabilidade regulatória, por exemplo, são desconcertantes precisamente porque parecem teoricamente desnecessários, embora praticamente onipresentes. Esses pontos de conflito frequentemente encontrados são uma indicação dos limites que a cultura impõe às políticas.

Na Tabela 3, apresenta-se resumo desses problemas no nível de “varejo” da implementação, representando as interações entre o governo e as organizações reguladas:

Tabela 3 - Tendências positivas e contradições no direito moderno

(Nível “Varejo”: ação interorganizacional)		
QUALIDADE DO DIREITO MODERNO	DIREÇÃO DA TENDÊNCIA	
	<i>Tendência positiva</i>	<i>Contradição</i>
<i>Aspecto substancial: racionalidade substantiva fragmentada</i>	Pragmática, fragmentada, solucionadora de problemas – realismo.	Substância conflitiva – comprometimento, diluição e desvios.
<i>Aspecto formal: direito como política</i>	Direito “responsivo”, desenho institucional.	Conflito político, desconfiança, legalismo, duplicidade, sociopatia, manipulação, perda de autonomia ocupacional e de autoestima.

¹⁹⁵ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1094-1104.

¹⁹⁶ “Neste momento, a sociedade parece estar reavaliando seus compromissos com a intencionalidade do direito e com as estruturas burocráticas e legais a ela associadas. Os modelos clássicos de direito e Estado que herdamos do século XIX ressaltam aquilo que Max Weber chamou de ‘racionalidade formal’ [...] Um sistema jurídico racional cria e aplica um corpo de leis universais, e a legalidade racional formal depende de um corpo de profissionais do direito que empregam argumentação jurídica peculiar com o objetivo de resolver determinados conflitos. Com a ascensão do Estado de bem-estar social e do Estado regulador, grande ênfase foi conferida ao direito substancialmente racional, i.é., no direito utilizado como um instrumento de intervenções teleológicas, orientadas a objetivos [...] Uma vez que o direito substancialmente racional é elaborado para atingir objetivos específicos em situações concretas, ele tende a ser mais geral e indeterminado, mas, ao mesmo tempo, mais particularista do que o direito clássico formal. Doutrinadores europeus denominam essa tendência que se distancia do formalismo de ‘rematerialização do direito’” (TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 240, citações omitidas).

Como a Tabela 3 indica, cada atributo essencial do direito moderno característico da implementação está associado a uma tendência positiva e a uma contradição – um tipo específico de característica negativa que impede a tendência positiva de se realizar plenamente. A primeira característica é a racionalidade substantiva fragmentada. A racionalidade substantiva é responsável pela tendência positiva. Racionalidade substantiva significa que a lei é utilizada para fins sociais positivos – propósitos de bem-estar social. Essa abordagem produz um tipo de realismo saudável no direito e resulta, sob circunstâncias apropriadas, na resolução pragmática e pontual de problemas. Mas a racionalidade substantiva também é fragmentada. A implementação consiste em grupos com objetivos sociais positivos opostos em uma situação de conflito social. A contradição decorre dessa tendência de oposição. O pragmatismo é geralmente frustrado pelos resultados da luta política – conflitos substantivos, compromissos, enfraquecimento e desvio de metas.

A segunda característica do direito moderno é o direito como política. A política é a recursividade, a negociabilidade e a renegociabilidade da lei, bem como as estruturas e rotinas institucionais que, na configuração da implementação, surgem para acomodar negociações. Em circunstâncias positivas, o caráter político do direito culmina em um direito “reflexivo” ou “responsivo”¹⁹⁷. Um exemplo de lei responsiva é a negociação de boa-fé: em uma estrutura institucional madura, partes com visões e interesses opostos negociam de maneira pacífica e produtiva. A contradição deriva da alienação da política – a tendência de ver o lado oposto como um objeto a ser manipulado em proveito próprio. O aspecto contraditório do direito como política é experimentado profunda e intensamente pelos participantes na implementação. Aqueles que participam da implementação formulam grande quantidade de reclamações sobre a relação de desconfiança subjacente a comportamentos como legalismo excessivo, ardis, manipulação (às vezes beirando a sociopatia) e a perda de autonomia ocupacional e autoestima resultantes de desconfiança, manipulação e do excesso de regulação¹⁹⁸.

Em suma, o direito moderno produz resultados bons e ruins (o aspecto substantivo), bem como bons e maus relacionamentos (o aspecto formal). Os teóricos sociais que preveem uma evolução em direção a tendências puramente positivas do direito moderno parecem irrealistas¹⁹⁹. A questão mais realista é se essa condição de tendência positiva e contradição podem persistir, em uma espécie de combinação levemente infeliz e improvável entre objetivos substantivos e programas desconectados, ou se atingirá uma condição insuportável de entropia e confusão²⁰⁰. Essa questão, no entanto, não existe no nível de varejo da implementação (o nível no qual o processo de implementação geralmente parece viável), mas existe no nível de atacado ou social. Para uma rápida visualização das tendências positivas do direito moderno nesse nível, a Tabela 4 será útil.

¹⁹⁷ NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*. 1978, p. 73-113; TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 243.

¹⁹⁸ Para uma boa discussão sobre problemas do legalismo na regulação: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982; BARTON, J. Behind the Legal Explosion, *Stanford Law Review*, v. 27, p. 567-584, 1975; GLAZER, N. Towards an Imperial Judiciary?, *Public Interest*, v. 41, p. 104-123, 1975; MANNING, B. Hyperlexis: Our National Disease, *Northwestern University Law Review*, v. 71, p. 767-782, 1977. Vide nota 188 *supra* (tribunais respondem a demandas moralmente persuasivas fundadas na constituição).

¹⁹⁹ Vide nota 193 *supra*.

²⁰⁰ LOWI, T. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 2 ed., p. 1979, p. 50-63, 271-294.

Tabela 4 - Tendências positivas e contradições no direito moderno

(Nível “Atacado”)		
FUNÇÃO DO SISTEMA	DIREÇÃO DA TENDÊNCIA	
	<i>Tendência positiva</i>	<i>Contradição</i>
<i>Integração do sistema</i>	Estado de bem-estar social exitoso	Problemas de coordenação: orçamento, programas conflitantes.
<i>Justificação do sistema</i>	Imagem do provedor	Imagem fraca, de contemporização; ou imagem simplória, fanática.

O nível de “atacado” ou nível societal do Estado moderno é o nível acima de todas as implementações particulares. As implementações são interações relativamente limitadas a grupos com objetivos relativamente específicos, e existem milhares dessas interações. Alguém ou algo deve se preocupar sobre como todas essas interações se relacionam (por exemplo, se há recursos suficientes para ir adiante). Assim, uma característica essencial do direito moderno no nível societal é a coordenação sistêmica²⁰¹. Quando a coordenação está funcionando bem, o bem-estar social floresce: muitos *trade-offs* penosos, mas um compromisso viável ao final. Quando a coordenação falha, isso tende a ocorrer em uma crise orçamentária ou programática. Uma crise orçamentária ocorre quando os compromissos elaborados por milhares de implementações isoladas são simplesmente muito caros e torna-se muito difícil para o sistema identificar *trade-offs* aceitáveis. Uma crise programática ocorre quando os objetivos de um conjunto de implementações são inconsistentes com os objetivos de outro (por exemplo, energia e pleno emprego *versus* uma economia estabilizada e um ambiente limpo).

A outra característica essencial do direito moderno no nível societal é a justificação do sistema. Em certo sentido, dificuldades com a coordenação do sistema só se tornam problemas genuínos quando evoluem para dificuldades com a justificação do sistema, haja vista que muitos compromissos são teoricamente possíveis para qualquer dificuldade na coordenação; o problema é vender politicamente os compromissos. Quando a justificação do sistema está funcionando bem, o Estado de bem-estar social moderno obtém uma imagem de “provedor” (que os americanos tendem a personificar em Franklin Delano Roosevelt). Quando a justificação do sistema se quebra, duas imagens negativas diferentes são possíveis: o contemporizador²⁰² e o fanático. O contemporizador é uma pessoa excessivamente conveniente que, aparentemente sem princípios ou objetivos, vai de um setor implementado a outro tentando impedir o seu colapso por meio de barganhas temporárias, apenas para enfrentar problemas cada vez piores conforme aumenta a complexidade do sistema de barganhas. A imagem oposta é a do fanático, ou simplório, que trata todas as implementações específicas de forma grosseira em relação a seus objetivos internos, impondo alguma solução de segunda ordem internamente consistente para o sistema de implementações. Por exemplo, reduzir os gastos com educação em trinta por cento não faz sentido em relação aos objetivos educacionais e, por essa perspectiva, pode ser ridicularizado.

Os presidentes americanos modernos tendem a ficar presos a uma dessas duas imagens. O presidente Carter foi rotulado de “fraco” contemporizador; o presidente Reagan é chamado de “ideólogo” insensível. Este artigo não tece comentários sobre as personalidades reais desses homens e, de fato, a relação entre

²⁰¹ Habermas propõe três dimensões de racionalidade jurídica: racionalidade interna (o que Weber chamava de racionalidade formal); racionalidade do sistema (capacidade da ordem jurídica de responder aos problemas de controle da sociedade em larga escala); e racionalidade normativa (princípios fundamentais que ditam como as normas jurídicas devem governar a ação humana). TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 252. O problema a que me refiro como integração e justificação do sistema na Tabela 4 parece corresponder às duas últimas dimensões.

²⁰² [N.T.] No original, *temporizer*.

personalidade e estereótipo social é capciosa – o sistema social pode selecionar pessoas que se encaixam em estereótipos, forçá-las a adotar papéis sociais ou impor-lhes rótulos sem qualquer relação com sua personalidade ou comportamento. O ponto principal é que nenhum dos papéis é muito atraente e os meios de comunicação parecem obrigados a capitalizar sobre o potencial de críticas²⁰³.

As dificuldades no nível social descritas acima são versões aproximadas de pelo menos parte do que Habermas quer dizer com “crise de legitimação”²⁰⁴. Novamente, a questão crucial é se podemos continuar errando indefinidamente nessas condições difíceis (de modo que a justificação do sistema do Estado moderno seja apenas uma das imperfeições da condição humana) ou se algum tipo de crise está se formando. Temos de fato uma crise ou apenas um problema crônico?

Uma crise não pode ser inferida, apenas, de dificuldades de coordenação e justificação sistêmicas historicamente experimentadas. Um sistema ligeiramente caótico tem muitos custos, mas também muitos benefícios porque, por meio dele, muitas pessoas e interesses são efetivamente representados. Para haver uma crise, seria necessária alguma pressão sobre o sistema ao longo do tempo, de forma a tornar a coordenação e a justificação cada vez mais difíceis. James O’Connor parece pensar que o capitalismo trabalha com esse tipo de confusão²⁰⁵. Segundo O’Connor, a dinâmica de crescimento do capitalismo demanda a expansão do papel do Estado, embora gradualmente esvazie os recursos estatais. Conflitos políticos irracionais resultam de demandas crescentes sobre recursos cada vez menores.

O’Connor analisa o fluxo das economias capitalistas da seguinte maneira: ao contrário das visões convencionais, tanto de liberais quanto de conservadores, no capitalismo tardio o capital requer grandes investimentos públicos para se tornar mais lucrativo. Maiores investimentos em educação, por exemplo, são necessários tanto para aumentar a produtividade do trabalho quanto para estimular a inovação tecnológica, um alicerce da produtividade do capital. O aumento da produtividade do capital, alcançado por gastos maiores, desaloja trabalhadores, levando ao desemprego e ao subemprego. O desemprego requer gastos adicionais do Estado sob a forma de transferência de renda. Tanto a transferência de renda quanto o investimento na acumulação privada de capital reduzem a base fiscal. A redução da base fiscal dificulta o custeio de investimentos necessários para melhoria da produtividade.

O ponto mais relevante para os fins deste artigo é a geração de conflito político. A contração da base fiscal leva à dívida pública, à inflação (dívida monetizada) e a sérias tensões no processo político, à medida que os vários demandantes de recursos públicos entram em choque e tentam desacreditar uns aos outros. A controvérsia política torna-se mais estridente do que a escassez de recursos e a correspondente indisponibilidade de soluções políticas. Nessa visão sombria, liberais e libertários confrontam-se em uma espiral

²⁰³ Sobre a mídia e os presidentes: GROSSMAN, M.; KUMAR, M. *Portraying the President: the White House and the News Media*, 1981; RUBIN, R. *Press, Party, and Presidency*. 1981. Sobre as falhas em ajustar o orçamento: NORDHAUS, W. All Tied Up by the Business Cycles. *The New York Times Magazine*, p. F-3, coluna 1, 13 de junho de 1982 (argumentando que, apesar de a política fiscal ser o instrumento preferido de estabilização econômica, dificuldades políticas podem torná-la inútil, forçando a confiança em políticas monetárias menos desejáveis). Por óbvio, a independência do Banco Central dos EUA está novamente sob ataque. Políticos não podem decidir se é melhor manter o Banco Central como bode expiatório ou colocá-lo sob controle do Executivo como forma de exercer a coordenação do sistema. Sobre problemas no processo orçamentário: Greider, W. The Education of David Stockman, *Atlantic Monthly*, p. 27, dez. 1981. Qualquer um preocupado com a crise de coordenação do sistema poderia optar por pressionar o botão de pânico. O novo processo orçamentário aparentemente culminou em um grande entrave, produzindo meses de gastos em continuidade (confiando em orçamentos antigos). SCHICK, A. *Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing*, 1980. A necessidade de controle é tamanha que conservadores republicanos podem ter uma insuperável vantagem sobre as atuais ideologias partidárias (controle antes da solidariedade). Talvez eu seja alarmista, mas a pressão dessas circunstâncias em favor de uma forma de governo mais centralizada e menos democrática parece imensa (uma das contradições da filosofia política conservadora, pode-se acrescentar). LOWI, T. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 2. ed. 1979. p. xi-xiii, 274-279; MCWILLIAMS, C. Carey’s Warning, *The Nation*, v. 232, p. 780 e ss, 1981, em especial p. 780-781. Evidentemente, dada a genialidade pragmática da política americana, talvez essa centralização ocorra por meio de adaptações informais das instituições existentes, a exemplo de novas formas de liderança no Congresso e de cooperação.

²⁰⁴ Vide nota 197 *supra*. HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. 1973.

²⁰⁵ O’CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. 1973.

descendente de desvalorização mútua, culpando atores humanos inocentes pela futilidade de políticas que nenhum deles pode compreender. Vistas historicamente, as forças de racionalização e harmonização da competição privada, características do capitalismo primitivo, são gradualmente substituídas por manobras políticas irracionais.

Intuitivamente, a análise de O'Connor faz mais sentido uma vez que incorpora a ideia de retornos decrescentes. Se investimentos sociais, na acumulação de capital, são generosamente compensados, não poderia haver crise fiscal, porque os abundantes retornos ao capital poderiam ser tributados. Vários tipos de retornos decrescentes são possíveis. O'Connor menciona que investimentos capitalistas tardios em itens como educação podem não ser muito produtivos²⁰⁶. Outra ideia é a de que o padrão de vida cada vez mais elevado da população, implícito na sempre crescente demanda de consumidores, em algum momento deve entrar em choque com recursos naturais cada vez mais escassos²⁰⁷.

A análise de O'Connor, embora difícil para alguém não familiarizado com teorias macroeconômicas complexas, é atraente porque tenta explicar alguns fatos importantes, prontamente observáveis e de outra forma inexplicados. Políticas orçamentárias, monetárias e sociais nos Estados Unidos parecem operar sob um conjunto comum de restrições de recursos relacionadas às demandas crescentes em face do Estado e a uma economia de baixo crescimento. A energia política e retórica em uma ampla gama de questões é reduzida a uma luta entre vários grupos por recursos orçamentários limitados. Soluções conservadoras radicais, como desregulação e maciças reduções tributárias, parecem politicamente ingênuas. Consequentemente, é crucial considerar as conexões entre desenvolvimento econômico e contradições políticas. O'Connor pode não ter as respostas certas, mas faz uma pergunta de capital importância.

Um ponto diferente é que tanto uma crise quanto um problema crônico podem levar a um grande ajuste do sistema, em vez de um colapso. As pressões decorrentes das dificuldades do sistema podem estar forçando uma solução de longo prazo. A implementação, como prática reiterada, implica uma certa dose de corporativismo (indivíduos identificados com instituições, grupos e causas)²⁰⁸. Talvez, ao final, esse processo resulte em simplificação. Por exemplo, muitos empregadores modernos nos Estados Unidos podem estar muito mais próximos das famosas empresas paternalistas japonesas do que reconhecemos. Várias formas de garantia de manutenção de renda, seguro de saúde (junto com controles de custos) e seguro de vida, tendem a ser associadas ao emprego. Transportes e mesmo habitação podem não estar muito atrás²⁰⁹. Embora o tema das tendências sociais de longo prazo vá muito além do âmbito deste artigo, é extremamente útil demonstrar como os fenômenos intermediários de implementação, discutidos neste artigo, estão relacionados e como são, de fato, parte constitutiva de tendências sociojurídicas mais amplas.

4.3 Novos papéis para os juristas

A implementação como uma forma prevalente do direito cria novos papéis para os juristas. Todavia, os papéis mais antigos persistiram e, assim, o processo foi mais de acréscimo do que de substituição. Os papéis mais antigos tendem a ser associados ao direito privado – o direito produzido por sistemas de responsabilidade – e envolvem tanto aconselhamento como resolução de disputas *post hoc*, principalmente nos

²⁰⁶ Idem, p. 51-58.

²⁰⁷ FIREBAUGH, G. Scale Economy or Scale Entropy? Country Size and Rate of Economic Growth, *American Sociological Review*, v. 48, p. 257-269, 1983, p. 259-260.

²⁰⁸ UNGER, R. *Law in modern society*. 1976. p. 192-216 e 238-242.

²⁰⁹ Não estou seguro de que O'Connor consideraria essas tendências como parte da solução ou parte do problema. Evidentemente, ele vê diversos esquemas de seguro social, como a Seguridade Social, como parte dos “gastos sociais de consumo” surgidos da insegurança econômica e contribuindo para a crise fiscal. O'CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. 1973. p. 138. Nos arranjos mais localizados mencionados no texto, vejo elementos de soluções coletivamente imaginadas, economias de custos (em vez de aumento do consumo) e redistribuição que vão de encontro com a ética individualista. O seguro-saúde pago pelos empregadores, por exemplo, é muito mais igualitário do que os salários, está ligado a concepções de necessidade e normalmente é associado ao controle de custos sobre os elementos onerosos da indústria de assistência à saúde.

tribunais²¹⁰. Os papéis mais novos estão associados ao direito público e aos sistemas regulatórios e envolvem uma interação jurídica e política contínua do tipo descrito neste artigo²¹¹. Nesta seção, serão discutidos três aspectos da mudança do papel do jurista: novos papéis de direito público, novos papéis de direito privado e o conflito cultural entre os dois papéis (o conflito entre modernismo e tradicionalismo).

4.3.1 Novas funções de direito público

De modo geral, as funções de direito público incluem todas as funções de direito privado e outras. Assim, os advogados de direito público serão ativos na resolução *post hoc* de disputas e na interação contínua em tribunais, agências reguladoras e legislaturas. Com essa ressalva, distingue-se, na Tabela 5, o papel dos juristas, a respeito do direito privado, em relação aos juristas no direito público.

²¹⁰ Sobre a distinção entre sistemas de responsabilidade e implementação, Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1083-1088.

²¹¹ Uma boa maneira de retratar os novos papéis dos juristas é imaginar a implementação como um processo pelo qual o direito periodicamente e imprevisivelmente “legaliza” áreas de administração privada e pública. Esse importante *insight* veio de John Meyer. MEYER, J. *Organizational Factors Affecting Legalization in Education*, out. 1980, p. 2-8 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Vide nota 58 *supra* para trabalhos relacionados de Meyer. Organizações acostumadas à operação autônoma, seja a IBM ou a Divisão Penitenciária, descobrem que parte de suas operações deve responder às diretrizes legais. Direitos criados por tribunais e legislaturas transformam áreas da administração em subsectores legalizados. Observe-se que podemos legitimamente falar em legalizar uma área de direito público que começa inteiramente como uma criação da lei (por exemplo, educação pública). FRIEDMAN, L. Limited Monarch: The Rise and Fall of Student rights. In: KIRP, D. (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo). A mudança produzida pela legalização vai tipicamente da burocracia interna e da discricionariedade profissional em direção a algum grau de controle jurídico externo. Burocracias públicas desenvolvem estruturas organizacionais e rotinas de decisão projetadas para responder à legalização. “Direitos” se tornam um aspecto normal, embora episódico e imprevisível, da formulação de políticas. A fronteira entre “direito” e “não direito” tem características especiais na situação da administração legalizada. Muito da “tradição Macaulay” nos estudos sociojurídicos, por exemplo, preocupa-se com o significado marginal da lei nas transações comerciais. Por exemplo: Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review*, v. 28, p. 55-67, 1963; MACAULAY, S. Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contracts, *Law & Society Review*, v. 11, p. 507-528, 1977. A pesquisa nessa tradição tende a ser cética quanto às deliberações de políticas por decisões de tribunais de apelação, em razão da pouca evidência de que ação privada responda a qualquer coisa próxima da forma pela qual os juízes as imaginam. No direito público, o problema da fronteira direito/não direito é análogo, mas diferente. Primeiro, todas as implementações, independentemente de o setor regulado ser privado ou público, necessariamente envolvem um maior grau de supervisão e controle do que um direito facilitador ou privado. Embora o verdadeiro impacto da legislação ainda seja uma questão primordial no direito público, a poderosa intrusão de muitas intervenções torna improvável que o setor regulado possa ignorar a lei, tanto que Macaulay sugere que as empresas cumpram o direito dos contratos. Se os objetivos do direito público fossem desviados, o desvio provavelmente seria acompanhado de uma série de intensas interações entre organizações reguladoras e reguladas, e não de ignorância indiferente. Assim, em termos de papéis de juristas, o direito público, no mínimo, envolve intensivamente profissionais do direito nos assuntos de “organizações técnicas”, e isso significa que não podem ser dominantes. O domínio dos advogados no direito privado é consequência do fato de que, contrariamente à retórica, os processos judiciais tendem a envolver um equilíbrio *post hoc* de ações, em lugar de controle social direcionado a objetivos. A legalização da administração pública geralmente é feita pelos profetas da lei. Vide notas 209-212 *infra*. O papel de regulação de objetivos específicos exercido por instituições jurídicas de propósito geral é estranho. Por exemplo, no início, litígios em torno da reforma do direito envolveram um encontro entre o jurista idealista focado, mas substancialmente ignorante, e o experiente administrador técnico, que se desapontou ao saber que não estava seguindo a lei o tempo todo. O jurista pode ter achado difícil explicar a legitimidade das novas teorias constitucionais aos servos leais do Estado. A “segunda geração” de reformadores do direito administrativo adquiriu *expertise* técnica e burocrática e está capacitada a trabalhar com administradores públicos de forma mais eficaz e agradável. Assim, a aceitação de novos objetivos de política social pode estar no processo de aceitação pelos administradores, que então incorporam os objetivos como parte da formulação normal de políticas, como discutido nas partes IV(C)(2) e V.

Tabela 5 - Diferenças nos papéis dos juristas entre implementação e não-implementação

<i>Denominações do campo</i>	NÃO IMPLEMENTAÇÃO (DIREITO PRIVADO) (FACILITAÇÃO)	IMPLEMENTAÇÃO (DIREITO PÚBLICO) (REGULAÇÃO)
		<i>Envolve toda a primeira coluna, mais as seguintes:</i>
<i>Instituições envolvidas</i>	Cortes	Poderes legislativos, burocracias
<i>Identidade das pessoas que reivindicam direitos</i>	Advogados	Autoajuda
<i>Identidade dos titulares dos direitos</i>	Corporações, indivíduos ricos	Clientes do Estado corporativo
<i>Natureza da expertise</i>	Metodologia jurídica	Conhecimento organizacional, institucional e técnico
<i>Método de influência</i>	Litígio	Negociação, barganha, jogo político
<i>Identidade de especialistas</i>	Juristas	Analistas de políticas públicas

Para os juristas, os papéis de direito público são muito menos dominantes e claros do que os de direito privado, embora o volume de direito público seja muito maior do que de direito privado e existam muitos empregos para advogados. Juristas são menos hegemônicos porque a principal atividade da implementação – planejamento, monitoramento e resolução de disputas – é amplamente realizada por juristas e não juristas. Qualquer área de direito público, como meio ambiente, política de renda, educação, regulação de valores mobiliários, energia ou segurança do trabalho, serve como exemplo. Pelo menos quatro tipos de “especialistas” desempenham papéis poderosos nessas áreas: burocratas não advogados com conhecimento programático e institucional (por exemplo, gestores de orçamento, guardas florestais), especialistas técnicos cuja experiência se baseia no funcionamento do setor regulado (por exemplo, educadores e psicólogos educacionais), “generalistas técnicos” que têm algo a dizer sobre a efetividade do programa em áreas temáticas (por exemplo, economistas, consultores de gestão, analistas de políticas) e políticos (devido à natureza política altamente ativa de todas as implementações).

Os papéis dos novos juristas nesse consórcio eclético e “interdisciplinar” de elaboração do direito público podem ser efetivamente observados em uma grande burocracia pública como o Departamento de Saúde e Serviços Humanos (anteriormente Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar). Por conveniência, quatro papéis podem ser distinguidos: o profeta da lei, o formalista, o gerente racional e o legalista.

O profeta da lei é um jurista ou grupo de juristas que defende uma nova e importante teoria das obrigações jurídicas. Um dos eventos recorrentes no mundo da implementação é a luta pela reforma do direito, tanto constitucional quanto do restante do direito positivado^{212 213}. Essas ações tentam conformar a prática existente a uma teoria da justiça relativamente abrangente, substantiva ou procedimental. O protótipo da profecia substantiva é obviamente o movimento pelos direitos civis da população negra²¹⁴. Grande parte do estudo de direito constitucional é um esforço para profetizar novos direitos substantivos ou desacreditar algumas profecias. Um bom modelo procedimental é o movimento ambiental, com sua criação tenaz de declarações de impacto e dispositivos correlatos²¹⁵. Em geral, o estudo do direito administrativo está cheio

²¹² [N.T.] No original, “either constitutional or statutory”.

²¹³ Vide os ensaios que descrevem as atividades dos escritórios de advocacia de interesse público em *Public Interest Law: An Economic And Institutional Analysis*. 1978.

²¹⁴ Vide nota 119 *supra*.

²¹⁵ TAYLOR, S. *Environmental analysts in the bureaucracy: the impact statement strategy of administrative reform* (no prelo); CRAMTON, R.; BERG, R. On Leading a Horse to Water: NEPA and the Federal Bureaucracy, *Michigan Law Journal*, v. 71, p. 511-536, 1973; TRUBEK, D. Environmental Defense, I: Introduction to Interest Group Advocacy. In: *Public Interest Law – an Economic and Institu-*

de profecias procedimentais²¹⁶.

O formalista é como o profeta da lei, ao afirmar que as respostas para problemas substanciais estão “dentro” do direito. O formalista, no entanto, invoca um senso técnico de obrigação jurídica, ao invés de uma ampla teoria da justiça. Frequentemente, uma burocracia se vê considerando um novo curso de ação (por exemplo, distribuir benefícios tanto por uma base geográfica como com base no mérito). Mesmo que a legalidade de uma ação proposta não seja clara, o advogado formalista fará todo o possível para “encontrar” a lei. Se a Suprema Corte não julgou o assunto, qualquer tribunal o fará – mesmo que seja apenas um juízo federal, cuja decisão não terá efeito vinculante fora da própria seção judiciária. Se nenhum tribunal tiver decidido a questão, uma interpretação legal, mesmo que de linguagem obscura e ambígua, ainda será superior para definir a questão por motivos substanciais. A convicção formalista de que o direito deve conter a resposta também leva ao comportamento peculiar, mas generalizado, dos próprios advogados das agências de redigirem regulamentos e depois alegarem, sob objeções de natureza material, que a lei proíbe um curso de ação proposto.

A base social do formalismo varia. Às vezes, por políticas de poder relativamente autoconscientes, advogados ideológicos invocam a lei para conseguir o que querem. Novamente, a evolução ocorreu entre juristas e outros especialistas. Os não juristas estão menos propensos agora a aceitar opiniões legais ingênuas do que há dez anos. Em outra época, profissionais do direito não sofisticados poderiam acreditar no treinamento formalista que receberam na faculdade de direito. As decisões judiciais estudadas por alunos de direito geralmente eram fundamentadas como se os juízes estivessem encontrando o direito existente, não importando quão profundamente obscura a questão pudesse realmente ser. Ainda em outros momentos, havia uma necessidade organizacional de legitimação formalista. O risco de censura apresentado em um novo curso substantivo de ação pode ser bastante reduzido, mesmo por meio de uma opinião implausível de que “a lei diz isso”.

Um “gerente racional” é o tipo de advogado contratado nos níveis mais altos da administração para facilitar o funcionamento das coisas. Quando era secretário do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar, Joseph Califano não apenas era um poderoso advogado de Washington, como também o eram praticamente todos os seus assistentes²¹⁷. Podemos não entender muito bem o valor desses advogados, mas, em geral, suas funções em agências parecem quase o oposto dos formalistas. Advogados de elite são valiosos porque são sofisticados na forma de efetivamente moldar o direito a serviço de finalidades substantivas. Além disso, a inteligência, a produtividade e a disciplina mental lógica dos advogados de elite os tornam candidatos para o difícil trabalho de impor algum grau de racionalidade formal a dispersas e indisciplinadas agências e instituições reguladas. Também, como estudantes de direito e advogados têm a impressão de que podem aprender

tional Analysis. 1978, p. 151-194; TRUBEK, D.; GILLEN, W. Environmental Defense, II: Examining the Limits of Interest Group Advocacy in Complex Disputes. *In: idem*, p. 195-217.

²¹⁶ RABIN, R. *Perspectives on the administrative process*. 1979, p. 264-302 (modelos procedimentais); ACKERMAN, B.; HASSLER, W. Beyond the New Deal. Coal and the Clean Air Act, *Yale Law Journal*, v. 89, p. 1466-1571, 1980; ACKERMAN, B.; HASSLER, W. Beyond the New Deal: Reply, *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1412-1434, 1981; HARTER, P. Negotiating regulations: A cure for malaise, *Georgetown Law Journal*, v. 71, p. 1-118, 1982; SMITH, L.; RANDLE, R. Comment on Beyond the New Deal, *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1398-1411, 1981; STEWART, R. Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework, *California Law Review*, v. 69, p. 1256-1377, 1981; STEWART, R.; SUNSTEIN, C. Public Programs and Private Rights, *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1195-1322, 1982.

²¹⁷ A equipe de Califano incluía Ben Heineman, Jr., inicialmente assistente executivo e depois secretário adjunto de políticas de saúde, que mais tarde tornou-se sócio de Califano no escritório de advocacia e agora está no Sidley & Austin em Washington D. C.; Richard Beattie, assistente executivo depois de Heineman e então Conselheiro Geral, que agora está no Simpson, Thacher, & Bartlett na cidade de Nova York; Peter Hamilton, assistente executivo depois de Beattie e anteriormente consultor jurídico adjunto, que mais tarde foi sócio do Califano, Ross & Heineman; Dan Meltzer, assistente especial, que agora está na Faculdade de Direito de Harvard; e Myles Lynk, assistente especial após Meltzer, que mais tarde foi associado do Califano, Ross & Heineman e agora está com Califano no Dewey, Ballantine, Bushby, Palmer & Wood, em Washington. A posição de assistente executivo é interessante do ponto de vista do texto. O assistente executivo normalmente decide quem entra na agenda do secretário, filtra todas as declarações públicas importantes e, além do secretário e do subsecretário, é a única pessoa autorizada pela Casa Branca a falar pelo secretário.

qualquer coisa em um curto período de imersão, os advogados, às vezes, estão dispostos a se arriscarem em um trabalho interdisciplinar, com o qual muitos especialistas de áreas não jurídicas estão habituados por sua formação acadêmica. O papel generalista é, ao mesmo tempo, grandioso e surpreendentemente factível. Por fim, como os advogados são incentivados a “se virarem” quando realmente não sabem o bastante, o treino jurídico da pessoa adequada pode produzir o antídoto certo contra o planejamento formal racional. O resultado pode ser a vontade de decidir quando uma decisão é necessária, de interferir e, em geral, de participar, efetivamente, dos aspectos incrementais da tomada de decisão organizacional.

“Legalistas” são aqueles que afirmam os requisitos mínimos de legalidade no sentido de Fuller²¹⁸. Assim, a legalidade inclui a consistência do tratamento em situações semelhantes, a aplicação prospectiva de regras, a oportunidade de ser ouvido em situações de disputa e o direito de contestar ações que não estejam de acordo com a lei. Apesar do ceticismo em voga entre os intelectuais realistas a esse respeito, demandas por legalidade emanam de muitas fontes em sistemas burocráticos reais. As pessoas nas instituições reguladas sentem-se prejudicadas pelo tratamento “injusto” e, às vezes, estão dispostas a simular danos, para fins estratégicos. Quando se envolvem em ações extralegais motivadas ideologicamente, fiscais de campo são uma ameaça por várias razões. Os fiscais são vulneráveis a questionamento das organizações reguladas porque perturbam o delicado compromisso embutido na estrutura de implementação, compromisso esse elaborado por pessoas com maior poder político. Esses inspetores também são um perigo para os gestores de programa, porque ações autônomas em nível de campo desafiam a legitimidade do controle organizacional formal²¹⁹.

Em razão da demanda por legalidade, no sentido de permissão legal, uma disputa contínua entre advogados do departamento jurídico e inspetores em nível de campo é comum em grandes agências²²⁰. Os advogados nessa situação desempenham um papel conservador, afirmando a prioridade dos propósitos organizacionais formais e a legitimidade do controle hierárquico. Observe-se que os legalistas, que afirmam a necessidade de autorização legal, não são o mesmo que formalistas, que, em situações improváveis, defendem que essa autorização já existe. Os legalistas estariam atentos a situações inadequadamente cobertas pelo direito existente e procurariam remediá-las criando normas (como os regulamentos). Em outras palavras, os legalistas estão bastante dispostos a serem substantivamente racionais (realizar o trabalho social da agência), mas insistem em qualidades do “tipo Fuller” como meios operacionais.

4.3.2 Novos papéis de direito privado

Na subseção anterior, as novas funções de direito público foram equiparadas a empregos na burocracia. Essa abordagem foi conveniente, mas enganosa. A mudança do direito privado para o direito público teve um efeito igualmente profundo sobre muitos advogados que representam clientes. Um exemplo de advogado com novas funções de direito privado é um amigo meu que exerce o papel reconhecidamente não tradicional de representar o sindicato dos professores da rede pública e muitos professores individualmente. Uma lista parcial das atividades desse advogado, observada casualmente e não por meio de qualquer investigação sistemática, é a seguinte: (1) representação de professores punidos administrativamente ou demitidos por administradores, conselhos escolares e tribunais; (2) patrocínio de demandas institucionais para obter mudanças radicais na legislação estadual, incluindo o recurso a testemunhas técnicas²²¹ e o desenvolvimento de dados estatísticos sofisticados; (3) *lobby* intensivo nas assembleias legislativas estaduais em um enorme espectro de questões, desde financiamento escolar até a organização de professores no ensino superior; (4) patrocínio de *workshops* e outras atividades educacionais para informar professores e representantes sindicais sobre direitos e adquirir credibilidade em espaços públicos; (5) desenvolvimento de uma tipologia dos pa-

²¹⁸ FULLER, L. *The morality of Law*, ed. rev. 1969, p. 33-94.

²¹⁹ SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*, 1953, p. 205-213.

²²⁰ Vide nota 46 *supra*.

²²¹ [N.T.] No original, *expert witnesses*.

péis dos membros do conselho escolar que pode ser usada para selecionar estilos de argumentação perante conselhos escolares, possibilitando a previsão de argumentos bem-sucedidos.

É interessante que advogados de estilo antigo e novo – advogados politizados e não politizados, para alguns – parecem coexistir lado a lado. Por exemplo, muitos advogados que representam clientes individuais em matéria de direito de seguros consideram estranha qualquer sugestão para intervirem na legislação ou na elaboração de regulamentos no interesse geral de seus clientes. Essa atitude existe muito embora os advogados de companhias de seguros que lidam com os mesmos temas sejam altamente politizados. A distinção operativa mais importante pode ser entre advogados que representam clientes individuais, especialmente na prática geral, e advogados de empresas – isto é, advogados que atuam em uma organização altamente diferenciada²²².

4.3.3 Conflito cultural entre papéis antigos e novos

Uma das experiências desconcertantes do direito moderno, intensamente presente nas faculdades de direito (mas também nos conflitos entre a população não acadêmica e a comunidade acadêmica²²³, nas decisões da Suprema Corte e em suas críticas, e em quaisquer outros lugares), é o conflito cultural entre antigos e novos papéis do direito e dos juristas²²⁴. A organização cultural implícita ao conflito é uma forte distinção entre direito “real” e advogados “real” e cientistas sociais, ideólogos e formuladores de políticas. O conflito tem dimensões ativas (conflituosas) e passivas (desintegradoras).

Conquanto o conflito ativo seja, no fundo, um tanto divertido, pode ser também amargo, assumindo as dimensões de um confronto clássico entre modernismo e tradicionalismo. Os modernistas começam a ver os tradicionalistas como reacionários, bastante antiquados, obtusos ou fundamentalistas militantes (o Novo Direito). Os tradicionalistas veem os modernistas como inaptos, sem as genuínas habilidades dos advogados, corrompidos, que rejeitam a existência de uma ordem jurídica autônoma e como traidores, vendendo o direito para as ciências sociais infames e vazias. Os tradicionalistas veem a si próprios como leais, aderentes ao bom senso e a uma tradição profissional e oral reverenciada (incluindo-se anedotas). Os modernistas são insuficientes e excessivamente racionais, confiando, por um lado, em valores e emoções subjetivas, e, por outro, mantendo a companhia de especialistas que rejeitaram a possibilidade de conhecimento popular.

O conflito passivo é mais prejudicial do que o conflito ativo, pois envolve a erosão de uma cultura jurídica central. As críticas do campo oponente deslegitimam cada lado da controvérsia e nenhuma delas pode ser muito exitosa em firmar uma nova posição. Os tradicionalistas devem se afastar dos avanços, ao definirem mudanças como “não direito”. Os modernistas devem sofrer a humilhante perda da mística dos valores jurídicos autônomos. Ao considerarem que muitos não juristas sabem mais sobre os problemas do que eles, os modernistas foram desarmados em sua luta por *status* contra os tradicionalistas. Recuando para o formalismo como natureza da *expertise* jurídica, os tradicionalistas ficam com tecnicismos. Se as regras jurídicas são sagradas, seria importante distanciar-se das políticas públicas e do jogo político²²⁵.

Assim, no direito tributário, os modernistas se veem preocupados com a economia, enquanto os tradicionalistas se dedicam a analisar as brechas na lei. A economia é poderosa, mas outras pessoas são melhores nesse assunto. As brechas são afetadas aos advogados, mas elas vêm e vão, manipuladas por pessoas poderosas

²²² Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, 1083-1094. Legal Remedies in a Society of Large-Scale Organizations. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 861, 1981.

²²³ [N.T.] No original, *town/gown conflicts*.

²²⁴ Para um exemplo envolvendo a Suprema Corte, seus apoiadores e seus críticos: KURLAND, P. Earl Warren: Master of the Rev-els (resenha de livro). *Harvard Law Review*, v. 96, p. 331-339, 1982. Para uma discussão de como o conflito não é apenas uma questão de mudanças no papel de advogados (pessoas que promovem litígios *versus* aqueles que não o fazem), mas é também sobre o papel em mutação do direito (direito como fonte autônoma de valores), vide parte IV(A)(2). A perda da autonomia dos valores jurídicos, definida como o colapso do formalismo, é discutida por Unger. UNGER, R. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 561-675, 1983, em especial p. 564-565 e 570-576.

²²⁵ [N.T.] No original, *policy and politics*.

fora do campo jurídico tradicional, à luz de considerações além do escopo da *expertise* jurídica tradicional. A relevância vem ao preço da desmistificação; a *expertise* vem ao preço da ignorância e da impotência. O conflito pode ser sentido pela mesma pessoa, como quando o professor de direito escolhe conscientemente ensinar e estudar tanto um campo de direito “rígido” quanto um “flexível”.

Essas distinções são tão poderosas quanto ilógicas. Certa vez, um representante da *American Bar Association* (ABA)²²⁶ entrou em contato comigo para fazer uma apresentação em uma faculdade de direito. Sugeriu que a regulação acerca da qualidade da educação seria um tópico interessante. Ela disse que queria algo *jurídico*. Respondi que haveria muito de jurídico sobre o assunto: diplomas legais, decretos judiciais, regras administrativas. Ela repetiu: a plateia estaria interessada em *direito* – como limites orçamentários nos gastos escolares locais, porque se poderia argumentar que isso estaria em conflito com precedentes constitucionais relativos ao financiamento escolar (e o litígio sobre finanças escolares era o mais recente tema jurídico “real” pelo qual eu era conhecido). Penso que ela estava tateando em busca desse núcleo do direito antigo, direito verdadeiro: regras analiticamente decompostas tratando de algo preciso, como dinheiro, e não padrões vagos, dificilmente distinguíveis de ordens burocráticas, sobre algo específico e fluido, como educação. Ela queria algo que pudesse inspirar uma demanda judicial – uma violação a uma regra jurídica autônoma.

Uma das manifestações mais antigas do conflito está nas concepções sobre o verdadeiro método jurídico, bem como sobre centro e periferia nos currículos das faculdades de direito. Como já discutido, o método doutrinário tradicional de ensino-aprendizagem em direito baseia-se na ideia formalista de que as respostas aos problemas são encontradas no direito, por meio dos precedentes. É difícil ensinar a nova forma jurídica integrada à política, não apenas por ser nova, mas também por deixar a natureza do conhecimento jurídico em uma condição problemática e, portanto, subjetivamente ameaçada²²⁷. Creio que a resistência, muitas vezes raivosa e cheia de pânico, dos estudantes de direito em relação a “cursos de política” e a “argumentos de política” – para não mencionar uma abordagem política, histórica ou sociológica do direito –, se origina nessa tensão entre direito autônomo e direito político²²⁸.

Os conflitos entre centro e periferia são ainda mais interessantes. O núcleo é o *common law*, o direito constitucional, o contencioso e a prática privada. Não parece importar que grande parte do direito esteja na periferia “flexível”: processo orçamentário, legislação de proteção ao trabalhador, transferências de renda e direito escolar. Conheci um jurista na Flórida que me disse que a faculdade de direito local não lhe permitiria ministrar um curso de direito da saúde porque seria muito esotérico. Em vez disso, ele ministrou esse curso em uma faculdade de medicina para um público entusiasmado.

O litígio institucional é um tipo de compromisso simbólico ou objeto transitório entre as antigas e as novas concepções de direito e entre o núcleo e a periferia nos currículos. É tradicional porque envolve uma corte que aplica valores aparentemente autônomos, até sagrados, de direito constitucional. É moderno porque é uma litigância de direito público – reparadora, e não julgadora, preocupada com o comportamento político e organizacional, e não com direitos individuais. A questão real é se uma nova cultura central está em desenvolvimento. Ao contrário de alguns, sou muito otimista a esse respeito, porque os juristas e as habilidades jurídicas parecem capazes de trazer grandes contribuições em contextos interdisciplinares – acadêmicos

²²⁶ [N.T.] No original consta apenas a sigla.

²²⁷ ABEL, R. Law Books and Books About Law. *Stanford Law Review*, v. 26, p. 175-228, 1973; GORDON, R. Historicism in Legal Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1017-1056, 1981.

²²⁸ Creio vislumbrar uma mudança do direito autônomo em direção a um direito político, na mudança de uma perspectiva doutrinária para uma perspectiva regulatória no direito securitário (e.g., da doutrina contratual formal, como impedimento promissório, à doutrina de expectativas razoáveis entre seguradora e segurado). KEETON, R. *Basic Text on Insurance Law*, 1971, §6.3. Essa nova doutrina gera diversos litígios e questões legais (por exemplo, cláusulas-padrão) porque ela é, nas palavras de teóricos sociais, aberta e, ainda assim, particularista. UNGER, R. *Law in modern society*, 1976, p. 193-200; nota 189 *supra*. Um exemplo em sentido contrário, em termos de potencial litigiosidade, podem ser as limitações às cláusulas comerciais sobre taxaço estatal do comércio, em que o realismo econômico parece corresponder à falta de intervenção judicial. HELLERSTEIN, W. Constitutional Limitations on State Tax Exportation, *American Bar Foundation Research Journal*, p. 3-77, 1982, em especial p. 5.

e políticos. As interações científicas de viés político-jurídico-social são estimulantes. Uma vez derrubada, a mística do formalismo parece limitada e tola, mas os elementos do formalismo reaparecem como importantes considerações políticas.

5 Considerações finais

Nenhuma conclusão lógica final poderia ser extraída do presente artigo, o qual aponta certas implicações a partir da descrição de um processo social complexo. Uma conclusão apropriada reside no tema central do artigo, direito como política. A generalização de que o direito é afetado pela política é antiga; mas a extensão da influência retratada neste artigo pode ser surpreendente. Para demonstrar essa influência, uma comparação com o protótipo do direito politicamente dominado pode ser esclarecedora. Recentemente, surgiram artigos instigantes sobre o papel do direito em países comunistas, familiarizando-nos com a profunda imersão do direito nas políticas do leste europeu e da União Soviética²²⁹. Este artigo sugere a percepção contracultural de que nosso direito pode estar igualmente – ou pelo menos de forma comparável – imerso na política, embora em uma forma de política muito diferente.

A imersão do direito na política leva a direções políticas divergentes. A reação instintiva, na herança do realismo jurídico, é cinismo, desmascaramento e descrédito²³⁰. Uma certa dose dessa atitude é claramente justificada. O direito é severamente atingido pela política. A frustração de políticas públicas pelo jogo político é a história da implementação. O compromisso é encontrado em todas as etapas e níveis do sistema, desde a negociação e renegociação de comandos jurídicos até a construção social da realidade em nível de campo.

A imagem do direito, no entanto, seja como um meio de troca passivo para negociadores de poder, seja como uma correia de transmissão de interesses sociais, é quase tão falsa quanto a ideia do direito totalmente autônomo. Uma vez que o direito é política, há um enorme espaço para criatividade, adaptação e negociação. O direito político pode ser libertador; o direito autônomo (se realmente existisse além de uma ideologia) seria restritivo. O direito político começa com o fermento dos movimentos sociais, continua na “dança da legislação”²³¹ (ou no drama do litígio institucional) e culmina na construção social livre da conformidade. Cores ideológicas iluminam o panorama. O jurista moderno, capacitado para a implementação, é pioneiro, com um trabalho que é alternadamente emocionante e enlouquecedor. Um bom exemplo é um conhecido meu que representa pessoas com deficiência em questões de educação especial. Para esse jurista, o direito a uma educação adequada, de acordo com a lei federal, serve a um único propósito: chamar a atenção da burocracia escolar e preparar o terreno para uma consideração séria das melhores opções educacionais por uma equipe de planejamento multidisciplinar.

A última palavra em exploração hábil do direito político provavelmente ocorre na criação de estruturas legais “reflexivas”.²³² Essas estruturas são instituições e processos que permitem a grupos dissidentes negociarem efetivamente (e, principalmente, não se afundarem em uma das condições patológicas do direito moderno). Um exemplo claro, por ter uma encarnação organizacional, é a criação de estruturas legais para barganhas e trocas. Exemplos diversos incluem o mercado de crédito de carbono no direito ambiental²³³,

²²⁹ IOFFE, O. Law and Economy in the U.S.S.R. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1591-1625, 1982; MARKOVITS, I. Law or Order-Constitutionalism and Legality in Eastern Europe, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 513-613, 1982.

²³⁰ MACINTYRE, A. *After Virtue*, 1981, p. 68-70 (relação dos comportamentos modernos de desmistificação, iconoclastia, protesto e indignação com o positivismo em ética); R. UNGER, *Law in Modern Society*. 1976. p. 173-176.

²³¹ REDMAN, E. *The dance of legislation*. 1973.

²³² Vide nota 170 *supra*.

²³³ Uma excelente discussão sobre esquemas alternativos de regulamentação da poluição está em: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*. 1982. p. 292-299.

vales-educação²³⁴, e arbitragem de ofertas finais no campo das relações de trabalho²³⁵. No entanto, o desenvolvimento de soluções pragmáticas em qualquer área da política social deve satisfazer os critérios do direito reflexivo. Por exemplo, vários esquemas foram propostos para impedir que requisitos contábeis legalistas interfiram na devida educação compensatória²³⁶. Tal como meu conhecido jurista que atua na seara de educação especial, essas propostas utilizam direitos previstos em lei para preparar o terreno para programas sociais criativos e adaptáveis. Nessas situações, recorre-se à gestão política do direito para combater o legalismo contraproducente.

Outro tema conclusivo relaciona-se àquilo que foi deixado de fora. O artigo poderia ser criticado por seu foco nos movimentos sociojurídicos de interesses contramajoritários. Não se dá atenção à implementação favorável ao status quo, como leis obtidas pelas companhias de seguros para impedir a concorrência “excessiva”²³⁷. O papel do establishment como uma resistência passiva às mudanças implementadas é, obviamente, central para o meu modelo. Uma omissão relacionada a esse tema é a imagem do Estado moderno como uma massa fervilhante de implementações descoordenadas ou, de forma metafórica, como um navio que navega apenas com velas e nenhuma âncora. Refletindo, parece que essa abordagem ignora a existência de uma elite interessada no manejo ordenado do Estado, talvez acima de qualquer outra consideração²³⁸. A racionalidade substantiva, de estilo weberiano, é mais comum em nosso sistema do que este artigo sugere²³⁹.

Se os mais poderosos de nossa sociedade receberam papéis enganosamente passivos, os marginalizados foram ignorados. Acostumei-me a pensar na implementação como contramajoritária ou pelo menos contracultural²⁴⁰. No entanto, em retrospecto, a miríade de conexões entre implementações e status quo parece igualmente importante. Os movimentos sociais não somente devem apelar aos valores tradicionais, como também devem interagir com as organizações estabelecidas por um longo período de tempo. Todos os esforços intensivos e intrincados para produzir mudanças devem ser acomodados e absorvidos, ao menos parcialmente²⁴¹. Nesse sentido, percebemos que as implementações não representam bandidos, fugitivos, alienados, infratores, revolucionários, exilados ou mesmo grupos dissidentes. Talvez seja melhor concluir

²³⁴ COONS, J.; SUGARMAN, S. *Education by Choice: The Case for Family Control*. 1978. p. 45-51.

²³⁵ CLUNE, W.; HYDE, P. Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, *Marquette Law Review*, v. 64, p. 455-505, 1981.

²³⁶ Vide nota 57 *supra*.

²³⁷ TOBIAS, A. *The Invisible Bankers: Everything the Insurance Industry Never Wanted You To Know*, 1982. p. 167-169 (política de seguros de acidentes de trabalho geridos pelo Estado); Idem, p. 163-166 (política da legislação contra a concessão de descontos e compartilhamento de comissões com o segurado na contratação de seguros); KIMBALL, S.; BOYCE, R. The Adequacy of State Insurance Regulation: The McCarran-Ferguson Act in Historical Perspective. *Michigan Law Review*, v. 56, p. 545-578, 1958 (analisando políticas conflitantes de fixação de preços, concorrência excessiva e adequação das taxas de seguro). Outra categoria de leis deixadas de fora deste artigo é a “lei da ganância” (ou “lei da vala”), o processo de obtenção de benefícios financeiros por meio do Estado. Às vezes, essa lei assume a forma de implementação (intervenção legal cuidadosamente construída) e, às vezes, é muito mais direta. Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1099-1100.

²³⁸ BLOCK, F. The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State. *Socialist Revolution*, p. 6-28, maio/jun. 1977; ROY, W. The Unfolding of the Interlocking Directorate Structure of the United States. *American Sociological Review*, v. 48, p. 248-257, 1983 (desenvolvimento da elite dos Estados Unidos na virada do século). Embora o artigo de Block seja conscientemente marxista, ele considera o fato universalmente compreendido de que, nas democracias capitalistas ocidentais, algumas pessoas buscam o interesse de curto prazo das empresas, enquanto outras buscam a preservação de longo prazo do sistema. As ideias econômicas tradicionais de “falha de mercado”, por exemplo, presumem que alguém ou algo consiga fazer com que o Estado atue contra interesses de curto prazo de alguns participantes do mercado. OLSON, M. *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups*, 1971, p. 13-16; TULLOCK, G. *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*, 1970. p. 3-28; BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979, em especial p. 552-560.

²³⁹ De fato, as teorias funcionalistas e marxistas tendem a retratar as sociedades como “inteligentes” (bem coordenadas), enquanto os teóricos organizacionais retratam as organizações como “burras” (“anarquias”). DIMAGGIO, P.; POWELL, W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. *American Sociological Review*, v. 48, p. 147-160, 1983, em especial p. 156. Na minha opinião, se a comparação for significativa, essa suposta maior coordenação das sociedades pode resultar apenas de expectativas mais baixas. As organizações sabem o que querem melhor do que as sociedades e provavelmente também estão melhor equipadas para perseguir objetivos com eficiência.

²⁴⁰ Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1113-1114.

²⁴¹ Para uma discussão sobre a acomodação de metas para integrar valores, vide parte III(F)(2).

que a implementação, como esboçado aqui, é o processo de alcançar maior participação por meio do direito – para grupos minoritários fortes e para ativistas organizados representando maiorias difusas.

Referências

- ABELL, P. *Model building in sociology*. 1971.
- ARCHAMBAULT, F.; ST. PIERRE, R. The Effect of Federal Policy on Services Delivered Through ESEA Title I. *Educational Evaluation and Policy Analysis*. p. 33-46, maio/jun. 1980.
- BAILEY, S. *Education interest groups in the nation's capital*. 1975.
- BANFIELD, E. Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68. In: *Social Program Implementation*. 1976.
- BARDACH, E. Educational Paperwork. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo).
- BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977.
- BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982.
- BECKER, H. *Sociological work*. 1970.
- BELL, D. The Dialectics of School Desegregation, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 281-298, 1981.
- BERMAN, P. From compliance to learning: implementing legally-induced reform. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A20, 1981.
- BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*. 1978.
- BLAU, P. *The Dynamics of Bureaucracy: A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies*, 1963.
- BLOCK, F. The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State. *Socialist Revolution*, p. 6-28, maio/jun. 1977.
- BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979.
- BUSH, R.; LUCE, D; SUPPES, P. Models, Mathematical. *International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 10, 1968.
- CALIFANO, J. *Governing America*. 1981.
- CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976.
- CHRIST, Carl. Econometric Models, Aggregate, *International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 4, 1968.
- CHUBB, J. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*, 1982.
- CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo).
- CLUNE, W.; HYDE, P. Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, *Marquette Law Review*, v. 64, p. 455-505, 1981.
- CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELLE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979.
- CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1044-1116.

- COONS, J.; SUGARMAN, S. *Education by Choice: The Case for Family Control*. 1978.
- CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. In: *American Politics and Public Policy*, 1978.
- DARLING-HAMMOND, L.; WISE, A.; PEASE, S. Teacher evaluation in the organizational context: a review of the literature, *Working Draft*, n. 1695-NIE, Rand Corporation, 1982.
- DAVIS, K. Police Rulemaking on Selective Enforcement: A Reply, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, p. 1167-1171, 1977.
- DERTHICK, M. *The influence of federal grants*. 1970; HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo).
- DICKEY, W. The Promise and Problems of Rulemaking in Corrections: The Wisconsin Experience. *Wisconsin Law Review*, p. 285-340, 1983. MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974.
- DIVER, C. The Judge As Political Power broker: Superintending Structural Change in Public Institutions, *Virginia Law Review*, v. 65, p. 43-106, 1979.
- EASTON, D. *A systems analysis of political life*. 1965.
- EISENBERG, T.; YEAZELL, S. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, v. 93, p. 465-517, 1980.
- ELMORE, R. Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions. *Political Science Quarterly*, v. 94, p. 601-616, 1979/1980.
- ELMORE, R.; MCLAUGHLIN, M. Strategic Choice in Federal Education Policy: The Compliance-Assistance Trade-Off. In: *Policy making in education, eighty-first yearbook of the national society for the study of education*. 1982.
- FLETCHER, W. Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 635-697, 1982.
- FULLER, L. *The morality of Law*. ed. rev., 1969.
- GALANTER, M. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 19, p. 1-47, 1981.
- GALANTER, M. Why the “Haves” Come Out Ahead – Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review*, v. 9, p. 95-160, 1974.
- GLASER, B.; STRAUSS, A. *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. 1967.
- GLAZER, N. *Affirmative Discrimination*. 1975.
- GOLDSTEIN, H. *Policing a free society*. 1977.
- GOODMAN, W. Irving Kristol: Patron Saint of the New Right. *The New York Times Magazine*, Seção 6, p. 90, 6 dez. 1981.
- GRAGLIA, L. *Disaster by decree*. 1976.
- HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. 1973.
- HANDLER, J. *Social movements and the legal system: a theory of law reform and social change*. 1978.
- HARRIS, M.; SPILLER, D. *After Decision: Implementation of Judicial Decrees in Correctional Settings*. 1976.
- HAVEMAN, R. (ed.). *A decade of federal antipoverty programs*. 1977.

- HAWKINS, K. Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation. *Law & Policy Quarterly*, v. 5, p. 35-73, 1983.
- HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo).
- HAWKINS, K.; THOMAS, J. *Enforcing regulation: policy and practice*, 1983.
- HAY, D. Property, Authority and the Criminal Law. In: *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England*. 1975.
- HILL, P. *Do federal education programs interfere with one another?*, Paper n. 6416, Rand Corporation, 1979.
- HILL, P. *Enforcement and informal pressure in the management of federal categorical programs in education*. Nota avulsa N-1232-HEW, 1979.
- HIMMELMAN, H. *The fall and rise of the office of economic opportunity*. Lawyers' Committee for Civil Rights under Law, 1973.
- HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977.
- IMPLEMENTATION Problems in Institutional Reform Litigation, *Harvard Law Review*, v. 91, p. 428-463, 1977.
- INSTITUTIONAL Reform Litigation: Representation in the Remedial Process, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1474-1492, 1982.
- IOFFE, O. Law and Economy in the U.S.S.R. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1591-1625, 1982.
- JENCKS, C.; SMITH, M.; ACLAND, H.; BANE, M.; COHEN, D.; GINTIS, H.; HEYNS, B.; MICHELSON, S. *Inequality: a reassessment of the effect of family and schooling in America*. 1972.
- JONES, J. Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11.246 as Amended. *Chicago-Kent Law Review*, v. 59, p. 67-122, 1982.
- KAGAN, R. Regulating business, regulating schools: the problem of regulatory unreasonableness. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A14, 1981.
- KAGAN, R. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze*. 1978.
- KENNEDY, D. Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1685-1778, 1976.
- KIMBALL, S.; BOYCE, R. The Adequacy of State Insurance Regulation: The McCarran-Ferguson Act in Historical Perspective. *Michigan Law Review*, v. 56, p. 545-578, 1958.
- KIRP, D. *Just Schools: The Idea of Racial Equality in American Education*, 1982.
- KIRP, D.; BABCOCK, G. Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform. *Alabama Law Review*, v. 32, p. 313-398, 1981.
- KIRST, M. JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto* n. 80-B18, 1980.
- KLUGER, R. *Simple Justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. 1976.
- KOCH, J. Title IX and the NCAA, *Western State University Law Review*, v. 3, p. 250-261, 1976.
- LAZARFELD, P.; ROSENBERG, M. (eds.). *The Language of Social Research*. 1955.

- LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*. 30 jun. 1982.
- LOWI, T. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States* 2. ed. 1979.
- MARKOVITS, I. Law or Order-Constitutionalism and Legality in Eastern Europe, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 513-613, 1982.
- MCCALL, G.; SIMMONS, J. (eds.). *Issues in participant observation*. 1969.
- METZ, M. *Classrooms and corridors: the crisis of authority in desegregated secondary schools*, 1978.
- MEYER, J.; ROWAN, B. Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, p. 340-363, 1977.
- MEYER, J.; SCOTT, R.; DEAL, T. *Institutional and Technical Sources of Organizational Structure Explaining the Structure of Educational Organizations*, maio 1980.
- MEYER, M. Strategies for Further Research: Varieties of Environmental Variation. In: *Environments and Organizations*, 1978.
- MILES, M. Common Properties of Schools *Context: The Backdrop for Knowledge Utilization and "School Improvement"*. National Institute of Education, 1980.
- MNOOKIN, R.; KORNHAUSER, L. Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, p. 950-997, 1979.
- MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding-community action in the war on poverty*. 1969.
- MURPHY, J. *Differential Treatment of the States, A Good Idea or Wishful Thinking?*, 25 ago. 1981 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).
- MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974.
- MURPHY, J. Title V of ESEA: The Impact of Discretionary Funds on State Education Bureaucracies. *Social Program Implementation*, 1976.
- NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*. 1978.
- O'CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. 1973.
- OLSON, M. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 1971.
- PELTASON, J. *Fifty-eight lonely men: southern federal judges and school desegregation*. 1961.
- PELTZMAN, S. Toward a More General Theory of Regulation, *The Journal of Law & Economics*, v. 19, p. 211-240, 1976.
- PIVEN, F.; CLOWARD, R. *Poor people's movements: why they succeed, how they fail*. 1977.
- PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979.
- R. UNGER, *Law in Modern Society*. 1976.
- REDMAN, E. *The dance of legislation*. 1973.
- REISS, A.; BIDERMAN, A. *Data Sources on White-collar Law-breaking*. Instituto Nacional de Justiça, Departamento de Justiça dos EUA, 1980.
- REUSS-IANNI, E.; IANNI, F. *Street Cops vs. Management Cops: The Social Organization of the Police Precinct*. Instituto de Análise Social, 1979.
- RHODE, D. Class Conflicts in Class Actions, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 1183-1262, 1982; Symposium:

- Judicially Managed Institutional Reform, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 267-464, 1981; Special Project: The Remedial Process in Institutional Reform Litigation, *Columbia Law Review*, v. 78, p. 784-929, 1978.
- RODGERS, H.; BULLOCK, C. *Coercion to Compliance*. 1976.
- SARASON, S. *The culture of the school and the problem of change*. 1971.
- SCHATZMAN, L.; STRAUSS, A. *Field research*. 1973.
- SCHICK, A. *Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing*, 1980.
- SCHULTZE, C. *The public use of the private interest*, 1977.
- SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*. 1949.
- SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*, 1953.
- SPROULL, L. Managing Education Programs: A Micro behavioral Analysis. *Human Organization*, v. 40, p. 113-122, 1981.
- STEWART, R.; SUNSTEIN, C. Public Programs and Private Rights. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1195-1322, 1982.
- STONE, C. *Where the law ends: the social control of corporate behavior*. 1975.
- THUROW, L. *The Zero-sum society: distribution and the possibilities for economic change*. 1981.
- TOBIAS, A. *The Invisible Bankers: Everything the Insurance Industry Never Wanted You To Know*, 1982.
- TROYNA, Barry. Verbete “White flight”. In: CASHMORE, Ellis et al. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. 2. ed. São Paulo: Summus, 2000.
- TULLOCK, G. *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*, 1970.
- TURNBULL, B.; SMITH, M.; GINSBURG, A. Issues for a New Administration: The Federal Role in Education, *American Journal of Education*, v. 89, p. 396-427, 1981.
- TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. Educational Reform: Retrospect and Prospect. *Teachers College Record*, v. 81, p. 253-269, 1980.
- WEICK, K. Administering Education in Loosely Coupled Schools. *Phi Delta Kappan*, v. 63, p. 673-676, 1982.
- WEICK, K. Educational Organizations as Loosely Coupled Systems. *Administrative Science Quarterly*, v. 21, p. 1-19, 1976.
- WILSON, J. The Politics of Regulation. In: WILSON, J. (ed.). *The Politics of Regulation*. 1980.
- WIRT, F.; KIRST, M. *Schools in conflict*. 1982.
- YUDOF, M. Legalization of Dispute Resolution, Distrust of Authority, and Organizational Theory: Implementing the Due Process for Students in the Public Schools, *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 891-923, 1981.
- YUDOF, M. Plato’s Ideal and the Perversity of Politics (resenha de livro). *Michigan Law Review*, v. 81, p. 730-745, 1983.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.