

# Um modelo político de implementação e implicações do modelo para políticas públicas, pesquisa e a mudança dos papéis do direito e dos juristas

*William VI. Clune III<sup>1</sup>*

Tradução de:

Bruno de Almeida Passadore (N. USP 5698321)  
Elisa Martinez Giannella (N. USP 10852650)  
Gabriela Azevedo Campos Sales (N. USP 2947132)  
Kadra Regina Zeratin Rizzi (N. USP 11383691)

<b>I. INTRODUÇÃO</b>	<b>4</b>
A. O que é Implementação?	5
B. Significado e Importância de um Modelo Geral	7
<b>II. UM MODELO "POLÍTICO" DE IMPLEMENTAÇÃO</b>	<b>9</b>
A. Atores e comportamentos durante a implementação	10
B. Interações-padrão durante a implementação	11
1. Ciclo ascendente versus ciclo descendente	13

<sup>1</sup> Professor de Direito, Universidade de Wisconsin. J.D., M.A., Doutorando em Filosofia (Sociologia), Northwestern University.

A pesquisa para este artigo foi apoiada com recursos do Instituto Nacional de Educação sob o número de concessão NIE-G-79-0183. Os projetos relacionados, apoiados pela concessão NIE-G-81-0009 ao Centro de Pesquisas Educacionais de Wisconsin, também desempenharam um papel importante na definição das etapas posteriores do artigo.

Um esquema preliminar deste artigo foi apresentado em fevereiro de 1980 ao colóquio de faculdades de Direito e Educação do Programa de Direito do Instituto de Finanças e Governança (IFG) da Universidade de Stanford. Uma versão posterior foi apresentada no colóquio sobre *Mudança legal em uma sociedade de organizações complexas*, em 11 de março de 1981, patrocinado pela Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin e pela *Wisconsin Law Review*. Agradeço os comentários oferecidos pelos participantes de ambos os colóquios. Um *workshop* sobre Max Weber, conduzido por David Trubek e Bob Gordon na primavera de 1982, foi muito útil para entender a conexão entre implementação e teoria social. As apresentações de Hubert Treiber naquele seminário sobre a relação entre a sociologia da religião de Weber e a sociologia do direito foram, de longe, as explicações mais esclarecedoras de Weber que tive.

As origens ancestrais e pessoais de um trabalho de pesquisa como esse são numerosas. Um deles era um artigo preliminar PH.D. autoria conjunta, W. Clune, J. Fitzgerald & R. Kidder, *Theory and Methodology in Legal Impact Studies* (31 de maio de 1969) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Fred DuBow merece agradecimentos pelos subseqüentes cuidados pessoais, intelectuais e administrativos. Meu pesquisador associado, Bob Lindquist, era uma fonte constante de "kibitzing" [(N.T.: *kibitzing* não tem tradução literal para o português, é uma expressão utilizada para fazer referência a uma pessoa que faz comentários que não ajudam ou fala sobre temas que todo mundo conhece de maneira chata)]. Marshall Smith, diretor do Centro de Pesquisa Educacional de Wisconsin, forneceu vários exemplos políticos da vida real de tendências sobre as quais eu estava pensando e escrevendo.

Embora eu tenha me beneficiado das ideias de muitas pessoas, elas não necessariamente concordam comigo; e as organizações que apoiaram esta pesquisa não necessariamente apoiam sua análise ou conclusões.

2. Formação de políticas: obtenção e especificação do comando jurídico	14
3. Implantação de incentivos legais	17
4. Respostas das Organizações Reguladas	18
5. Interações de Implantação-Resposta	21
6. Influência sobre as Organizações Reguladoras para Mudar a Política Formal	23
7. Influência sobre os legislativos para obter mudanças na legislação de base	27
8. As interações em ação	30
a. Simultaneidade	30
b. Graus de Orientação Descendente	32
c. Tendências	33
d. Múltiplas Instituições	34
<b>III. ALGUMAS IMPLICAÇÕES DO MODELO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS E PESQUISA</b>	<b>36</b>
A. Prescrições Parciais e Viés do Ciclo Descendente	37
B. Graus de abstração e contextualização	39
C. Prescrições sistêmicas	40
D. Descrições Longitudinais	42
E. Previsões longitudinais	45
F. Avaliação	46
1. Três padrões de sucesso relativo	47
2. Avaliação dos Padrões em um Ambiente Politizado	49
3. Discordâncias factuais sobre qual padrão está presente	54
G. Metodologia de Pesquisa	56
<b>IV. ALTERAÇÃO DE PAPEL DO DIREITO E DOS JURISTAS</b>	<b>60</b>
A. Sentido diminuído da autonomia do direito	61
1. Atributos do direito moderno que diminuem a autonomia	61
2. Exemplo do Declínio da Autonomia do Direito como Fonte de Valores: a Indústria de Defesa Judicial	62
3. Declínio da autonomia do direito como fonte de segurança	64
B. Conflito entre racionalidade substantiva e participação política: tendências positivas e contradições no direito moderno	69
C. Novos papéis para juristas	77
1. Novas funções de direito público	78
2. Novos papéis de direito privado	83

3. Conflito cultural entre papéis antigos e novos	84
<b>V. CONCLUSÃO</b>	<b>87</b>

## I. INTRODUÇÃO

A implementação da política social por meio de um processo interativo que envolve agências governamentais, organizações regulamentadas e grupos de interesse. Implementação é o desenho da política governamental, a escolha e administração de instrumentos políticos para fins sociais e o gerenciamento da política governamental em um ambiente complexo e politizado. Embora a implementação esteja envolvida em praticamente todos os problemas sociais significativos e problemáticos do direito no Estado moderno, nossa compreensão do processo é parcial e fragmentada<sup>2</sup>. Assim, este artigo tem dois objetivos principais: desenvolvimento e apresentação de um modelo geral de implementação, bem como o exame de algumas implicações desse modelo para políticas públicas, pesquisas sobre direito e a mudança das concepções de direito e juristas no direito "pós-moderno" (direito regulatório dominado por grupos de interesse políticos).

Ao contrário de suas conotações relativamente abstratas, a palavra "modelo" significa algo muito concreto<sup>3</sup>. Um modelo é uma descrição específica dos atores e interações

---

<sup>2</sup> Vide Clune & Lindquist, *What "Implementation" Isn't: Toward a General Framework for Implementation Research*, 1981 Wis. L. REV. 1044, 1046-47.

<sup>3</sup> O modelo usado neste artigo é mais semelhante aos modelos usados na análise de sistemas. De fato, o livro pioneiro de Easton sobre o assunto influenciou o artigo de Clune, Fitzgerald & Kidder mencionado nos reconhecimentos como um antecessor deste artigo. Vide de forma geral D. EASTON, *A SYSTEMS ANALYSIS OF POLITICAL LIFE* (1965). O principal desvio da análise de sistemas é o uso, no 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. F. WIRT & M. KIRST, *SCHOOLS IN CONFLICT* 29 (1982).

Alguns cientistas sociais desaprovam fortemente a palavra modelo aplicada ao tipo de modelo usado neste artigo. Wirt e Kirst sugerem que um modelo de sistemas deve ser considerado "teoria heurística", "esquema heurístico" ou "quadro para análise política", em vez de "teoria em seu sentido tradicional" ("um conjunto de ... proposições relacionadas que incluem entre elas algumas generalizações semelhantes à lei 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 totalmente excluído do reino do positivismo, e eu gostaria de elaborar. Neste artigo, modelo não significa um conjunto de variáveis com ligações quantificáveis especificadas, capazes de falsificação estatística. Vide C. JENCKS, M. SMITH, H. ACLAND, M. BANE, D. COHEN, H. GINTIS, B. HEYNS & S. MICHELSON, *INEQUALITY-A REASSESSMENT OF THE EFFECT OF FAMILY AND SCHOOLING IN AMERICA* 320-50 (1972) ("Path Models of Intergenerational Mobility"); Bush, Luce & Suppes, *Models, Mathematical*, 10 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES 378 (1968); Christ, *Econometric Models, Aggregate*, 4 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES 344 (1968). O modelo apresentado aqui é um esquema verbal de típicos atores e interações. 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 suficientemente geral para cobrir todas as implementações. O modelo é preditivo e falseável, na medida em que é inconsistente com "quadros" concorrentes da *forma* básica de implementação. Vide, por exemplo, Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1067-69 (discussão do modelo "impacto legal"). Para discussão dos aspectos descritivos do modelo e suas vantagens, consulte a parte II(B) deste artigo; para uma discussão sobre aspectos preditivos, veja a parte III(E).

Confesso perplexidade sobre 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

envolvidos em um processo de suficiente nível de generalidade para que os padrões comuns possam ser reconhecidos em uma ampla variedade de áreas substantivas. 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 como visualizamos a operação do processo legal.

Outra conotação infeliz da palavra modelo deve ser abordada logo no início. O modelo parece estranho e artificial, algo entendido pelos "cientistas" sociais em vez de cidadãos, advogados, políticos e juizes. 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 jurisprudência, pesquisa jurídica e análise de políticas, com aspectos práticos do processo legal 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 chocantes, quando comparadas explicitamente com preconceitos, ideologias e racionalizações.

## A. O que é Implementação?

---

palavra modelo parece melhor que conceito, nomes ou até tipologia, porque a tentativa aqui é "relacionar ... conceitos em conjuntos de proposições inter-relacionadas". P. ABELL, MODEL BUILDING IN SOCIOLOGY 1 (1971). 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 sobre o 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 necessário 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 argumento poderia ser feito sobre teorias genuinamente preditivas, discutidas acima. Assim, o modelo apresentado aqui é útil para a pesquisa porque é heurístico (sugerindo áreas para pesquisa), holístico (lembrando os pesquisadores para não negligenciarem partes cruciais de todo o processo) e sintético (relacionando áreas da realidade e pesquisa entre si).

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 legal e contrastando a pesquisa orientada à implementação com outros tipos de pesquisa<sup>4</sup>. No referido artigo, a implementação foi definida como o processo de criação ou tentativa de mudança social através da lei<sup>5</sup>. 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 dinâmico<sup>6</sup>. A mudança social também é difícil de se realizar devido à falta de vontade ou incapacidade no setor regulado. A dificuldade da tarefa social exige a resposta legal característica da implementação, política jurídica "afinada" consistente em planejamento detalhado, direcionamento, supervisão e controle<sup>7</sup>. Estruturalmente, a implementação tende a envolver uma ou mais organizações, agências do governo, tentando mudar o comportamento de outras organizações, governamentais ou não-governamentais. 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 suficientemente difícil para exigir uma grande parte de interação. A implementação se preocupa mais com as funções manifestas do que com as funções latentes da lei (reconhecendo as funções latentes à medida que afetam o manifesto)<sup>8</sup>; é necessária uma visão instrumental, e não determinística, ou social teórica, da ordem sociojurídica<sup>9</sup>.

A implementação é um assunto significativo para estudo, pois está envolvida em quase todas as intervenções governamentais de importância crítica de 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 que surgiram nas décadas de 1960 e 1970. Intrinsecamente difícil de realizar, a implementação recentemente pareceu impossível ou muito cara<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Vide de forma geral: Clune & Lindquist, nota 2 *supra*.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 1045.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 1105-11. Para uma discussão de tendências estáveis nas interações representadas pelo modelo, vide parte II(b)(8)(c).

<sup>7</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1072-83.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 1094-1101.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 1101-04.

<sup>10</sup> O "neoconservadorismo" define-se em termos de desilusão com os resultados e o potencial de programas sociais ambiciosos. Vide Goodman, *Irving Kristol: Patron Saint of the New Right*, N.Y. Times, Dec. 6, 1981, 56 (Revista), at 90. *Distinguishing lack of enthusiasm over goals from doubts about the efficacy and cost of means is not easy*. Vide Clune, *The Deregulation Critique of the Federal Role in Education*, in SCHOOL DAYS,

## B. Significado e Importância de um Modelo Geral

O modelo apresentado neste artigo é uma representação dos atores e interações envolvidos em um processo típico de implementação, mas a abstração não é muito abstrata. Este artigo tenta 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 leis trabalhistas igualitárias<sup>11</sup>. Consequentemente, o modelo não é composto de "variáveis" em um alto nível de abstração. É preenchido com 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. Trabalhos existentes em implementação são parciais e fragmentados. Parciais porque o que geralmente se considera como pesquisa sobre implementação é realmente pesquisa sobre várias partes do processo de implementação. Fragmentado porque a pesquisa não está inter-relacionada ou sintetizada em nenhum lugar, ou mesmo sintetizada em um só lugar. Com um modelo geral, a pesquisa sobre implementação pode ser categorizada de acordo com vários fatores, como qual parte do processo é descrita e qual é o ponto de vista adotado.

Além de ajudar a 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 legião de possíveis hipóteses rivais sobre o processo de implementação e sensibiliza os pesquisadores sobre o que investigar. Além disso, certas implicações gerais do modelo podem ser inferidas com utilidade, 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 restrições realistas sobre as alternativas de implementação. Por exemplo, se o que mais adiante neste artigo é chamado de "teoria da sanção" for considerado sem referência às

---

RULE DAYS: REGULATION AND LEGALIZATION IN AMERICAN EDUCATION (D. Kirp ed., a ser publicado).

<sup>11</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1091 n. 103, para uma coletânea de casos estudados de implementação.

políticas de implementação<sup>12</sup>, pode resultar uma falsa percepção do leque de possíveis sanções e respostas. No mundo real da implementação, talvez não seja possível promulgar ou aplicar sanções atrativas por causa das realidades 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 toda a gama de atividades envolvidas na implementação é apreciada, também é óbvio que diferentes técnicas de pesquisa devem fazer parte da pesquisa de implementação. Muitos dos problemas mais recorrentes 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 o 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 apresentado aqui 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 desafortunada, porque as características predominantes do direito discutidas pelos teóricos são realmente ilustradas por eventos com os quais todos somos 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 o 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 estas partes se relacionam.

---

<sup>12</sup> Para a discussão sobre os ciclos ascendente e descendente de implementação, vide partes II(B)(1) e III(A).



## II. UM MODELO "POLÍTICO" DE IMPLEMENTAÇÃO

Esta parte está preocupada principalmente com a apresentação e a explicação do modelo; os comentários são reservados para a parte III. A natureza "política" característica do modelo, no entanto, 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, os mesmos grupos de interesses estão envolvidos em ambas as fases do processo de produção normativa. Como se verá, no entanto, fases diferentes podem envolver distintos equilíbrios de poder, e a política pode assumir formas bem diferentes. Neste artigo, "direito" é simplesmente o equilíbrio atingido pelas forças em disputa, em um dado estágio do processo. No entanto, a norma jurídica é mais do que simplesmente um prêmio político ou um compromisso; é 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 motriz por trás da formulação e da implementação de políticas. Portanto, o propósito final de uma lei é encontrado nas aspirações sociais das pessoas e não nas leis ou na história legislativa. A estrutura de uma lei e sua história legislativa não apenas podem revelar a natureza das aspirações sociais subjacentes, mas 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 está sendo violado e nos problemas éticos relativos à violação de requisitos mínimos de legalidade<sup>13</sup>. O modelo, portanto, descreve a implementação como um processo interativo entre *atores* produzindo *comportamentos*. Os comportamentos incluem leis (comandos legais), incentivos legais (essencialmente aplicáveis) e conformidade ou desconformidade.

Outra nota introdutória é necessária para evitar confusão. Basicamente, o modelo aplica-se tanto aos processos legislativos como administrativos, bem como a alguns litígios perante os tribunais. No artigo anterior, a implementação foi definida de forma a incluir apenas um certo tipo de litígio, o "litígio de direito público"<sup>14</sup>. No contencioso de direito

---

<sup>13</sup> Para uma discussão sobre a mudança dos papéis da lei no direito político pós-moderno, vide de forma geral parte IV

<sup>14</sup> Vide de forma geral Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976); Diver, *The Judge As Political Power broker: Superintending Structural Change in Public Institutions*, 65 VA. L. REV. 43 (1979); Eisenberg & Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation*, 93

público, todas as funções e interações descritas no modelo são aplicáveis. A forma da interação é, obviamente, fortemente influenciada pelo contexto judicial. O comando jurídico<sup>15</sup> é uma decisão judicial, ao invés de uma lei em sentido formal; o monitoramento, a negociação e a solução de problemas são feitos por magistrados<sup>16</sup> em vez de agências administrativas<sup>17</sup>. Mas os elementos funcionais centrais da implementação são os mesmos: uma tarefa social difícil é satisfeita com uma política legislada bem ajustada, atores interessados intervêm em todos os pontos do processo, defesas e desvios organizacionais são removidos. Essas características comuns aumentam a utilidade de um modelo único para a implementação orientada por tribunais e por agências.

### A. Atores e comportamentos durante a implementação

A Tabela 1 apresenta 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 OS SEUS COMPORTAMENTOS		
Atores externos	Atores Internos	Comportamentos
(I) Grupos de interesse e Mídia	(A) Organizações normatizadoras (formuladoras de políticas)	(1) Comandos legais
	(B) Organizações reguladoras e suas	(2) Incentivos legais

HARV. L. REV. 465 (1980); Fletcher, *Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 YALE L.J. 635 (1982); Rhode, *Class Conflicts in Class Actions*, 34 STAN. L. REV. 1183 (1982); *Symposium: Judicially Managed Institutional Reform*, 32 ALA. L. REV. 267 (1981); *Special Project, The Remedial Process in Institutional Reform Litigation*, 78 COLUM. L. REV. 784 (1978); Nota, *Implementation Problems in Institutional Reform Litigation*, 91 HARV. L. REV. 428 (1977); Nota, *Institutional Reform Litigation: Representation in the Remedial Process*, 91 YALE L.J. 1474 (1982).

<sup>15</sup> N.T.: no original "legal mandate"

<sup>16</sup> N.T.: no original "judge and judicial masters".

<sup>17</sup> Vide Yudof, *Plato's Ideal and the Perversity of Politics* (Book Review), 81 MICH. L. REV. 730, 741-45 (1983) (legislaturas e tribunais em litígios institucionais são semelhantes em 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).

	ideologias	
	(C) Organizações reguladas e suas ideologias	(3) Conformidade e desconformidade

As "variáveis" são classificadas por colunas. "Atores externos" (coluna 1) refere-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 — ACLU<sup>18</sup>, NAACP<sup>19</sup>, sindicatos, ambientalistas, *lobbies* empresariais — e a mídia de massa. Implementação é um processo criado e dirigido por movimentos sociais; reformadores sociais e seus oponentes são ativos em todas as etapas. Conseqüentemente, 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 legislaturas, 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 inspeções<sup>20</sup>. As organizações reguladoras aplicam suas 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 comportamento de conformidade (incluindo desconformidade) (3) é um comportamento de organizações reguladas (C). Os resultados jurídicos não são descritos pelo modelo, nem são levados em consideração por ele. Os motivos dessa exclusão, juntamente com os motivos de muitas outras exclusões, são apresentados no primeiro artigo<sup>21</sup>. 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.

## B. Interações-padrão durante a implementação

<sup>18</sup> N.T.: *American Civil Liberties Union*.

<sup>19</sup> N.T.: *National Association for the Advancement of Colored People*.

<sup>20</sup> Uma das características estruturais comuns dos tribunais é que eles combinam a elaboração de leis e funções reguladoras em uma única organização.

<sup>21</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1066-72.

A implementação é, acima de tudo, 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 introduzido para fazer valer os direitos civis pode ser cumprido com iniciativas legislativas destinadas a atenuá-lo ou reforçá-lo. Os regulamentos promulgados sob a legislação podem enfrentar resistência política e serem 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 Administração Reagan para consolidar subsídios federais vinculados<sup>22</sup>.

Um modelo "político" presumivelmente deve descrever as interações políticas, e não é demais dizer que o modelo apresentado neste artigo consiste inteiramente em interações. Esta seção do artigo apresenta as interações que são "padrão" durante a implementação; isto é, aquelas que, porque parecem ocorrer repetidas vezes, dão à implementação sua "forma" característica<sup>23</sup>. Algumas implicações de "interatividade" ou "recursividade", como adiante denominadas, serão exploradas em uma seção posterior.

A Tabela 2 contém elementos analiticamente distintos das interações. As interações são apresentadas em "ordem lógica-cronológica", como se a estrutura oficial do processo legal 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 amplamente 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 consideradas<sup>24</sup>. Por ora, é importante isolar os tipos de interações que ocorrem nas várias combinações do mundo real. Observe-se que cada

---

<sup>22</sup> Os esforços do governo em educação culminaram na Lei de Consolidação e Melhoria da Educação de 1981 (ECIA), Pub. L. No. 97-35, 95 Stat. 463 (codificado conforme emendas nas seções dispersas de 20, 21 U.S.C.). Embora a ECIA contenha mudanças importantes foi menos "consolidativa" do que a Administração desejava e da proposta original. Programas bilíngues e deficientes não faziam parte da consolidação; e o principal programa educacional federal, Título I da Lei do Ensino Fundamental e Médio de 1965, Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. 27, 27-36 (auxílio a estudantes desfavorecidos) foi preservada na forma alterada, mas distinta, como o capítulo 1 da ECIA. 95 Stat. em 464-69 (codificado em seções dispersas de 20 U.S.C.).

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Para uma discussão das interações em ação, vide parte II(B)(8).

interação se refere aos atores e comportamentos indicados na Tabela 1, pelo uso das indicações de letras e números daquela tabela:

<p><b>Tabela 2</b></p> <p><b>INTERAÇÕES-PADRÃO DURANTE A IMPLEMENTAÇÃO</b></p> <p><b>EM SEQUÊNCIA "LÓGICA"</b></p>
<p>I. O “CICLO DESCENDENTE”</p> <p>1. Formulação de políticas [(I) -&gt; (A) -&gt; (1) = na tabela 1]</p> <p>2. Desenvolvimento de incentivos legais [(1) -&gt; (B) -&gt; (2)]</p> <p>3. Respostas das organizações reguladas [(2) -&gt; (C) -&gt; (3)]</p> <p>4. Desenvolvimento/ Resposta das Interações [(2) -&gt; (3); (3) -&gt; (2)]</p>
<p>II. O “CICLO ASCENDENTE”</p> <p>1. Influência sobre as políticas formais das agências reguladoras por <i>insiders</i> e alianças <i>insiders/outsideers</i>:</p> <p>[(C) -&gt; (B) -&gt; (2); (C)/(I) -&gt; (B) -&gt; (2)]</p> <p>2. Influência nas leis por agentes <i>insiders</i> e <i>outsiders</i> para obter mudanças nos mandatos subjacentes (estatutos)</p> <p>[(C)/(I) -&gt; (A) -&gt; (1)]</p>

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.

### 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 à conformidade. Começa com a emissão de um comando jurídico<sup>25</sup>, continua com a implantação de incentivos legais e termina com o cumprimento e o descumprimento pelo setor regulado. O ciclo ascendente, por outro lado, é orientado para o governo, seus comandos e suas sanções cotidianas. Durante a implementação, as organizações

<sup>25</sup> N.T.: No original, *legal mandate*. Optamos por traduzir a expressão legal mandate como comando jurídico em todas as aparições no decorrer do texto.

reguladas e seus aliados fazem esforços contínuos 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 obter várias medidas corretivas. Na prática administrativa, o *lobby* para fortalecer ou enfraquecer os estatutos, regulamentos administrativos e sanções administrativas é comum<sup>26</sup>.

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 cresce de maneira ordenada, é porque os conflitos foram resolvidos em uma multiplicidade de situações críticas, de maneira 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 x Cahill*<sup>27</sup>, sobre financiamento da educação. Durante cerca de seis anos, os tribunais e o legislativo de Nova Jersey negociaram três complexos diplomas normativos, um julgamento do tribunal de justiça e sete decisões da Suprema Corte, incluindo uma dramática ordem conflituosa de fechar as 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 os requisitos básicos do texto final<sup>28</sup>.

## 2. Formação de políticas: obtenção e especificação do comando jurídico

---

<sup>26</sup> Sobre litígios institucionais, vide nota 14 *supra*; sobre lobby no processo administrativo, vide parte II(B) (6) (influência nas organizações reguladoras para mudar a política formal).

<sup>27</sup> 118 N.J. Super. 223, 287 A.2d 187, sup., 119 N.T. Super. 40, 289 A.2d 569 (1972), modificada, 62 N.J. 473, 303 A.2d 273, reiterada, 63 N.J. 196, 306 A.2d 65, negado provimento *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. sub nom. negado *Klein v. Robinson*, 423 U.S. 913 (1975); 69 N.J. 449, 355 A.2d 129, sup., 70 N.J. 155, 358 A.2d 457, liminar revogada, 70 N.J. 464, 360 A.2d 400 (1976).

Típico de litígios institucionais ou de direito público, *Robinson* não é realmente um "caso" mas, sim, uma série de interações entre vários tribunais e outros órgãos do governo. Ainda assim, a qualidade limitada das decisões judiciais e o poder hegemônico dos tribunais conferem um grau incomum de coerência às implementações gerenciadas judicialmente. Vide Clune com Lindquist, Serrano e Robinson: *Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation*, in II SCHOOLS AND THE COURTS 67, 84-104 (P. Piele ed. 1979).

<sup>28</sup> Clune com Lindquist, Serrano e Robinson: *Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation*, in II SCHOOLS AND THE COURTS 67, 97-104, 107-11 (P. Piele ed. 1979).

O primeiro passo da longa série de ajustes que chamamos de implementação ocorre quando os movimentos sociais obtêm um comando jurídico do governo<sup>29</sup>. Compreender o movimento social por trás de 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 VII<sup>30</sup> ou da Ordem Executiva 11.246<sup>31</sup>. Mais importante, a teoria ou "visão" do bem social mantida pelo movimento é necessária para explicar as reações do movimento às ações do governo ao longo da implementação. Podemos prever as reações do movimento ambientalista às ações do Secretário do Interior Watt, por exemplo, porque temos uma apreciação intuitiva dos objetivos e da visão do movimento. Pelas mesmas razões, também é necessário entender a oposição do movimento. Os compromissos inicialmente incorporados a todas as leis conquistadas pelos movimentos sociais são atribuíveis diretamente aos poderosos grupos de interesse que se opõem à esta iniciativa. A teoria das falhas da lei, ou dos interesses contra os quais os objetivos do movimento social devem ser equilibrados para determinar se são razoáveis, 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 se torna específico. Nesse ponto, ocorre primeiro o ajuste fino do objetivo social subjacente às difíceis realidades sociais<sup>32</sup>. Comandos jurídicos específicos no estilo 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 trilhas 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 contratação de acordo com o número de mulheres e minorias nos

---

<sup>29</sup> Para exemplos de movimentos sociais que buscaram comandos jurídicos, vide de forma geral J. HANDLER, *SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM-A THEORY OF LAW REFORM AND SOCIAL CHANGE* (1978); R. KLUGER, *SIMPLE JUSTICE-THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND BLACK AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY* (1976); F. PIVEN & R. CLOWARD, *POOR PEOPLE'S MOVEMENTS-WHY THEY SUCCEED, HOW THEY FAIL* (1977); Bell, *The Dialectics of School Desegregation*, 32 ALA. L. REV. 281 (1981); R. Lindquist with W. Clune, *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, p. II.1-119 (June 30, 1982) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<sup>30</sup> Lei dos Direitos Civis de 1964, Pub. L. No. 88-352, §§ 701-716, 78 Stat. 241, 253-66, alterada pela Lei da Igualdade de Oportunidades de Emprego de 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 Stat. 103 (versão atual em 42 U.S.C. § 2000e (1) — (17) (1976)).

<sup>31</sup> 30 Fed. Reg. 12.319 (1965).

<sup>32</sup> Vide Clune&Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1060.

grupos de trabalho disponíveis<sup>33</sup>. Essa abordagem não promove ação afirmativa tanto quanto outras abordagens. De fato, essa abordagem foi uma concessão para as organizações reguladas e limitou bastante a quantidade de contratações exigida por lei<sup>34</sup>. Além disso, um contratante somente seria responsável se a contratação fosse feita de má-fé<sup>35</sup>.

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 para o que é legal 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 oposição a mais contratações de minorias está profundamente enraizado na estrutura social. A pressão sobre um contratante individual para melhorar seu registro ilustra o conflito tanto quanto os compromissos incorporados no comando jurídico. Terceiro, falar do "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 um representa uma resolução ligeiramente diferente das forças sociais concorrentes, uma "receita" ligeiramente diferente de ajustes-padrão<sup>36</sup>. Numa visão prospectiva de uma implementação, pode-se antecipar que modificações da base jurídica serão frequentemente buscadas e ocasionalmente obtidas<sup>37</sup>. É apenas um exagero relativo dizer que mandatos, como regulamentos e interações de execução, vêm e vão.

---

<sup>33</sup> Vide 41 C.F.R. 5 60-2,11 (1982) (análise de utilização); Idem. § 60-2,12 (objetivos e horários).

<sup>34</sup> No ensino superior, por exemplo, definição de metas de contratação em termos de qualificação das minorias disponíveis significa que as metas para muitos departamentos acadêmicos consideráveis são zero, um ou duas minorias. Uma análise de 1979 das metas de ação afirmativa da Universidade de Wisconsin, por exemplo, determinou que as minorias representavam 2% da disponibilidade de força de trabalho em economia (pessoas qualificadas com diploma exigido). Dois por cento do total de faculdades de economia de 37 implicava uma representação minoritária de 0,75 (arredondado para 1).

Como a economia da época não tinha minorias, seu objetivo de ação afirmativa era uma contratação. A disponibilidade de minorias em astronomia foi definida em 0,9%, implicando um "objetivo" de zero na contratação em um departamento de nove pessoas. Universidade de Wisconsin-Madison, vice-chanceler para assuntos acadêmicos, Relatório de 1978 sobre ação afirmativa e contratação de professores (22 de maio de 1979).

<sup>35</sup> Vide 41 C.F.R. § 60-2,15 (1982).

<sup>36</sup> A cronologia e a abordagem distinta de cada ordem executiva são apresentadas em R. Lindquist com W. Clune, *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, p. III.1 a 165 (30 de junho de 1982) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<sup>37</sup> 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. 27 (1965). Ver de modo geral M. KIRST & R. JUNG, *THE UTILITY OF A LONGITUDINAL APPROACH IN ASSESSING IMPLEMENTATION: A THIRTEEN YEAR VIEW OF TITLE I*, ESEA (Inst. Pesquisa em Educ. Fin. Governamentais, Stanford Univ., Relatório do Projeto No. 80-B18, 1980); ver também nota 62 *infra* (padrão *Adams vs. Richardson* de intervenção judicial).



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 às restrições da lei, e é absolutamente impossível contar uma história completa de implementação sem atenção substancial à formação de políticas.

### 3. Implantação de incentivos legais

O comando jurídico é, na verdade, apenas “direito nos livros” (exceto pelos impactos simbólicos, cuja exclusão da implementação é discutida no artigo anterior<sup>38</sup>). Para aplicar a política normatizada às organizações reguladas de forma efetiva, 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 legais são apenas uma pequena parte dos incentivos legais. Outros, são ordens diretas para executar ou não uma ação, requisitos burocráticos, inspeções, investigações e ameaças de cada um. A quantidade total de recursos aplicados para a execução e a habilidade com que esses recursos são organizados e gerenciados são partes óbvias da estrutura de incentivos.

A maioria das relações regulatórias é longa com incentivos informais e intermediários, como a chamada "sanção burocrática"<sup>39</sup>, 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 nas práticas. Além disso, as reclamações geralmente são tratadas através da estrutura administrativa, em vez de se proceder à sanção final da descontinuação de fundos<sup>40</sup>.

Um dos determinantes mais importantes dos incentivos legais é a "ideologia" da organização reguladora. "Ideologia", nesse sentido, é usada para se referir à orientação da agência em relação ao objetivo subjacente à lei<sup>41</sup>. Obviamente, é provável que uma agência

---

<sup>38</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, 1061-66.

<sup>39</sup> 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. Veja P. HILL, *ENFORCEMENT AND INFORMAL PRESSURE IN THE MANAGEMENT OF FEDERAL CATEGORICAL PROGRAMS IN EDUCATION* 14-29 (Nota aleatória N-1232-HEW, 1979).

<sup>40</sup> Idem, p. 10-12. As recomendações de auditoria para cortar fundos geralmente são diluídas devido à pressão política que surge para defender um programa ameaçado. Limites reais para interrupção do serviço têm a finalidade de fornecer subvenções e reparações de gastos incorridos com o subsídio do fundo atual.

<sup>41</sup> Uma lista de fontes que lidam com vários aspectos da ideologia inclui, em geral: F. SCHURMANN, *IDEOLOGY AND ORGANIZATION IN COMMUNIST CHINA* (2ª ed. 1968); nas organizações reguladoras: H. KAUFMAN, *THE FOREST RANGER* (1960); S. TAYLOR, *ENVIRONMENTAL ANALYSTS IN THE BUREAUCRACY: THE IMPACT STATEMENT STRATEGY OF ADMINISTRATIVE REFORM* (a publicar); em

com um profundo compromisso com o direito implante uma estrutura de incentivos diferente de uma agência relativamente indiferente. Uma reclamação comum sobre novos propósitos das agências que emergem dos movimentos sociais é que elas são excessivamente zelosas em sua estratégia de execução e que tomam ações "pró-movimento" não autorizadas pela base jurídica<sup>42</sup>. Pessoas simpáticas ao movimento 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 considerando exageradas até mesmo interpretações jurídicas razoáveis em favor do movimento. Para cada um dos lados, os compromissos da lei são convenientes, mas dificilmente desejáveis.

#### **4. Respostas das Organizações Reguladas**

Organizações reguladas respondem a incentivos legais com alguma combinação de cumprimento e descumprimento. Qualquer programa implementado em sua integralidade produzirá um mínimo de cumprimento, ao mesmo tempo em que há também confusão, procrastinação e evasivas, por mais bem-sucedida que seja a implementação. A chave para entender as respostas das organizações reguladas é que elas devem integrar os incentivos para 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 das metas da implementação é sempre problemático para uma organização e raramente é mais do que parcial. A conformidade é cara; 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

---

organizações regulamentadas: M. METZ, *CLASSROOMS AND CORRIDORS-THE CRISIS OF AUTHORITY IN DESEGREGATED SECONDARY SCHOOLS* (1978); J. MURPHY, *STATE EDUCATION AGENCIES AND DISCRETIONARY FUNDS* (1974) (Uma versão curta deste estudo é Murphy, Title V of ESEA: *The Impact of Discretionary Funds on State Education Bureaucracies*, in *SOCIAL PROGRAM IMPLEMENTATION* 77 (1976).

<sup>42</sup> Vide N. GLAZER, *AFFIRMATIVE DISCRIMINATION* 213-14 (1975). Uma das principais razões para consolidar a execução do Escritório de Conformidade Federal de Contratos em uma agência deveria circunscrever o leque de discricão 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 discricão da consolidação. R. Lindquist with W. Clune, *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, at III. 1-. 165 (30 de junho de 1982) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

"contextualizada"<sup>43</sup>. Nas prisões, a exigência de que os prisioneiros possam receber correspondências pode exigir uma equipe de inspeção de correspondências de forma a limitar os riscos de contrabando; esta restrição orçamentária pode ser custeada com a redução do corpo docente no sistema educacional da prisão<sup>44</sup>.

O processo pelo qual as organizações respondem aos incentivos e a organização interna pela qual o fazem também são importantes. No nível mais amplo, as organizações geralmente 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 eficiência<sup>45</sup>. Algumas organizações estão particularmente mal equipadas para dar respostas organizadas. Escolas, por exemplo, são especialmente "fracamente acopladas"<sup>46</sup>. Os administradores que tecnicamente estão em posições hierárquicas de autoridade têm relativamente pouco controle sistemático ou conhecimento sobre atividades essenciais na sala de aula<sup>47</sup>.

Organizações reguladas não são apenas maximizadores de utilidade racional. Toda organização tem uma "cultura" (próxima do que foi chamado de "ideologia" nas organizações reguladoras)<sup>48</sup>. Essa cultura pode distorcer a importância e a relevância dos incentivos em comparação com o que se poderia esperar de 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 empresarial. Logo, mesmo quando as sanções legais são severas, a falha em evitá-las é tolerada caso incorrida à busca de um objetivo comercial que a cultura organizacional define como legítimo<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Vide D. KIRP, *JUST SCHOOLS-THE IDEA OF RACIAL EQUALITY IN AMERICAN EDUCATION* 53-56, 59-60 (1982).

<sup>44</sup> Vide Wis. ADMIN. CÓDIGO § HSS 309.05 (1982). Vide de forma geral Dickey, *The Promise and Problems of Rulemaking in Corrections: The Wisconsin Experience*, 1983 Wis. L. REV. 285.

<sup>45</sup> J. MURPHY, *STATE EDUCATION AGENCIES AND DISCRETIONARY FUNDS* 13-17 (1974).

<sup>46</sup> Weick, *Educational Organizations as Loosely Coupled Systems*, 21 AD. SCI. Q. 1, 3 (1976); Weick, *Administering Education in Loosely Coupled Schools*, 63 PHI DELTA KAPPAN 673, 673-76 (1982). Para uma ampla discussão sobre propriedades organizacionais das escolas, vide de forma geral M. MILES, *COMMON PROPERTIES OF SCHOOLS IN CONTEXT: THE BACKDROP FOR KNOWLEDGE UTILIZATION AND "SCHOOL IMPROVEMENT,"* "(Nat'l Inst. of Educ., 1980). Idem, p. 61 n.17 avalia o conceito de acoplamento fraco.

<sup>47</sup> Consulte Sproull, *Managing Education Programs: A Micro behavioral Analysis*, 40 HUM. RG. 113, 117-18 (1981).

<sup>48</sup> Vide J. MURPHY, *STATE EDUCATION AGENCIES AND DISCRETIONARY FUNDS* 14-15 (1974). Vide de forma geral S. SARASON, *THE CULTURE OF THE SCHOOL AND THE PROBLEM OF CHANGE* (1971). O termo "sistema social burocrático", usado pelo meu colega Joel Handler, captura os aspectos organizacionais / culturais duplos de organizações reais.

<sup>49</sup> C. STONE, *WHERE THE LAW ENDS-THE SOCIAL CONTROL OF CORPORATE BEHAVIOR* 7, 46-57, 67-69 (1975).

O conflito entre incentivos legais e metas organizacionais leva a todo tipo de manobras e "jogos"<sup>50</sup>. Queixas, demoras e confusões são rotina. Organizações sujeitas a ordens legais geralmente reclamam sobre o custo do cumprimento, a dificuldade de obter informações e outros problemas. O descumprimento pode ser "culpa dos outros"<sup>51</sup>, como quando o legislativo não fornece fundos necessários para permitir que a organização regulada cumpra com 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 legais chamam de "legalismo"<sup>52</sup>. 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"? As escolas obrigadas a demonstrar a existência de serviços suplementares para certas categorias de alunos podem isolar esses alunos da sala de aula regular durante parte do dia, mesmo que o isolamento seja prejudicial para a educação<sup>53</sup>.

A resposta a incentivos legais produz algum grau de "institucionalização" de comportamentos de conformidade por parte da organização regulada<sup>54</sup>. A institucionalização é

---

<sup>50</sup> E. BARDACH, *THE IMPLEMENTATION GAME-WHAT HAPPENS AFTER A BILL BECOMES A LAW* 38-40, 55-58 (1977).

<sup>51</sup> Ou, como escreve Bardach, do ponto de vista da corporação, a não conformidade é "Não é nosso problema". Idem, p. 159.

<sup>52</sup> Sobre o deslocamento da meta, vide idem, p. 85-95; P. BLAU, *THE DYNAMICS OF BUREAUCRACY-A STUDY OF INTERPERSONAL RELATIONS IN TWO GOVERNMENT AGENCIES* 231-265 (1963); J. PRESSMAN & A. WILDAVSKY, *IMPLEMENTATION* I passim (2d ed. 1979); P. SELZNICK, *TVA AND THE GRASS ROOTS-A STUDY IN THE SOCIOLOGY OF FORMAL ORGANIZATION* 259 (1949) ("desvio de objetivos"); Barro, *Federal Education Goals and Policy Instruments: An Assessment of the "Strings" Attached to Categorical Grants in Education*, em *THE FEDERAL INTEREST IN FINANCING SCHOOLING* 229 (M. Timpane ed. 1978). Sobre legalismo, vide E. BARDACH & R. KAGAN, *GOING BY THE BOOK-THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS* 93-123 (1982); R. KAGAN, *REGULATORY JUSTICE-IMPLEMENTING A WAGE PRICE FREEZE* 90-97 (1978); J. SHKLAR, *LEGALISM* 113-23 (1964).

<sup>53</sup> Vide Archambault 8r St. Pierre, *The Effect of Federal Policy on Services Delivered Through ESEA Title I*, EDUC. EVALUATION & POL'Y ANALYSIS, May-June 1980, p. 33, 42; G. Glass & M. Smith, "Pull Out" in Compensatory Education (2 de novembro de 1977) (manuscrito não publicado arquivado na Iowa Law Review). Sobre alternativas ao sistema de extensão, vide, Turnbull, Smith & Ginsburg, *Issues for a New Administration: The Federal Role in Education*, 89 horas. J. EDUC. 396, 417-21 (1981).

<sup>54</sup> Vide Meyer, *Strategies for Further Research: Varieties of Environmental Variation*, in ENVIRONMENTS AND ORGANIZATIONS 352, 355-57 (1978); Meyer & Rowan, *The Structure of Educational Organization*, em idem, a 78, 79-81 (1978); Meyer, Scott, Cole & Intili, *Instructional Dissensus and Institutional Consensus in Schools*, id 233, 256-63; Meyer & Rowan, *Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83 AM.J. Soc. 340, 346-48 (1977); J. Meyer, W. Scott e T. Deal, *Institutional and Technical Sources of Organizational Structure Explaining the Structure of Educational Organizations* (maio de 1980) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor); vide também Bermani e McLaughlin, *Federal Support for Improved Educational Practice*, in *THE FEDERAL INTEREST IN FINANCING SCHOOLING* 209, p. 216-19 (M. Timpane ed. 1978).

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 escolares<sup>55</sup>. 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 para as 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 variado<sup>56</sup>. Novas 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 rapidamente assim que os incentivos legais são descontinuados<sup>57</sup>. É importante lembrar que a institucionalização pode ser perniciosa e disfuncional, como também pode ser eficientemente orientada para a conformidade. A ênfase excessiva na responsabilidade fiscal, por exemplo, pode destruir uma organização produzindo medo, ressentimento e estagnação da produtividade por meio de medidas defensivas de cumprimento técnico obsessivo.

## 5. Interações de Implantação-Resposta

O modelo incentivo-resposta descreve muitas das interações durante a implementação. Regras legais e incentivos são estabelecidos, e as organizações reguladas respondem a eles de maneira calculada. Por exemplo, a nova legislação federal contém disposições que as escolas privadas devem ser incluídas em vários programas<sup>58</sup>. 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

---

<sup>55</sup> O termo "sombra" é derivado de Mnookin & Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 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. Vide de forma geral Galanter, *Justice In Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, 19 J. LEGAL PLURALISM 1 (1981). A ideia geral é que muitas atividades e estruturas diferentes da conformidade com comandos específicos ocorrem como resposta à lei.

<sup>56</sup> Vide Tyack, Kirst, & Hansot, *Educational Reform: Retrospect and Prospect*, 81 TCHRS. C. REC. 253, 256-63 (1980).

<sup>57</sup> Para uma discussão dos fatores que levaram à institucionalização de alguns projetos e não de outros, vide Berman & McLaughlin, *Federal Support for Improved Educational Practice*, in THE FEDERAL INTEREST IN FINANCING SCHOOLING, 209, 217-19 (M. Timpane ed. 1978).

<sup>58</sup> Education Consolidation and Improvement Act of 1981, Pub. L. No. 97-35, § 586, 95 Stat. 463, 477 (codificado em 20 U.S.C. § 3862 (Supp. V 1981)). Compare 20 U.S.C. § 3086 (Sup. V 1981) com id. § 3862.

agência ou tribunal emite uma ordem para fazer ou não fazer um determinado ato, e a organização regulada simplesmente deve decidir como responder. Este modelo incentivo-resposta não se aplica igualmente bem 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. Por falta de nome melhor, eles foram chamados de "interações de implantação-resposta" na Tabela 2.

A essência dessas interações é a de que as organizações reguladora e regulada negociam, ou "constroem", o significado de conformidade durante um período de tempo<sup>59</sup>. Tal negociação tende a ocorrer no que Reiss e Biderman chamam de "relação de conformidade"<sup>60</sup>. A relação de conformidade é uma relação regulatória contínua na qual definições precisas de conformidade e desconformidade estão indisponíveis, principalmente porque várias desculpas para 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 na contratação.

Em relacionamentos de conformidade, a pressão da agência reguladora é sequencial e incremental, a fim de levar as organizações reguladas a incrementos viáveis de conformidade. A definição de conformidade não é dada pela lei, mas é construída socialmente pelas partes, com base em quais ações elas podem concordar que são suficientes em todas as circunstâncias. Se a desconformidade parece existir, a organização regulada deve persuadir a organização reguladora com escusas plausíveis. Aqui, a boa vontade é tão importante quanto os resultados concretos, a honestidade em admitir problemas é tão importante quanto a ausência de problemas, e o planejamento é tão importante quanto a ação.

---

<sup>59</sup> Vide de forma geral P. BLAU, *THE DYNAMICS OF BUREAUCRACY-A STUDY OF INTERPERSONAL RELATIONS IN TWO GOVERNMENT AGENCIES* 121-228 (1963); M. DERTHICK, *THE INFLUENCE OF FEDERAL GRANTS* (1970); K. HAWKINS, *ENVIRONMENT AND ENFORCEMENT: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF POLLUTION* (no prelo); K. HAWKINS & J. THOMAS, *ENFORCING REGULATION: POLICY AND PRACTICE* (1983); Estratégia de Hawkins, *Bargain and Bluff-Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation*, 5 LEI & POLÍTICA Q. 35 (1983); P. HILL, *ENFORCEMENT AND INFORMAL PRESSURE IN THE MANAGEMENT OF FEDERAL CATEGORICAL PROGRAMS IN EDUCATION* (Nota avulsa nº N-1232-HEW, 1979).

Grande parte da discussão desta seção deve-se a uma apresentação de Keith Hawkins intitulada "A estratégia de conformidade", em um colóquio interdisciplinar de estudos jurídicos na Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin (6 de novembro de 1981).

<sup>60</sup> A. REISS & A. BIDERMANN, *DATA SOURCES ON WHITE-COLLAR LAW-BREAKING* 131-37 (Instituto Nacional de Justiça, Dep. De Justiça dos EUA, 1980).

A construção social da conformidade é negociada por meio da barganha, na qual a organização regulada troca de informações e promessas de conformidade por aconselhamento e tolerância quanto a sanções por parte da organização reguladora. Sanções formais e informais são usadas em vários pontos para pressionar a organização regulada a uma maior cooperação. Reciprocamente, as organizações reguladas podem recorrer a obstrução, ação judicial e apelos políticos, se sentirem que a organização regulada está se comportando de maneira não razoável. Derradeiras sanções punitivas (como o corte de fundos 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. Esta 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.

## **6. Influência sobre as Organizações Reguladoras para Mudar a Política Formal**

Obviamente, a interação implantação-resposta contém fortes elementos de influência "ascendente" sobre a agência reguladora. A primeira atividade de ciclo puramente ascendente a ser considerada, no entanto, é a influência sobre as políticas formais de organizações reguladoras por *insiders* e combinações de *insider-outsider*. "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 regulamentar, em oposição a mudanças nos elementos discricionários de execução; exemplos são 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 pelas quais as partes interessadas se esforçam para obter uma mudança formal direta na política da organização que as regulam. Os tipos de influência exercidos 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 ordens de reparação, argumentando que as ordens são ineficazes para implementar os direitos declarados na fase processual de apuração de responsabilidade ou, ao contrário, que impõem encargos excessivos aos réus<sup>61</sup>. Os regulamentos e decisões administrativas são questionados perante a agência nas audiências. Os juristas também recorrem ao tribunal para mudar as políticas das agências administrativas, com um exemplo extremo sendo o longo caso *Adams v. Richardson*<sup>62</sup>.

As influências informais incluem, primeiro, pressões exercidas diretamente sobre o órgão regulador. Além dos desafios legais formais, as agências recebem muitas queixas informais, como cartas comentários. A publicidade e a pressão pública são despertadas e dirigidas contra tribunais e agências administrativas<sup>63</sup>. O segundo tipo de pressão informal é exercido por poderosos *outsiders* que, por sua vez, tentam influenciar a agência reguladora. Um fenômeno sem fim em Washington é o poderoso membro do Congresso que, tendo recebido um telefonema de um constituinte 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, tanto juristas quanto não juristas estão ativamente envolvidos.

---

<sup>61</sup> Praticamente toda a literatura sobre litígios institucionais lida com esse fenômeno. Vide nota 14 *supra*.

<sup>62</sup> 351 F. Sup. 636 (D.D.C. 1972), alterada, 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 noma.* *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 nega a moção da Women's Equity Action League para intervir. *Idem* p. 418. Vide também *Brown v. Califano*, 627 F.2d 1221 (D.C. Cir. 1980) (caso complementar). No litígio em andamento, o tribunal posteriormente recebeu o Fundo de Defesa Legal da NAACP e moções da Women's Equity Action League para descobrir funcionários do Departamento de Educação e Trabalho em desobediência civil e criminal frente ao tribunal por ignorar os prazos estabelecidos em 1977. *Educ. Daily*, 12 de março de 1982, p. 1.

Vide de forma geral *Stewart & Sunstein, Public Programs and Private Rights*, 95 HARV. L. REV. 1195 (1982).

<sup>63</sup> Quanto aos tribunais, além das referências citadas em litígios institucionais na nota 14 *supra*, vide Kirp & Babcock, *Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform*, 32 ALA. L. REV. 313, 314-30, 340-51 (1981). Em relação a outras políticas de ciclo ascendente, vide de forma geral J. CALIFANO, *GOVERNING AMERICA* (1981); J. CHUBB, *INTEREST GROUPS AND THE BUREAUCRACY: THE POLITICS OF ENERGY* (1982); D. HOROWITZ, *THE COURTS AND SOCIAL POLICY* 68-105 (1977); Cronin, *Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program*, in *AMERICAN POLITICS AND PUBLIC POLICY* 77 (1978); Elmore & McLaughlin, *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* 159 (1982) (implicações das redes verticais de questões); Murphy, *Progress and Problems: The Paradox of State Reform*, em *id.* p. 195 (o governo estadual moderno não é uma pirâmide retratada pelos profetas da centralização; mais é um shopping com lojas especializadas que atendem a pequenos segmentos da população); Sabatier, *Social Movements and Regulator Agencies: Toward a More Adequate- and Less Pessimistic- Theory of "Clientele Capture"*, 6 POL'Y SCI. 301 (1975); Wilson, *The Politics of Regulation*, em *THE POLITICS OF REGULATION* 357 (J. Wilson ed. 1980) (tipos distintos de política de grupos de interesse).



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 contra-influência. 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 variedade 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 acima, o base jurídica tem 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 decretos diferentes da mesma agência sobre o mesmo assunto, cada pronunciamento tentando satisfazer às críticas mais veementes do dia. A "política pública" nessas questões é, portanto, um tanto 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 resposta variável da agência refere-se à questão de gastos iguais nas competições esportivas entre escolas sob o Título IX (um estatuto que proíbe a discriminação sexual em instituições educacionais)<sup>64</sup>. Após a aprovação do estatuto, as faculdades e universidades ficaram preocupadas com a possibilidade de ele ser interpretado como exigência de investimentos iguais nos esportes intercolégiais de homens e mulheres. Faculdades e universidades, especialmente as "potências" do esporte, acreditavam que o sucesso do esporte, futebol, basquete e hóquei masculinos, imensamente populares e lucrativos, dependiam 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"<sup>65</sup>. Em resposta à pressão, uma emenda foi introduzida pelo Senado dos Estados Unidos isentando esportes produtores de

---

<sup>64</sup> Education Amendments of 1972, Pub. L. No. 92-318, §§ 901-907, 86 Stat. 235, 373-75 (versão atual p. 20 U.S.C. §§ 1681-1686 (1976)).

<sup>65</sup> Vide Koch, Title IX and The NCAA, 3 W. ST. L. REV. 250, 258-60 (1976).

renda de observância ao Título IX<sup>66</sup>. "Esta emenda foi aprovada pelo Senado, mas não foi incorporada na versão final do projeto. Em seu lugar, foi promulgado um estatuto que, refletindo o caloroso debate partidário sobre o assunto, era deliberadamente ambíguo<sup>67</sup>.

Deixado com uma orientação pouco clara, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar (HEW) emitiu pela primeira vez 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 desconformidade<sup>68</sup>. Logo após o período de três anos previsto para o ajuste deste regulamento, a HEW mudou de posicionamento. Uma diretriz proposta para o regulamento declarou que eram necessárias despesas *per capita* médias iguais, a menos que circunstâncias atenuantes pudessem ser demonstradas<sup>69</sup>. Não surpreendentemente, uma tempestade de controvérsia estourou. As principais universidades e a NCAA<sup>70</sup> inundaram o HEW com comentários negativos e petições. Objeções legais à diretriz foram formuladas e preparadas para o tribunal. No final, a interpretação final da diretriz parece ter deixado a posição dos esportes geradores de renda segura, ao mesmo tempo em que exige igualdade substancial em outros lugares<sup>71</sup>.

A existência e os sinais da influência informal e externa nas decisões da agência foram bem capturados na descrição de Joseph Califano, Secretário da HEW à época, em uma reunião com membros do Congresso sobre a questão dos gastos esportivos do Título IX:

Assim que se difundiu a informação de que eu pretendia enviar os regulamentos<sup>72</sup>, ambos os grupos de mulheres e lideranças do congresso reagiram. O líder da maioria da Câmara<sup>73</sup>, 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

---

<sup>66</sup> S. 1539.93 d Cong., 2d Sess. § 535 (1974), passado por voz no Senado, 120 CONG. REC. 15.322-23 (1974).

<sup>67</sup> Education Amendments of 1974, Pub. L. No. 93-380, § 844, 88 Stat. 484, 612 (versão atual p. 20 U.S.C. § 1681 (1976)).

<sup>68</sup> 40 Fed. Reg. 24.128 (1975).

<sup>69</sup> 43 Fed. Reg. 58.070 (1978).

<sup>70</sup> N.T.: *National Collegiate Athletic Association*.

<sup>71</sup> 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 indo para 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, recrutamento) não precisam ser iguais se baseadas na natureza do esporte (por exemplo, futebol) ou na capacidade de geração de receita (futebol, basquete, hóquei). Idem.

<sup>72</sup> N.T.: *No original, "As soon as word reached the Hill [...]".*

<sup>73</sup> N.T.: John Brademas era *House Majority Whip* é uma expressão oficial relativa ao político do partido que tem a atribuição de garantir a disciplina do partido no legislativo. Isso geralmente significa que ele será a pessoa responsável por garantir que os membros do partido votem de acordo com a plataforma partidária e não de acordo com suas próprias ideologias.

suíte privada do Orador em 20 de março de 1979. Quando cheguei, estava sentado 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 orador, Tip O'Neill, talvez meu amigo mais próximo da Câmara, um forte defensor do Boston College.

O'Neill me sentou à sua direita, deu uma tragada no charuto e perguntou: "Joe, como você pode fazer isso com sua universidade, por Cristo<sup>74</sup>? Os jesuítas nunca mais falarão com você". . . . 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 para rejeitar a posição de grupos de mulheres ou a se posicionar de forma impopular contra o futebol americano universitário .... "Todo o inferno vai libertar-se no chão."

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

"As pessoas já cumpriram suficientemente os regulamentos da HEW", acrescentou Wright. Eles estão fartos desse tipo de coisa.

"Joe", disse o Orador, "este não é o momento para isso. A última coisa de que precisamos é de uma grande controvérsia ... Você nunca terá contenção de custos para hospitais ou outras contas."

"Mas restava para o mordaz e astuto Bill Ford levar o argumento para casa:" Você pode perder uma eleição pelas páginas de esportes que você nunca perderá nas primeiras páginas. E é isso que você conseguirá com esta interpretação do título IX"<sup>75</sup>.

O compromisso final envolveu testar as diretrizes propostas no contexto de vários tipos de instituições de ensino superior. Califano considerou esse exercício maximamente benéfico, porque as diretrizes "um pouco diferentes" promulgadas pela sucessora Patricia Harris "se moveram para cumprir a promessa do Título IX"<sup>76</sup>. Também é interessante entender o resumo geral de Califano a respeito da influência do Congresso na implementação de políticas de direitos civis que buscam remediar 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"<sup>77</sup>.

## 7. Influência sobre os legislativos para obter mudanças na legislação de base

---

<sup>74</sup> N.T.: no original, "Holy Cross".

<sup>75</sup> J. CALIFANO, *GOVERNING AMERICA*, p. 267-68 (1981).

<sup>76</sup> Idem, p. 268.

<sup>77</sup> Idem, p. 269.

A implementação começa com a promulgação de um estatuto, decisão judicial ou ordem executiva. Nesse ponto, primeiro os objetivos de um movimento social são promulgados em lei. A qualquer momento do o 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 nem intocável, embora provavelmente haja custos em razão de mudanças frequentes e normas correspondentes em favor de um certo grau de estabilidade<sup>78</sup>.

Talvez, seja mais lógico agrupar todas as formas de "atividade de alteração normativa" para fins de um modelo de implementação. Na prática, no entanto, o processo de obtenção de uma alteração em uma lei formal parece muito diferente do processo de obtenção de uma alteração em um decisão judicial ou em uma ação administrativa. Conseqüentemente, na última subseção, foram discutidas mudanças formais na política administrativa e judicial, enquanto essa subseção trata de mudanças legislativas.

"Política burocrática" é um termo adequado para o processo de influenciar organizações reguladoras, incluindo tribunais. Antes de organizações reguladoras, as organizações reguladas tentam obter a cooperação de funcionários governamentais selecionados que determinam as responsabilidades oficiais das organizações reguladas e as principais restrições às suas ações. O padrão de influência é, portanto, relativamente focado e "argumentativo". Por outro lado, antes das legislaturas, o argumento envolve apenas interesses sociais gerais e boas políticas públicas, e o processo de influência é único — apelando para os grupos de interesse, construindo coalizões, invocando favores do passado e mediante manobras no processo legislativo formal<sup>79</sup>.

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 (geralmente patrocinadas em parte 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 quantitativa entre mudanças legislativas e regulatórias. As mudanças regulatórias são relativamente refinadas e incrementais. Mudanças legislativas podem ser fundamentais e até drásticas.

Enquanto este artigo está sendo escrito, os Estados Unidos estão passando por um período de drástica mudança legislativa patrocinada pelo Chefe do Executivo. Os programas

---

<sup>78</sup> Vide L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 3-94 (rev. ed. 1969).

<sup>79</sup> Vide de forma geral S. BAILEY, *EDUCATION INTEREST GROUPS IN THE NATION'S CAPITAL* (1975); E. REDMAN, *THE DANCE OF LEGISLATION* (1973).

que foram alterados gradualmente ao longo de um período de dez a quinze anos estão sendo eliminados, cortados drasticamente, ou consolidados de uma maneira tão fundamental que, em termos práticos, os propósitos originais do programa foram perdidos<sup>80</sup>. Esse processo não é novo e nem acidental; uma reação conservadora aos programas liberais já havia acontecido antes. Por exemplo, a implementação de muitos programas sociais foi interrompida durante a administração Nixon<sup>81</sup>.

Existe uma razão estrutural para mudanças legislativas periódicas e drásticas. As implementações tendem a colocar forças sociais poderosas umas contra as outras<sup>82</sup>. Quando o clima político sofre uma mudança fundamental de orientação, a mudança incremental normal não pode satisfazer a demanda por mudanças drásticas. Assim, quando forças sociais poderosas se opõem, é provável que ocorram amplas flutuações na política, pois cada lado atinge a predominância de forma alternada. Essas mudanças de predominância ocorrem de várias maneiras. Por exemplo, durante o curso de uma implementação, um coro constante de críticas é ouvido por aqueles que discordam completamente da lei. A implementação é sempre cara e seu sucesso é sempre problemático<sup>83</sup>. Os críticos podem tirar proveito dos problemas divulgando-os. As críticas parecem retidas na sociedade até que o eleitorado sofra uma mudança suficiente para "expulsar os malandros". O ciclo tende a se reverter quando os problemas sociais decorrentes da falta de implementações são trazidos para casa, para as pessoas que foram lideradas pela oposição para focar exclusivamente nos custos.

Uma das consequências práticas da instabilidade política é que o participante e o pesquisador de programas do tipo da implementação devem esperar por episódios periódicos de sabotagem deliberada pelo governo<sup>84</sup>. Essa condição não contribui muito para a efetividade dos programas sociais implementados. Por outro lado, uma vez estabelecidos os programas, eles tendem a sobreviver a períodos de contenção, embora essa tendência não seja de modo algum 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

---

<sup>80</sup> Por exemplo, um subsídio em bloco estabelecido pelo capítulo 2 da Education Consolidation and Improvement Act of 1981 permite, mas não exige, os fins obrigatórios dos títulos II-VI e VIII-IX da ESEA. Bar. 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).

<sup>81</sup> Vide D. HOROWITZ, *THE COURTS AND SOCIAL POLICY* 63-105 (1977) (intervenção no programa Cidades Modelo).

<sup>82</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *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. Vide K. HAWKINS, *ENVIRONMENT AND ENFORCEMENT: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF POLLUTION* (em publicação).

<sup>83</sup> Vide Clune&Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1113-14.

<sup>84</sup> Vide nota 81 *supra*

serve a um uso genuíno, qualquer instabilidade em seu conteúdo tende a se originar de mudanças periféricas e não de alterações no núcleo durável do programa. Uma questão interessante envolve a natureza das implementações duráveis em oposição às implementações transitórias. O *Medicare*<sup>85</sup> provavelmente veio para ficar. Podemos dizer o mesmo sobre a ajuda federal para a educação de crianças desfavorecidas? Se não, por que não<sup>86</sup>?

## 8. As interações em ação

### a. Simultaneidade

A tipologia anterior das interações de implementação é organizada em uma sequência que só 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. Assim, parece que, a partir do modelo, o comando jurídico básico ocorre primeiro, seguido pelo desenvolvimento de sanções legais, reações a incentivos e, finalmente, esforços de ciclo ascendente para obter mudanças nas atividades do ciclo descendente. Essa precisa sequência provavelmente é característica de políticas novas. No contexto de novas políticas, a sequência, que também se assemelha às teorias do "estágio" de vários teóricos da organização, provavelmente é adequada<sup>87</sup>. Escolhas políticas fundamentais precedem a implementação dos regulamentos; implantação de atividades concretas de execução vêm depois. Cada "nível" de implementação também tende a envolver um nível diferente da equipe jurídica: do nível de elite dos formuladores de políticas (legisladores, juízes), para o nível intermediário de

---

<sup>85</sup>N.T.: *Medicare* é o nome do sistema de seguros de saúde gerido pelo governo dos Estados Unidos da América e destinado às pessoas com idade igual ou superior a 65 anos ou que verifiquem certos critérios de rendimento.

<sup>86</sup> A análise de por que certos programas federais deixam "garantias", enquanto outros não, podem ser encontrada em Tyack, Kirst & Hansot, *Educational Reform: Retrospect and Prospect*, 81 TCHRS. C. REC. 253, 262 (1980). Vide também Berman & McLaughlin, *Federal Support for Improved Educational Practice*, in THE FEDERAL INTEREST IN FINANCING SCHOOLING 209, p. 213-19 (M. Timpane ed. 1978).

<sup>87</sup> A maioria das teorias organizacionais e de implementação inclui teorias sobre os "estágios" da mudança. Vide Berman & McLaughlin, *Federal Support for Improved Educational Practice*, in THE FEDERAL INTEREST IN FINANCING SCHOOLING 209, 213-19 (M. Timpane ed. 1978). Um esquema para classificar os estágios da implementação de uma nova lei sugere quatro estágios: intervenção, mobilização, operacionalização e institucionalização. R. Lindquist with W. Clune, *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, at 111. 1- 165 (30 de junho de 1982) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Vide de forma geral Jones, *Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11.246 com emenda*, 59 CHI.-KENT L. REV. 67 (1982).

especificadores de políticas (redatores de regulamentos, juízes dos tribunais), até o nível mais baixo de aplicadores de políticas (os chamados burocratas do nível da rua)<sup>88</sup>.

Após a implementação inicial de uma política, contudo, esse conceito de sequência temporal e causal torna-se limitador e enganoso. Ao incluir um ciclo ascendente, que segue temporalmente um ciclo descendente e precede outro, o próprio modelo sugere que o processo deve ser considerado "circular", envolvendo "rodadas" de interações. De fato, a ideia de repetidas rodadas ou séries é sugerida pelo uso do termo "ciclos". Processos reais, no entanto, não ocorrem necessariamente na ordem indicada pelo modelo. Na verdade, todos os níveis de interação podem e frequentemente ocorrem simultaneamente 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 no comportamento podem ser iniciadas por atores em diferentes níveis do processo. Um presidente, por exemplo, pode alterar a implantação de incentivos sem alterar nada, substituindo pessoal, cortando ou expandindo o orçamento ou emitindo novas políticas de coerção. Ao mesmo tempo, as operações no campo podem estar mudando endogenamente ou como resultado de interações com agências reguladoras. Por outro lado, os mandatos e os regulamentos detalhados podem ser promulgados sem produzir consequências no campo.

A sequência sugerida pelo modelo mantém certa validade e, portanto, nunca pode ser descartada completamente. Até certo ponto, as mudanças de mandato continuam a ser seguidas pelas mudanças na implantação, que são seguidas pelas mudanças na resposta. Ou seja, inovações políticas na "sequência clássica" continuam ocorrendo durante a

<sup>88</sup> A associação de níveis de pessoal com estágios de implementação pode ser compreendida do gráfico a seguir em R. Lindquist com W. Clune, *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, p. 1.10 (30 de junho de 1982) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<b>Implementação, Etapas e Características</b>			
<b><u>Papel</u> <u>Pessoal</u></b>			
Líderes ou equipe da elite	Assessores de Políticas	Gerentes de programa	Burocratas no nível da rua
Atividades			
Político	Técnico	Gerencial	Administrativo
Avaliar e reagir às forças sociais	Formular política; alocar recursos	Estabelecer organização: 1) estrutura 2) ideologia 3) pessoal	Interagir com o ambiente de aplicação para garantir a conformidade

implementação. Mas a sequência clássica está longe de ser a única que ocorre. No caso de ocorrências simultâneas e independentes, o modelo pode ser melhor compreendido para sugerir os "elementos" interacionais do processo de implementação, sem especificar nada sobre a ordenação temporal ou causal.

## **b. Graus de Orientação Descendente<sup>89</sup>**

O modelo certamente não pode ser acusado de uma orientação exclusivamente descendente<sup>90</sup>. Em vez disso, o modelo foi definido em grande parte em contraste com uma perspectiva descendente, que tipicamente exclui tais atividades como influência ascendente e interações no nível de campo. A variação da orientação descendente que ocorre em implementações reais, no entanto, foi omitida do modelo.

Em todas as implementações há um processo de decisões de políticas de nível superior que filtram e restringem a ação em nível de rua. Um processo recíproco no qual os oficiais de nível da rua definem uma zona de discricionariedade para eles mesmos, livres da política de nível superior, também se faz presente. O pessoal de nível de rua, no entanto, é mais ou menos resistente ao controle de nível superior, dependendo do contexto legal e organizacional.

A polícia é um bom exemplo de alta resistência. Os policiais devem responder a uma multiplicidade de demandas que emanam da comunidade e não de oficiais superiores. Além disso, muitas funções policiais são enfrentamentos variados e discricionários e, oficialmente, podem ser desaprovadas pela sociedade, que simultaneamente as requer<sup>91</sup>. Assim, em um sentido técnico puro, 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 se comportar. Uma parte dessa cultura é um forte senso da irrelevância geral e da natureza injustificada do controle hierárquico (a síndrome do "policial de rua *versus* policial de funções administrativas"<sup>92</sup>).

---

<sup>89</sup> N.T.: no original "Top Downness".

<sup>90</sup> Para uma discussão sobre as limitações da orientação descendente, vide Elmore, *Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions*, 94 POL. SCI. Q. 601, 603-05 (1979-80). Elmore usa o termo "mapeamento avançado" para se referir ao que estou chamando de perspectiva descendente. Idem, p. 602.

<sup>91</sup> Vide H. GOLDSTEIN, *POLICING A FREE SOCIETY* 93-130 (1977).

<sup>92</sup> Vide de forma geral E. REUSS-IANNI AND F. IANNI, I: *THE SOCIAL ORGANIZATION OF THE POLICE PRECINCT* (Inst. for Social Analysis, 1979).



A dificuldade do controle descendente no trabalho da polícia pode ser contrastada com a relativa facilidade desse no trabalho da promotoria, particularmente quando a perseguição envolve alguns grandes casos, ao invés de uma multidão de acordos extrajudiciais. Os formuladores de políticas de alto nível podem selecionar e escolher os casos para processar e quando processá-los. Portanto, em uma organização que está amplamente preocupada em decidir quando emitir denúncias, 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 para mudar seu estilo de execução da lei<sup>93</sup>.

### c. Tendências

Se os dois pontos anteriores sugerem menos ordem ou padrão à realidade do que o sugerido pelo modelo, uma análise das tendências sugere que, em um sentido diferente, a realidade é mais ordenada. Elementos ou sequências interacionais não dizem nada sobre desenvolvimentos estruturados de longo prazo. Num sentido, o modelo é um "instantâneo" congelado dos tipos de interações que provavelmente ocorrerão em qualquer ponto durante a 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 desenvolvimento a longo prazo e as implementações, portanto, têm uma história de desenvolvimento. O desenvolvimento pode ser "evolucionário", no sentido de que tentativa e erro levam à melhoria, refinamento, eficácia máxima, institucionalização ou, pelo menos, um tipo de equilíbrio dinâmico<sup>94</sup>. Por outro lado, o desenvolvimento pode levar à morte da política por meio de reação, cooptação, atrito ou desuso<sup>95</sup>. Um padrão não desenvolvimentista é meramente cíclico: ondas de aplicação

---

<sup>93</sup> Assim, a institucionalização das decisões políticas de nível superior sob o Programa de Contrato de Conformidade Federal é provavelmente o mais completo e não o menos completo fim do espectro. Vide notas 87-88 *supra*.

<sup>94</sup> Título I do ESEA é um exemplo. Vide de forma geral NAT'L INST. OF EDUC., *ADMINISTRATION OF COMPENSATORY EDUCATION* (1977); M. KIRST & R. JUNG, *THE UTILITY OF A LONGITUDINAL APPROACH IN ASSESSING IMPLEMENTATION: A THIRTEEN YEAR VIEW OF TITLE I*, ESEA (Inst. for Research on Educ. Fin. & Governance, Stanford Univ., Project Report No. 80-B18, 1980).

<sup>95</sup> Antes das campanhas da administração Reagan contra agências como os Departamentos Energia e Educação, o exemplo mais recente e notável de decadência de uma agência foi a extinção do Escritório de Oportunidade Econômica (OEO). Vide H. HIMMELMAN, *THE FALL AND RISE OF THE OFFICE OF ECONOMIC OPPORTUNITY* (Comissão de Advogados por Direitos Cívicos, Lei 1973). Para uma descrição do papel do OEO nos programas federais de combate à pobreza, vide de forma geral, *A DECADE OF FEDERAL ANTIPOVERTY*

entusiasta seguidas por períodos de entropia, desilusão, sabotagem política e contenção<sup>96</sup>. 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.

#### **d. 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, as subdivisões da jurisdição em áreas mutuamente exclusivas são tentadas<sup>97</sup>. 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 Trabalho ou, mais extremamente, a polícia.

Naturalmente, a quantidade de recursos organizacionais e a eficácia da própria organização podem variar independentemente da responsabilidade formal das agências. As agências de propósito específico tendem a ser implementadores mais eficazes do que as agências de propósitos múltiplos devido à garantia implícita dos recursos para execução de suas atividades; isso, no entanto, não é universalmente verdadeiro<sup>98</sup>. O Departamento do Trabalho pode ou não ter uma sub-equipe grande, ativa e eficaz atribuída à implementação de programas específicos. Os tribunais são instituições com múltiplos propósitos; fazer com que um tribunal preste mais atenção a uma implementação específica pode ser um problema. Uma

---

*PROGRAMS* (R. Haveman ed. 1977); D. MOYNIHAN, *MAXIMUM FEASIBLE MISUNDERSTANDING-COMMUNITY ACTION IN THE WAR ON POVERTY* (1969).

<sup>96</sup> Vide de forma geral Banfield, *Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68*, in *SOCIAL PROGRAM IMPLEMENTATION* 183 (1976); Cronin, *Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program*, in *AMERICAN POLITICS AND PUBLIC POLICY* 77 (1978).

<sup>97</sup> Problemas com a organização antiga e fragmentada são observados em U.S. COMM'N ON CIVIL RIGHTS, *FEDERAL CIVIL RIGHTS ENFORCEMENT EFFORT-1974*, at 256-70, 271-99, 634-36.

<sup>98</sup> Os implementadores mais eficazes geralmente são agências que apoiam os objetivos estatutários e dão aos novos programas alta prioridade. Vide Sabatier & Mazmanian, *The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives*, 5 *POL'Y ANALYSIS* 481, 489-90 (1979).

vez que o tribunal concorde em aceitar um caso e implemente uma decisão, há uma garantia implícita de recursos semelhantes aos de uma agência de propósito específico. Um problema com a polícia é que a multiplicidade de responsabilidades de fiscalização dificulta a concentração na implementação de qualquer política normatizada<sup>99</sup>.

Embora a principal responsabilidade pela aplicação da lei caiba a uma agência, diversas outras organizações reguladoras podem se envolver regularmente com questões periféricas, mas importantes. Provavelmente, o padrão mais importante é o envolvimento dos tribunais na revisão das ações administrativas. Quando uma agência administrativa tem a responsabilidade "principal", e realmente toma grande parte das decisões importantes e preponderantes, ainda assim pode haver um envolvimento contínuo ou episódico importante de tribunais sobre a mesma política ou políticas. Juristas regularmente procuram a revisão de ações específicas. *Adams v. Richardson*<sup>100</sup> representa uma estrutura de execução de "duas camadas", na qual o tribunal está profundamente envolvido na supervisão de uma agência de organizações reguladas. Os tribunais não só se envolvem por vezes em questões precipuamente legislativas ou administrativas, mas a recíproca também é verdadeira. Ou seja, quando um tribunal tem a responsabilidade principal, legisladores e agências administrativas são frequentemente atraídos para a disputa<sup>101</sup>.

Do lado das organizações reguladas há um padrão similar 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 ponto deste lembrete sobre as múltiplas instituições é, novamente, que a simplicidade analítica do modelo não deve ser 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.

---

<sup>99</sup> Para uma discussão sobre os critérios da polícia na aplicação da lei, vide de forma geral K. DAVIs, DISCRETIONARY JUSTICE (1969); Davis, *Police Rulemaking on Selective Enforcement: A Reply*, 125 U. PA. L. REV. 1167 (1977).

<sup>100</sup> Vide nota 62 *supra* e texto anexo.

<sup>101</sup> Litígios sobre financiamento da educação são Contencioso financeiro escolar é um bom exemplo. Ver nota 27 *supra*. Quando legislaturas e órgãos administrativos são ordenados pelos tribunais a fazer algo, eles frequentemente respondem emitindo comandos para outras instituições (por exemplo, ordem judicial do legislador, que ordena que as escolas distritos). Assim, não apenas as instituições são múltiplas em sentido numérico, mas existem frequentemente várias camadas de organizações reguladoras e reguladas.

### III. 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, precisamente, das proposições importantes ou características que o modelo assevera sobre a realidade. Das características teóricas primárias do modelo apresentado na parte II, as características com mais implicações são estas: (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 e pesquisa serão discutidas nesta parte, e as implicações para os papéis em transformação do direito e dos juristas serão discutidas na parte IV.

## A. 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 o tipo e a intensidade da intervenção governamental e 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 de sanção. A relação geral explorada pelas teorias da sanção é aquela entre intervenções governamentais com características específicas e respostas de cumprimento resultantes<sup>102</sup>.

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 é uma das coisas que está sujeita a luta política. Que uma sanção específica seja eficaz não significa que será adotada; exatamente o contrário pode ser verdade. Pode não ser adotada como lei porque seria *muito* eficaz. A segunda dificuldade é que, mesmo quando

---

<sup>102</sup> Alguns exemplos da teoria da sanção sensíveis aos problemas discutidos aqui são os seguintes: Sobre recompensas e punições, vide de forma geral P. BERMAN, *FROM COMPLIANCE TO LEARNING: IMPLEMENTING LEGALLY-INDUCED REFORM* (Inst. for Research on Educ. Fin. & Governance, Stanford Univ., Project Report No. 81-A20, 1981); F. Doolittle, *Inter governmental 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, vide de forma geral C. SCHULTZE, *THE PUBLIC USE OF THE PRIVATE INTEREST* (1977); Breyer, *Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform*, 92 HARV. L. REV. 549 (1979); Clune, *The Deregulation Critique of the Federal Role in Education*, in SCHOOL DAYS, RULE DAYS: REGULATION AND LEGALIZATION IN AMERICAN EDUCATION (D. Kirp ed., forthcoming); Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J.L. & ECON. 211 (1976).  
Sobre a quantidade adequada de detalhes e controle hierárquico, vide de forma geral Berman, *Thinking About Programmed and Adaptive Implementation: Matching Strategies to Situations*, in WHY POLICIES SUCCEED OR FAIL 205 (1980); Elmore, *Complexity and Control What Legislators and Administrators Can Do About Implementing Public Policy*, in HANDBOOK OF TEACHING AND POLICY 342 (1983); Elmore & McLaughlin, *Strategic Choice in Federal Education Policy: the Compliance-Assistance Tradeoff*, in POLICY MAKING IN EDUCATION, EIGHTY-FIRST YEAR-BOOK OF THE NATIONAL SOCIETY FOR THE STUDY OF EDUCATION 159 (1982); Rabinovitz, Pressman & Rein, *Guidelines: A Plethora of Forms, Authors and Functions*, 7 POL'Y SCI. 399 (1976).  
Segue uma lista de leitura dos vários aspectos do "legalismo".  
Devido processo: vide de forma geral Kirp, *Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting*, 28 STAN. L. REV. 841 (1976); Yudof, *Law, Policy, and the Public Schools*, 79 MICH. L. REV. 774 (1981); Yudof, *Legalization of Dispute Resolution, Distrust of Authority, and Organizational Theory: Implementing the Due Process for Students in the Public Schools*, 1981 Wis. L. REV. 891.  
Regras universais: vide de forma geral Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976); R. KAGAN, *REGULATING BUSINESS, REGULATING SCHOOLS: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS* (Inst. for Research on Educ. Fin. & Governance, Stanford Univ., Project Report No. 81-A14, 1981); J. Murphy, *Differential Treatment of the States, A Good Idea or Wishful Thinking?* (Aug. 25, 1981) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).  
Documentação: Bardach, *Educational Paperwork*, in SCHOOL DAYS, RULE DAYS: REGULATION AND LEGALIZATION IN AMERICAN EDUCATION (D. Kirp ed., no prelo).  
Conflitos entre requisitos apartados e programas: vide de forma geral P. HILL, *TO FEDERAL EDUCATION PROGRAMS INTERFERE WITH ONE ANOTHER?* (Rand Corp. Paper Series No. P-6416, 1979).

sanções específicas são adotadas, elas não são necessariamente aplicadas, porque a invocação e a tolerância em relação às sanções são negociadas na interação voltada para o cumprimento. A pena de morte, diz-se com razão, não é uma sanção eficaz para pequenos furtos<sup>103</sup>. 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 do ponto de vista do regulador e a assumir uma potencialidade para as sanções efetivas muito maior do que realmente existe. Os constrangimentos políticos e interacionais sobre as sanções são difíceis de serem incorporados às teorias de sanções. Institucionalmente, essa característica 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 sistema de avaliação "formativo" efetivo 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 circunstâncias<sup>104</sup>.

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

---

<sup>103</sup> Vide de forma geral Hay, *Property, Authority and the Criminal Law*, in ALBION'S FATAL TREE—CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND 17 (1975).

<sup>104</sup> L. DARLING-HAMMOND, A. WISE & S. PEASE, *TEACHER EVALUATION IN THE ORGANIZATIONAL CONTEXT: A REVIEW OF THE LITERATURE* (Rand Corp. Working Draft No. 1695-NIE, 1982).

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 com 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.

## **B. Graus de abstração e contextualização**

As teorias de sanção também são caracterizadas por um alto grau de abstração. A ideia de que incentivos positivos funcionam melhor do que coerção<sup>105</sup>, 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 generalizados 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 útil geral. 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,

---

<sup>105</sup> N.T. O texto original é "*carrots work better than sticks*", que, traduzido literalmente, seria "cenouras funcionam melhor do que varas".

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 que pessoas encarceradas tenham acesso à literatura pela via postal, deve-se entender que contrabando e armas frequentemente vêm com o material de leitura. Portanto, gastos significativos com inspeções são necessários para garantir a leitura com segurança<sup>106</sup>. A regulamentação das escolas deve se dar tendo-se conhecimento de que é raro que qualquer aspecto do ensino responda a instruções programáticas superiores<sup>107</sup>. Empregados privados e funcionários públicos respondem a incentivos diferentes<sup>108</sup>. Os tribunais federais se comportam de maneira diferente nos esforços de dessegregação escolar do que os legislativos estaduais<sup>109</sup>. A regulação da assistência à saúde deve confrontar as complexas equações de custos médicos<sup>110</sup>.

Por outro lado, a boa 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 de teoria 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 outro<sup>111</sup>.

### C. 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 de implementação efetiva em todo o sistema, incluindo os fatores políticos. De acordo com Sabatier e Mazmanian, as condições para uma implementação efetiva incluem: padrões claros, recursos de aplicação suficientes, uma agência reguladora de apoio, poucas partes cujo consentimento seja necessário ou que tenham poder de veto, líderes habilidosos, apoio ativo de grupos

---

<sup>106</sup> Vide nota 44 *supra* e texto que a acompanha.

<sup>107</sup> Vide nota 46 *supra* e texto que a acompanha.

<sup>108</sup> Vide nota 49 *supra* e texto que a acompanha.

<sup>109</sup> Vide de forma geral R. KLUGER, *SIMPLE JUSTICE—THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND BLACK AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY* (1976); J. PELTASON, *FIFTY-EIGHT LONELY MEN—SOUTHERN FEDERAL JUDGES AND SCHOOL DESEGREGATION* (1961).

<sup>110</sup> Vide de forma geral: *Coment, 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*, 84 DICK. L. REV. 51 (1979).

<sup>111</sup> Breyer, *Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform*, 92 Harv. L. REV. 549 (1979); Vide também S. BREYER, *REGULATION AND ITS REFORM* (1982).



políticos fortes e, por fim, ausência de conflito com outros programas ou outras condições socioeconômicas<sup>112</sup>.

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 ao manejo político 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 os grupos políticos de apoio são difíceis de mobilizar. Assim, as condições existem ou não 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 dificilmente ela viria a falhar<sup>113</sup>. Por outro lado, o artigo não distingue entre condições que são mais ou menos suscetíveis à manipulação política, nem entre condições que são mais ou menos importantes dados os níveis subótimos de outras condições.

É tentador argumentar que, se um programa correu bem, suas características deveriam ser imitadas em outros programas. Se essas condições podem ser imitadas e, se não, se é possível implementar um programa diferente são perguntas não respondidas diretamente pela abordagem da prescrição sistêmica. Curiosamente, essa lacuna aplica-se igualmente às prescrições sistêmicas negativas: "Aqui está tudo o que deu errado, portanto, não tente nada parecido no futuro"<sup>114</sup>. Uma falha total pode ser apenas uma condição manipulável ou estar a dois passos de ser um sucesso substancial.

---

<sup>112</sup> Sabatier & Mazmanian, *The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives*, 5 POLY ANALYSIS 481, 484-500 (1979).

<sup>113</sup> 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)); vide 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.

<sup>114</sup> A maioria dos mais conhecidos teóricos da implementação parece chegar a essa conclusão. E. BARDACH, *THE IMPLEMENTATION GAME—WHAT HAPPENS AFTER A BILL BECOMES A LAW* 3-6 (1977); D. MOYNIHAN, *MAXIMUM FEASIBLE MISUNDERSTANDING—COMMUNITY ACTION IN THE WAR ON POVERTY*, xv-xvi, xxxi-xxxiii (1969); J. PRESSMAN & A. WILDAVSKY, *IMPLEMENTATION* 163-76 (2d ed. 1979); Derthick, *Washington: Angry Citizens and an Ambitious Plan*, in *SOCIAL PROGRAM IMPLEMENTATION* 219, 232-39 (1976).

## D. Descrições Longitudinais

A aceitação da 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 contar uma história de implementação. Dadas as inúmeras interações que compõem uma implementação, em que pontos um narrador "para" 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) a criação de algum modelo dos estágios e níveis de implementação.

As questões jurídicas centrais de uma implementação podem ser pensadas em termos de "conflitos políticos", "divisores de águas" (*watershed decisions*) e "evasivas" (*punts*). Conflitos políticos emergem das posições políticas que estão intrinsecamente implicadas por 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 interesses distintos mais importantes das partes afetadas não só podem ser vistos com antecedência, mas também serão inevitavelmente os principais determinantes da luta política tanto em relação à lei quanto à sua estrutura final de implementação. "Interesses" é outro nome 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 a partir de um ponto imaginário no tempo, antes que a lei fosse produzida. Qualquer campanha legalmente implementada para aumentar o número de trabalhadores do sexo feminino e de minorias pode comprometer e ameaçar certos grupos e instituições prontamente identificáveis. Homens brancos têm um interesse distributivo inevitável e os 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 ausência<sup>115</sup>. 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.

A lei, como realmente elaborada, é geralmente analisada 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 vários tipos, tais como: indisponibilidade e esforço de boa-fé<sup>116</sup>. As decisões-chave em matéria de execução eram ou haver um sistema regulatório ou acionado por reclamações, bem como adotar um modelo de persuasão ou de coerção<sup>117</sup>. Note-se que 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 o foi.

A alternativa a divisores de águas ocorre quando o processo de implementação deliberadamente evita decidir uma questão, deixando sua 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. Tais 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 processo<sup>118</sup>.

Histórias de implementações, sob a perspectiva jurídica, tendem a ser contadas em termos de questões jurídicas maiores — isto é, os conflitos políticos, os divisores de águas e as evasivas. Um estudo de caso implicitamente "para" o sistema, para examinar o movimento quando algo importante acontece, inclusive quando uma questão é evitada, adiada ou delegada. Note-se que os manuais jurídicos em áreas de direito público costumam ser

---

<sup>115</sup> Vide Powers, *Sex Segregation and the Ambivalent Directions of sex Discrimination Law*, 1979 WIS. L. REV. 55, 64-70. Vide de forma geral Newman & Vonhof, "Separate, But Equal"— *Job Segregation and Pay Equity in the Wake of Gunther*, 1981 U. ILL. L. REV. 269; Powers, *The Shifting Parameters of Affirmative Action: "Pragmatic" Paternalism in Sex-Based Employment Discrimination Cases*, 26 WAYNE JI. REV. 1281 (1980).

<sup>116</sup> Vide notas 33-35 *supra* e texto que a acompanha.

<sup>117</sup> Essa foi uma das decisões no estágio de "mobilização". Vide nota 87 *supra*.

<sup>118</sup> Vide Dimond, *Strict Construction and Judicial Review of Racial Discrimination Under the Equal Protection Clause: Meeting Raoul Berger on Interpretivist Grounds*, 80 MICH. L. REV. 462, 463-64 (1982). vide de forma geral Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 HARV. L. REV. 781 (1983).

organizados da mesma maneira<sup>119</sup>, 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"<sup>120</sup>. Uma história completa da implementação deve continuar a análise além e abaixo dos divisores de águas na estrutura das organizações reguladoras e reguladas e nas miríades 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 subjacentes é *a priori* obscura.

Os estudos de caso sobre a completa implementação 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 parar 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 dado<sup>121</sup>. Ainda mais claramente, falta-lhe um senso de tendências a longo prazo<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Sobre a ideia de direito público, vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, 1112-13 e parte IV(C)(1), (2) desse Artigo (papel dos juristas no direito público).

<sup>120</sup> Vide notas 87-88 *supra*. Para uma análise do grau de orientação descendente nas interações de implementação, vide parte II(B)(8)(b).

<sup>121</sup> Eu diria que esse exagero é característico do trabalho de Lipsky e Edelman. Vide, e.g., M. EDELMAN, *POLITICS AS SYMBOLIC ACTION* (1964); M. LIPSKY, *STREET-LEVEL BUREAUCRACY—DILEMMAS OF THE INDIVIDUAL IN PUBLIC SERVICES* (1980); Weatherly & Lipsky, *Street Level Bureaucrats and Institutional Innovation: Implementing Special-Education Reform*, 47 HARV. EDUC. REV. 171 (1977).

<sup>122</sup> Vide M. KIRST & R. UNG, *THE UTILITY OF A LONGITUDINAL APPROACH IN ASSESSING IMPLEMENTATION: A THIRTEEN YEAR VIEW OF TITLE I*, ESEA (Inst. for Research on Educ. Fin. & Governance, Stanford Univ., Project Report No. 80-B18, 1980).

## E. Previsões longitudinais

Mesmo a narrativa mais coerente pode ser inteiramente *post hoc*. A identificação das facetas importantes de uma implementação não significa que essas facetas foram de alguma forma previstas. Não obstante, o processo de identificar como descrever a realidade pode ser uma etapa necessária no processo preditivo. Por exemplo, divisores de águas 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. Caso se analise a experiência de buscar uma pesquisa interessante, geralmente um elemento preditivo é atrativo. Ao invés 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 a aplicação da lei. 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 interessadas<sup>123</sup>. (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 quão mal uma determinada forma jurídica provavelmente produzirá resultados. A relação desta categoria com a "teoria da sanção" é óbvia<sup>124</sup>.

Esses fatores não permitem uma previsão verdadeira. 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

---

<sup>123</sup> Vide de forma geral J. CHUBB, *INTEREST GROUPS AND THE BUREAUCRACY: THE POLITICS OF ENERGY* (1982); Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead- Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *LAVA & SOC'Y REV.* 95 (1974).

<sup>124</sup> Vide nota 102 *supra*.

de maior efeito, abrangendo as intervenções do sistema político mais amplo, como a legislatura conservadora de 1980, são as mais difíceis de prever.

## F. 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 inesperadas<sup>125</sup>. Outra tradição sustenta que todas são bem sucedidas, ao menos em dar apoio simbólico aos movimentos sociais<sup>126</sup>. Outra, ainda, nega que a avaliação seja possível, porque o sistema sempre produz exatamente o que se destinava a produzir<sup>127</sup>. Essas posições são um amálgama desnorteante de confusão analítica e diferenças sutis sobre como os resultados factuais são interpretados.

Estudiosos niilistas reúnem-se adotando o papel de desencanadores e iconoclastas. É um papel fácil de desempenhar, dado um pouco de sociologia jurídica elementar, 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. As "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 fracassos. Outros fazem progressos que são 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 ser equilibrado 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 evidências<sup>128</sup>. Uma análise de custo-benefício muito em voga, por exemplo, prospera com o método inaceitável de

---

<sup>125</sup> Vide de forma geral M. EDELMAN, *POLITICS AS SYMBOLIC ACTION* (1964).

<sup>126</sup> Vide S. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS* 15-16 (1974).

<sup>127</sup> Etzioni, *Two Approaches to Organizational Analysis: A Critique and a Suggestion*, 5 *AD. Sci. Q.* 257, 261 (1960). vide de forma geral Campbell, *A Dubious Distinction? An Inquiry Into the Value and Use of Merton's Concepts of Manifest and Latent Function*, 47 *AM. SOC. REV.* 29 (1982).

<sup>128</sup> Vide, por exemplo, D. HOROWITZ, *THE COURTS AND SOCIAL POLICY* (1977). Para uma discussão do livro de Horowitz, vide Feeley, *Approaches to the Study of Court Impact*, in *II SCHOOLS AND THE COURTS* 12-16 (P. Piele ed. 1979).

declarar custos excessivos sem mensurar, ou mesmo discutir, os benefícios<sup>129</sup>. A implementação é politicamente ativa, e a avaliação é um exemplo extremo de viés normativo<sup>130</sup>.

## 1. Três padrões de sucesso relativo

Quando se tenta pensar claramente sobre avaliação, é útil isolar três situações prototípicas tal como 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 traga recompensas diretas às elites do movimento, como publicidade e contribuições financeiras<sup>131</sup>. Um símbolo é melhor do que nada, pelo menos sob alguns pontos de vista. Um exemplo comum é a comissão de estudo, a exemplo da comissão especial de excelência educacional, cujo contundente relatório foi divulgado em abril de 1983<sup>132</sup>. Não obstante a extensa cobertura da imprensa, é duvidoso que algo substantivo no nível federal resulte do relatório do comitê. Fazer 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 coisas intangíveis, como liderança, apoio moral e assistência técnica. O que emergirá provavelmente será uma vitória moral.

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

---

<sup>129</sup> Sem qualquer referência aos benefícios, o Vice-Presidente Bush declarou uma vez que os custos de implementar ou reforçar a igualdade entre os sexos na educação eram "demais". Vide Clune, *The Deregulation Critique of the Federal Role in Education*, in SCHOOL DAYS, RULE DAYS: REGULATION AND LEGALIZATION IN AMERICAN EDUCATION (D. Kirp ed., no prelo).

<sup>130</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, 1080-83, 1113-14.

<sup>131</sup> Vide J. HANDLER, *SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM—A THEORY OF LAW REFORM AND SOCIAL CHANGE* 8-9, 17, 29-31 (1978); D. MOYNIHAN, *MAXIMUM FEASIBLE MISUNDERSTANDING—COMMUNITY ACTION IN THE WAR ON POVERTY* 21 -36 (1970); Komesar & Weisbrod, *The Public Interest Law Firm: A Behavioral Analysis*, in PUBLIC INTEREST LAW—AN ECONOMIC AND INSTITUTIONAL ANALYSIS 80, 81 (1978).

<sup>132</sup> A Comissão foi criada em agosto de 1981, vide Educ. Daily, 27 de agosto de 1981, p. 1. Uma das preocupações da Comissão eram padrões mais altos. Para um comentário sobre um estudo realizado pela equipe da Comissão, vide "Academic Courses Lose Favor," N.Y. Times, 26 de abril de 1983, p. 17, col. 1. Um texto do relatório final pode ser encontrado em Educ. Week, 27 de abril de 1983, 1983, p. 12.

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 cinismo<sup>133</sup>.

Um compromisso de valores e interesses concorrentes é o melhor resultado que pode ser alcançado por uma implementação. Em tarefas sociojurídicas difíceis, o movimento social em busca de mudança sempre deve 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 litígios, direitos fundamentais devem, em última análise, render-se a restrições fiscais<sup>134</sup>. No entanto, apesar da atmosfera de desventura associada à implementação<sup>135</sup>, resultados impressionantes foram obtidos em muitas áreas. A dessegregação acontece<sup>136</sup>. A qualidade do ar e da água melhora<sup>137</sup>. Sistemas correcionais e de saúde mental tornam-se mais humanos<sup>138</sup>. Crianças com deficiência que não tinham educação pública recebem alguma<sup>139</sup>. A reforma das finanças escolares confere mais recursos aos distritos mais pobres<sup>140</sup>.

---

<sup>133</sup> Exemplos de 'fracassos' incluem: a Administração do Desenvolvimento Econômico, vide J. PRESSMAN & A. WILDAVSKY, *IMPLEMENTATION* (2ª ed. 1979); o Programa Cidades-Modelo, vide E. BARDACH, *THE IMPLEMENTATION GAME—WHAT HAPPENS AFTER A BILL BECOMES A LAW* 80 (1977); Banfield, *Making a New Federal Program: Model Cities, 1969-68*, in *SOCIAL PROGRAM IMPLEMENTATION* 183 (1976); o Projeto Mohole, vide E. BARDACH, notas 97-100 *supra*; e o Corpo Nacional de Professores, vide Cronin, *Small Program, Big Troubles: Policymaking far a Small Great Society Program*, in *AMERICAN POLITICS AND PUBLIC POLICY*.

<sup>134</sup> 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).

<sup>135</sup> Vide notas 96 e 114 *supra*, e texto que as acompanham.

<sup>136</sup> Vide de forma geral H. KALODNER J FISHMAN, *LIMITS OF JUSTICE —THE COURTS' ROLE IN SCHOOL DESEGREGATION* (1978); G. ORFIELD, *THE RECONSTRUCTION OF SOUTHERN EDUCATION—THE SCHOOLS AND THE 1964 CIVIL RIGHTS ACT* (1969); H. RODGERS & C. BULLOCK, *COERCION TO COMPLIANCE* (1976).

<sup>137</sup> 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 PNB, 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. COUNCIL ON ENVIRONMENTAL QUALITY, *ENVIRONMENTAL QUALITY—1979*, 75-173.

<sup>138</sup> Vide de forma geral M. HARRIS & D. SPILLER, *AFTER DECISION: IMPLEMENTATION OF JUDICIAL DECREES IN CORRECTIONAL SETTINGS* (1976); Lottman, *Enforcement of Judicial Decrees: Now Comes The Hard Part*, *MENTAL DISABILITY L. REP.* Julho-agosto, 1976, 69.

<sup>139</sup> Na Pensilvânia, o programa de busca ativa ordenado pelo tribunal descobriu cerca de 7.400 crianças que foram excluídas de qualquer programa educacional. Kirp, Buss, & Kuriloff, *Legal Reform of Special Education: Empirical Studies and Procedural Proposals*, 62 *CALIF. L. Rev.* 40, 63 (1974). Especialistas em educação especial e advogados haviam estimado o número pelo menos três vezes maior. *Idem*, p. 60 n.68.

<sup>140</sup> Vide Clune com Lindquist, Serrano e Robinson: *Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation*, in *II SCHOOLS AND THE COURTS* 67, 84-104 (P. Piele ed. 1979).



Mesmo aqui, dúvidas de segunda ordem são apropriadas. A dessegregação resultou em melhor educação? O êxodo branco (*white flight*<sup>141</sup>) implicará nova segregação nas escolas? O ar limpo vale a pena? A educação para pessoas com deficiência é muito cara? A ação afirmativa, as mudanças de valores ou o mercado geraram novos empregos<sup>142</sup>? O debate sobre a máxima efetividade da intervenção jurídica é interminável. O ponto aqui é simplesmente que, em 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 elas não são as mesmas dúvidas que se aplicam às vitórias ou aos fracassos simbólicos.

## 2. Avaliação dos Padrões em um Ambiente Politizado

Contrária à concepção de vários padrões de sucesso, a sociedade como um todo parece estar preocupada, talvez até obcecada, com uma perspectiva mais monolítica da avaliação. Por exemplo, o móvel tanto das políticas neoconservadoras 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, incluindo 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 todas as implementações, independentemente do quão bem-sucedidas sejam, têm alguns inimigos mortais. Se muitas pessoas sempre apoiam ou 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).

---

<sup>141</sup> N.T. A expressão *white flight* é originária dos Estados Unidos e designa a saída da população branca de regiões urbanas habitadas também por populações de outras raças. O termo surge para descrever a mudança de grandes contingentes de população branca em direção aos subúrbios, ocorrida a partir do final da 2ª Guerra Mundial. Segundo o Merriam-Webster Dictionary, o primeiro uso conhecido da expressão com esse sentido data de 1956. O termo ainda é empregado, 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>>.

<sup>142</sup> Vide de forma geral *Evaluating the Impact of Affirmative Action: A Look at the Federal Contract Compliance Program*, 29 INDUS. & GB. REL. REV. 485 (1976).

Assim, o problema de avaliar compromissos políticos é que a avaliação de custos e benefícios depende drasticamente de um ponto de vista 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 de 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, 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 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. A pessoa relativamente antipática provavelmente verá cada trabalho produzido como muito custoso.

Assim, a crítica política da avaliação é convincente; mas, num sentido diferente, parece drasticamente 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 são mutuamente exclusivos<sup>143</sup>. Sucesso é mais do que uma reificação de uma *ratio* fria e pluralista entre benefícios internos e custos externos. Como, então, podem ser reconciliadas 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 que estão insatisfeitas com um compromisso político simplesmente podem se recusar a aceitá-lo. Naturalmente, a rejeição total de um compromisso pode ser principalmente destinada ao público. Na verdade, os defensores frequentemente ficam secretamente satisfeitos em aceitar

---

<sup>143</sup> Vide de forma geral L. THUROW, *THE ZERO-SUM SOCIETY—DISTRIBUTION AND THE POSSIBILITIES FOR ECONOMIC CHANGE* (1981).

o que podem obter. Por outro lado, todos nós temos visto muitos idealistas amargamente desapontados, pessoas que se sentem ofendidas por qualquer coisa que esteja aquém dos objetivos puros de um movimento de reforma ou de uma plataforma reacionária.

Uma interpretação política mais consensual da avaliação é o pragmatismo. Tanto pessoas de dentro quanto externas à disputa política particular podem tentar avaliar o compromisso *como* um compromisso. Se ambos os lados obtiverem algo importante e significativo desse processo, o compromisso é considerado um sucesso por cada lado. 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 lado ou para o outro. Compromissos fortemente tendenciosos tendem a aumentar a insatisfação na sociedade, violando, assim, o senso pragmático de ganhos politicamente disponíveis no bem-estar líquido.

Mesmo a abordagem pragmática não escapa ao problema utilitarista de uma total falta de significação moral coletiva. Para muitos de nós, programas sociais como integração racial e seguros contra acidentes de trabalho não parecem ser compromissos políticos frios. Mesmo que não estejamos diretamente envolvidos, tais programas são intrinsecamente satisfatórios. Como reconciliamos esse sentimento moral com um modelo político? É meramente uma projeção da nossa própria política?

Este artigo não está preocupado com o problema filosófico de julgamentos morais válidos. Há uma terceira interpretação política da avaliação, no entanto, 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, eles são bem-sucedidos quando recorrem a valores prevalentes. O grande poder do movimento dos direitos civis foi fazer o *mainstream* acreditar na justiça racial. Inversamente, quando os movimentos sociais falham em alcançar o *mainstream*, eles não são bem-sucedidos. Os movimentos são menos efetivos quando o *mainstream* acredita que os ativistas do movimento estão criando problemas a partir de egoísmo puro (desejo de fama, poder, dinheiro). Movimentos sociais também são inefetivos quando são percebidos como grupos de interesses especiais, fanáticos e intransigentes.

Parte da dramaturgia social das implementações é um diálogo de confiança e desconfiança entre o *mainstream* e os ativistas: Jesse Jackson está realmente fazendo algo de bom ou está apenas em uma empreitada megalomaniaca? Os ambientalistas podem agir de maneira justa e chegar a compromissos pragmáticos, ou recorrer a manobras legalistas diante da menor questão ambiental, independentemente do custo para o restante da sociedade? Pode-

se confiar no *establishment* para uma barganha justa, ou os ativistas devem assumir 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 faceta 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 movimento<sup>144</sup>. 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 melhor 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 dos direitos civis negros tem sido consistentemente pragmático, enquanto os movimentos ambientais e consumeristas vêm incluindo componentes ideológicos e pragmáticos. O ativismo ideológico é indiferente, ou mesmo incompatível, ao sucesso tangível. 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 melhor 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 puritano. Um colapso total do apoio do *mainstream* levanta questões sobre a ideologia. É difícil manter a superioridade moral enquanto se é universalmente ridicularizado como um fanático não realista e ineficaz. Assim, ativistas ideológicos devem manter um equilíbrio desconfortável entre pragmatismo e simbolismo.

A ideia de que a implementação é um processo de apelo ao *mainstream* pode ser dramatizada 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 podem ser o meio de lidar com valores contrários aos do *mainstream*.<sup>145</sup> Nessa situação, remédios jurídicos são buscados principalmente como um meio de proteger a privacidade, não como um meio de atingir uma mudança social

---

<sup>144</sup> A famosa "lei de ferro da oligarquia" de Michel diz respeito a este problema. Vide F. PIVEN & R. CLOWARD, *POOR PEOPLE'S MOVEMENTS—WHY THEY SUCCEED, HOW THEY FAIL* xxii-xxiii, 101-02, 322 (1979). Vide também nota 131 *supra*, e texto que a acompanha.

<sup>145</sup> Vide Tyack, Kirst & Hansot, *Educational Reform: Retrospect and Prospect*, 81 TCHRS. C. REC. 253, 266 (1980).

positiva. Finalmente, como ficou óbvio nos exemplos, o consenso geralmente não significa apoio unânime e entusiasta. O apelo externo de implementações varia enormemente, desde o forte apoio de alguns membros do *mainstream* a uma minoria discreta, 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 se aplica 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 caro para os 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 fiquem satisfeitos com os símbolos, às vezes os 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 seu próprio tipo de 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 sobre assuntos distorcidos, 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 factuais testadas pelo debate público é se determinados programas foram sucessos ou fracassos. Essa questão importante merece discussão em uma subseção separada.

### 3. Discordâncias factuais sobre qual padrão está presente

Compondo a dificuldade normativa de lidar com os compromissos está a presença de discordâncias, genuínas ou taticamente fabricadas, sobre qual padrão está presente. Um programa em particular é um fracasso ou um compromisso? Raramente é fácil reconhecer isso. E não é só isso, mas 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. Críticos da educação bilíngue são frequentemente ouvidos dizendo que o investimento existente não melhorou as habilidades verbais das crianças. Os defensores do programa frequentemente 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 é *mais* financiamento e não menos. Assim, os defensores do programa podem aceitar a caracterização do programa como um fracasso pré-ordenado. Se essa caracterização é justa e se a conclusão de mais financiamento decorre disso são questões separadas. Por exemplo, muitas das fraquezas estruturalmente determinadas dos programas bilíngues podem ser politicamente inevitáveis. Mesmo que 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 larga 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 I<sup>146</sup>. Supostamente, solicitou-se às pessoas do Departamento de Educação encarregadas da avaliação do Título I que omitissem em seu relatório ao Congresso os 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 confiança da equipe de que o programa do Título I havia sido aprimorado continuamente desde seu início e não havia sido gerido suficientemente bem no início para

---

<sup>146</sup> *Elementary and Secondary Education Act of 1965*, Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. 27.

produzir efeitos de longo prazo que pudessem ser observados no momento da elaboração do relatório'. Embora o programa tenha sido visto inicialmente como um fracasso, mais recentemente foi visto como um experimento social promissor a 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 regular. Existem exemplos mais flagrantes do que o Título I<sup>147</sup>.

A dificuldade de encontrar a verdade na avaliação é desanimadora. Um livro premiado de um ilustre autor<sup>148</sup>, 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 dos programas<sup>149</sup> são retórica oca. Talvez a avaliação da implementação seja algo como direito penal: há tanta coisa em jogo e existe um potencial de viés tão grande que um processo adversarial deve ser incentivado. Como políticos, os membros do Congresso são indubitavelmente sensíveis ao elemento político da avaliação e compensam abrindo seu processo a todos os que chegam. Também ajudaria consideravelmente se mais acadêmicos tentassem ser objetivos, não no sentido de serem politicamente neutros, mas no sentido de esclarecer como seu ponto de vista se insere no argumento e de ser justo com as evidências. Por fim, até os defensores fariam bem em moderar seus instintos mais convenientes. Sempre me pareceu que uma das principais razões do sucesso dos movimentos por direitos civis e 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

---

<sup>147</sup> Um exemplo é o Corpo Nacional de Professores. Vide de forma geral Cronin, *Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program*, in AMERICAN POLITICS AND PUBLIC POLICY 77 (1978).

<sup>148</sup> D. HOROWITZ, *THE COURTS AND SOCIAL POLICY* (1977).

<sup>149</sup> E. g., L. GRAGLIA, *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 sobre outros pontos de vista. Sobre a difícil fronteira entre não discriminação e discriminação reversa, vide de forma geral Brest, *Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1 (1976); Fiss, *The Fate of an Idea Whose Time Has Come*, 41 U. CHI. L. REV. 742 (1974). Sobre as complexidades de definir e limitar remédios jurídicos em casos raciais, mesmo assumindo uma definição "limitada" de responsabilidade, vide de forma geral Kirp & Babcock, *Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform*, 32 AS. L. REV. 313 (1981).

sociedade. Nesse sentido, a verdade, assim como a mentira, tem um tremendo poder e atratividade.

## **G. 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 técnica de procedimentos ou técnicas confiáveis e válidas<sup>150</sup>. A ideia de metodologia é frequentemente equiparada a técnica — como projetar um instrumento de pesquisa, retirar amostras estatisticamente confiáveis e conduzir entrevistas abertas. Embora as preocupações com a técnica sejam bastante importantes, elas provavelmente são as de menor importância 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, uma vez selecionado. Além disso, é difícil articular aspectos metodológicos da teoria e o tema; as decisões sobre eles podem ser tomadas intuitivamente, subconscientemente ou por padrão. Finalmente, a maioria das implicações importantes do modelo de metodologia ocorre nas áreas de tema e teoria.

Em relação ao tema, o modelo demonstra que todo o processo de implementação envolve tipos muito diferentes de atividades, como a história dos movimentos sociais, sua influência sobre a legislação, os detalhes das regulações, as interações em nível de campo entre inspetores e organizações reguladas e as características-chave estruturais de vários tipos de organizações reguladas. Pode não haver ligação invariável entre uma atividade e o método de pesquisa usado para estudá-la. Apesar disso, os raciocínios utilizados para analisar algumas atividades, como a influência histórica, parecem bastante diferentes dos utilizados para outras, como o significado dos regulamentos legais. O uso acadêmico 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 forma de técnica de pesquisa pode ser mais adequada para investigar um aspecto particular do que outros. Por exemplo, se alguém quiser

---

<sup>150</sup> “Isso [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.” THE LANGUAGE OF SOCIAL RESEARCH 4 (P. Lazarsfeld & M. Rosenberg eds. 1955).



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 alguém deseja entender os reais compromissos feitos 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 é necessário dedicar algum tempo à observação etnográfica. Os *insiders* de elite tendem a oferecer uma visão "reconstruída" da realidade, da qual as variantes ideologicamente inaceitáveis de sua própria conduta são censuradas. Eles também tendem a falar em um nível bastante alto de abstração, 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.

A teoria desempenha um papel tão importante quanto o tema na escolha do método de pesquisa. Teoria é qualquer coisa que especifique 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 de dois tipos de projetos de pesquisa. O primeiro é a teoria da sanção quantitativamente orientada. Esta pesquisa tenta estabelecer uma estimativa do volume de cumprimento produzido por sanções de diferentes tipos e intensidades. Pesquisas sobre o efeito dissuasório da ação policial ou sobre o efeito cumulativos de subvenções são bons exemplos<sup>151</sup>. 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”<sup>152</sup>. Divisores de águas são decisões de realizar ou não determinados aspectos de uma intervenção jurídica, decisões que afetam substancialmente os resultados da intervenção *vis-à-vis* os propósitos sociais subjacentes. Metodologicamente falando, aqueles que narram o

---

<sup>151</sup> Vide de forma geral Wilson & Boland, *The Effect of the Police on Crime: A Response to Jacob and Rich*, 16 LAW & SOC’Y REV. 1f3 (1981-82); S. Barro, *The Impact of Intergovernmental Aid on Public School Spending* 59-66 (maio de 1974) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<sup>152</sup> Para uma discussão sobre divisores de águas como parte de descrições longitudinais, vide parte III(D).

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 meio 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, "criticável" — quanto excessivamente simplificado.

Em contraste, estudos de caso de 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 devido às 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. Ausente uma descrição formal de como se determinou a forma como certos eventos foram geradores de consequências, geralmente ficamos com perguntas incômodas sobre o que não foi observado e explicado.

O ponto importante aqui não tem a ver 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. A teoria tem uma influência profunda no método.

Tendo considerado a influência do tema e da teoria sobre o método, chegamos à técnica. Se a observação participante em nível de campo for selecionada, a questão de como fazê-lo corretamente permanece. 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 de pesquisa padrão. 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 etnográfica<sup>153</sup>. Como a interação do direito com os sistemas sociais envolve processos sociais e vínculos únicos, no entanto, as questões metodológicas são distintas. O espaço aqui não pode sequer começar a explorar essa importante questão. Como uma 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 importância que orientam a inclusão e exclusão de material? Se um critério é 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 da pesquisa 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 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 para a pesquisa interdisciplinar parecem ser mais produtivas — a formação interdisciplinar de pesquisadores (formais ou práticos), colaboração, consultoria seletiva e revisão da pesquisa por equipes interdisciplinares capazes de identificar descuidos

---

<sup>153</sup> Vide de forma geral H. BEAKER, *SOCIOLOGICAL WORK* (1970); B. GLASER & A. STRAUSS, *THE DISCOVERY OF GROUNDED THEORY: STRATEGIES FOR QUALITATIVE RESEARCH* (1967); *ISSUES IN PARTICIPANT OBSERVATION* (G. McCall & J. Simmons eds. 1969); L. SCHATZMAN & R. A. STRAUSS, *FIELD RESEARCH* (1973).

metodológicos. Além disso, devemos manter vivo o sonho da formação específica em "estudos jurídicos"<sup>154</sup>.

#### IV. 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 da lei moderna ou pós-moderna<sup>155</sup>. Consideradas separadamente, as implementações constituem o micronível da lei moderna, 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 legitimação dessa legião de interações substantivas, novos papéis jurídicos no nível macro geralmente são sentidos por representantes políticos e juízes de nível superior, bem como por elites informacionais<sup>156</sup>. No restante desta discussão, será conveniente considerar primeiro algumas mudanças importantes no direito moderno, relacionadas centralmente à natureza da implementação, conforme descrito neste artigo, e

---

<sup>154</sup> Sobre a importância de não limitar tema e ponto de vista em razão de um “proselitismo” metodológico limitado, vide H. BECKER, *SOCIOLOGICAL WORK* 3 (1970).

<sup>155</sup> Teóricos sociais tendem a usar o termo “pós-moderno” para descrever o direito atual. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *LAW & Soc'Y REv.* 239, 243 (1983). 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. P. NONET & P. SELZNICK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION* 16 passim (1978). Direito “reflexivo” é aparentemente um termo de Teubner. Teubner, p. 266, *supra*. Vide de forma geral: N. LUHMANN, *THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY* (1982). No presente Artigo, distinções tão minuciosas não parecem importantes, e, assim, apenas irei me referir ao direito da atualidade simplesmente como “direito moderno”.

Muita da discussão desta 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).

<sup>156</sup> Gradualmente estamos começando a entender o papel da mídia nos Estados Modernos enquanto instituições legitimadoras, deslegitimadoras e reconstrutoras. Vide nota 184 *infra* do presente texto.

depois o tópico um tanto derivativo relacionado a novas funções para os profissionais do direito.

## **A. 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 derivada 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 legalmente garantido era durável, permanente; a única maneira de perdê-lo era renunciando-o. Direitos legalmente garantidos eram direitos adquiridos. A próxima subseção discutirá as características do direito moderno identificado 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, e a discussão final abordará as novas e remanescentes fontes de autonomia jurídica.

### **1. Atributos do direito moderno que diminuem a autonomia**

Quatro características do direito moderno, conforme descritas pelo modelo apresentado, operam para diminuir o senso de autonomia jurídica: consequencialismo (ou racionalidade substantiva), origens políticas, comprometimento e renegociabilidade. Primeiro, consequencialismo, ou racionalidade substantiva, é a ideia de que o direito deve ser usado para resolver problemas sociais. É a ideia do direito como "engenharia social"<sup>157</sup>. O consequencialismo é inconsistente com a autonomia, porque, segundo ele, o direito é apenas uma ferramenta<sup>158</sup>. 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 dos "problemas sociais"; direito como um senso de segurança implicava direitos *individuais*.

---

<sup>157</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1045 n.2.

<sup>158</sup> Vide N. LUHMANN, *THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY* 133-35 (1982).

Segundo, a origem do direito decorrente das atividades políticas dos grupos de interesse é óbvia para as pessoas modernas. Os valores se originam nas proposições substantivas dos grupos sociais e são transformados em lei por meio de um processo de compromisso político. Obviamente, uma vez atingido, cada compromisso político se torna "a norma" e é, nesse sentido, 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 moralmente convincente, uma demanda como a dessegregação pode parecer "política" demais<sup>159</sup>.

Terceiro o direito parece altamente comprometido, o resultado de grupos de interesse que chegam a acordos. Os acordos não são fontes sagradas de valores e não são especialmente duráveis. Finalmente, a lei é obviamente renegociável: se os custos de apoio não forem suficientemente bons esse 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.

## **2. Exemplo do Declínio da Autonomia do Direito como Fonte de Valores: a Indústria de Defesa Judicial**

O melhor exemplo de preocupação com o direito como fonte de valores é o que pode ser chamado de "indústria da defesa judicial". Em um ritmo frenético, os juristas estão produzindo artigos e livros com o objetivo de mostrar que existe um método legítimo pelo qual os juízes podem descobrir valores a partir da cognição. Ao mesmo tempo, as autoridades

---

<sup>159</sup> A possibilidade de que a regulação nos Estados Unidos é marcadamente mais legalista que na Grã-Bretanha foi discutida no colóquio de Keith Hawkins. K. Hawkins, *The Compliance Strategy, (Interdisciplinary Legal Studies Colloquium, Univ. of Wis. Law School, Nov. 6, 1981)*. Vide D. KIRP, *DOING GOOD BY DOING LITTLE: RACE AND SCHOOLING IN BRITAIN* 115-23 (1979); Kirp, *Professionalization as a Policy Choice. British Special Education in Comparative Perspective*, 34 *WORLD POL.* 137, 173 (1982). 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. N. Reich, *Problems in F.T.C. Rulemaking: Some Remarks on Regulatory Failure (Interdisciplinary Legal Studies Colloquium, Univ. of Wis. Law School, 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 possuir uma cultura e governos mais *laissez faire* que muitos países europeus. 3) Os meios culturais não-legalistas de influência de 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 massas? 4) Quão efetivo é o sistema europeu em verdadeiramente mudar comportamentos, diferentemente de transmitir uma impressão ideológica de efetividade?

estão em conflito umas com as outras, desacreditando os esforços da outra. Aqui, inclui-se o impressionante debate em curso sobre a legitimidade da revisão judicial em matéria constitucional<sup>160</sup>, bem como o debate sobre o próprio *common law*<sup>161</sup>.

Um exemplo específico emerge das considerações concorrentes no debate sobre o papel judicial na implementação de políticas sociais. Disputas sobre o financiamento da educação, enquanto ótimo exemplo de litígio institucional, encaixam-se perfeitamente no modelo de implementação deste artigo<sup>162</sup>. A dificuldade que os juízes e advogados experimentam, e a forte tendência de a doutrina se tornar politizada, podem ser percebidas a partir da posição dos tribunais nesse tipo de litígio.

Uma demanda foi instaurada contra o Estado de Wisconsin que, se bem-sucedida, exigiria mais de um bilhão de dólares em novas receitas para educação<sup>163</sup>. 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 dinheiro<sup>164</sup>. As questões são se os tribunais podem permanecer alheios à situação orçamentária e o que aconteceria com o conceito de direito se os juízes começarem a levar em conta consequências orçamentárias.

As questões orçamentais mais amplas vão muito além do tema educação. O estado de Wisconsin atualmente está cortando programas sociais em larga escala, realizando trocas

---

<sup>160</sup> Vide de forma geral: Ball, *Don't Die Don Quixote: A Response and Alternative to Tushnet, Bobbitt, and the Revised Texas Version of Constitutional Law*, 59 TEX. L. REV. 787 (1981); Bobbitt, *A Reply to Professor Ball*, 59 TEX. L. REV. 829 (1981); Brest, *Interpretation and Interest*, 34 STAN. L. REV. 765 (1982); Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, 91 YALE L.J. 1287 (1982); Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982); Tushnet, *Deviant Science in Constitutional Law*, 59 TEX. L. REV. 815 (1981). Wellington, *The Nature of Judicial Review*, 91 YALE L.J. 486 (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, eu suponho que meu colega, Mark Tushnet, deva ser retratado rodando em uma lancha que produz ondas. Vide nota 167 *infra*.

<sup>161</sup> Vide de forma geral Rees, *Cathedral Without Walls: A View from the Outside*, 61 TEX. L. REV. 347 (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 defesa judicial. Para uma análise do papel crescente da atividade judicial para além do direito constitucional, vide de forma geral, *Comments on Judicial Creativity*, 69 IOWA L. REV. 1 (1983).

<sup>162</sup> Sobre financiamento da educação e litígios institucionais, vide notas 14 e 27 *supra*.

<sup>163</sup> *Kukor v. 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 *Buse v. Smith*, 74 Wis. 2d 550, 247 N.W.2d 141 (1976).

<sup>164</sup> Sobre a efetividade dos remédios judiciais tal qual incorporada pela doutrina da justiciabilidade, vide Clune, Lindquist, Serrano e Robinson: *Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation*, in II SCHOOLS AND THE COURTS 67, 104-06 (P. Piele ed. 1979). Dimensões orçamentárias de medidas judiciais se destacaram no caso das despesas relacionadas à matrícula de estrangeiros ilegais na rede de ensino do Texas, um dos casos sobre educação mais importantes decididos em muitos anos. Vide *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 228-29 (1982); *idem*, p 249-50 (Burger, C.J., em sentido contrário).

dolorosas e extremamente cuidadosas entre os vários programas sociais. Faz sentido para um tribunal ordenar um bilhão de dólares de novas receitas para o ensino fundamental e médio neste caso, tendo por base não uma avaliação legislativa das prioridades, mas em razão de um direito legal autônomo expresso ambigualmente em uma constituição escrita cem anos atrás? 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 senso de lei enquanto 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.

### **3. Declínio da autonomia do direito como fonte de segurança**

O direito moderno também contém em senso reduzido do direito enquanto fonte de segurança e comprometimento (ou garantia). Em última análise, a ideia de que um direito é garantido porque a lei assim o diz é obviamente dependente de uma certa quantidade 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 EUA] sobre a relação entre propriedade e Estado<sup>165</sup>. A propriedade em sentido moderno — coisas como fluxos de renda parcialmente assegurados 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.

---

<sup>165</sup> Nedelsky, *Confining Democratic Politics: Anti-Federalists, Federalists, and the Constitution*, 96 HARV. L. REV. 340, 354-58 (1982); J. Nedelsky, *The Future of Property in Light of Its Past* (Interdisciplinary Legal Studies Colloquium, Univ. of Wis. Law School, Apr. 27, 1982).



Mesmo o protótipo de propriedade, a propriedade imobiliária desembaraçada<sup>166</sup>, não está imune às incursões do direito moderno. Em nossa sociedade, a situação financeira de uma pessoa com relação à casa própria é afetada dramaticamente por sua idade. Uma pessoa com cerca de cinquenta anos 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, porque um jovem de 25 anos deve pagar mais de US\$ 1.200. O que explica essa diferença de quase dez vezes? Nada além de investimentos reais em direitos subjetivos à propriedade, questões de hipoteca ou outras questões imobiliárias, conforme afetadas por prolongadas 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 moderno. Que sentido faz, do ponto de vista de uma política nacional de habitação, que jovens com piores rendimentos paguem dez vezes mais do que aqueles mais velhos e com melhores rendas por imóveis equivalentes? 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 exteriores. Por esse motivo, privilégios relacionados à idade do comprador do imóvel não podem ser deixados como uma amostra idiossincrática de privilégio fossilizado. O Estado será demandado a fazer algo sobre a situação dos jovens que tentam adquirir casas próprias. Se subsídios governamentais forem disponibilizados em favor dos proprietários de imóveis, da indústria da construção civil ou de agentes de financiamento imobiliário pode ocorrer 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 status anteriormente sagrado do direito de propriedade pode ser visto como dotado de irracionalidades, ocorre precisamente em razão da transformação histórica do direito

---

<sup>166</sup> N.T.: o autor usa o termo *fee simple absolute*, instituto típico da *common law* de difícil tradução para língua portuguesa. No intuito de melhor facilitar a compreensão do texto, optamos por utilizar o termo "propriedade imobiliária".

autônomo em direito moderno, e substancialmente racional. O ponto central para a transformação é a agregação, por um longo período, de vários programas sociais implementados que podem ser chamados de "política nacional de habitação". Em outras palavras, a nova forma do direito exerce uma pressão gradual na direção de absorver o antigo e, conseqüentemente, tem sua forma própria e moderna de autonomia<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> Um pequeno exemplo de pressões da mídia sobre as antigas hipotecas está em Martin, *It Pays to be New in S&L Business*, Wis. ST. J., 19 de junho de 1982, §4, p. 1.

O declínio do direito autônomo pode ser facilmente superestimado. Uma gama de qualificações são necessárias para perceber esta tendência em uma perspectiva apropriada. Primeiro, essa tendência é ainda nova e incompleta. Segundo, novas formas de cultura jurídica não substituem de por completo as antigas. Vide P. NONET & P. SELZNICK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION* 116 (1978). Uma razão para isso é que algum grau de autonomia do direito é provavelmente necessário para o Estado. Ver L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 33-94 (rev. ed. 1969). Terceiro, há um enorme papel para o direito e atores do sistema de justiça 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 profissionais do sistema de justiça e a formação jurídica já se ajustaram ao direito moderno e a maioria das pessoas sequer notarão a diferença.

Da perspectiva de um docente de direito, muito do conteúdo, atividade de ensino e atividade discente em direito constitucional, apesar da crise referenciada na parte IV(A)(2), está caminhando em direção ao desenvolvimento de novas habilidades para o sistema jurídico-político. Conceitos como nível de controle, análise entre meios e fins, e entre intenção e resultado são enormemente úteis como paradigmas de análise de políticas (instrumentos cognitivos para avaliações rápidas e eficientes de problemas políticos). A abertura e indeterminação dessas ideias, em uma perspectiva de resposta a problemas particulares, muito percebida na literatura jurídica, são a força e não a fraqueza da análise política. Eles são aspectos do direito puramente procedimental como se vê abaixo. Vide nota 174 *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 155 *supra*. Como exemplo de litigância institucional vide notas 14 e 27 *supra* e texto que as acompanha; vide também *supra* texto que acompanha a nota 100 (*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 estresse causado pelo declínio do direito autônomo a redução da autonomia do direito e pelo grau de autonomia permanece, tal qual apontado na parte IV(A)(4), também precisam ser acomodados. Uma pequena lista de leituras de alta qualidade ilustrativas desses temas é: Hellerstein, *Constitutional Limitations on State Tax Exportation*, 1982 AM. B. FOUND. RESEARCH J. 5; Komesar, *In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative*, 79 MICH. L. REV. 1350 (1981); Mashaw, *Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice*, 1981 DUKE L.J. 181; Michelman, *Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality Review?*, 13 CREIGHTON L. REV. 487 (1979); Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L.J. 1063 (1980); Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982). Follow-ups on the Westen equality article include: Burton, *Comment on "Empty Ideas": Logical Positivist Analysis of Equality and Rues*, 91 YALE L.J. 1136 (1982); Chemerinsky, *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, 81 MICH. L. REV. 575 (1983); Westen, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals*, 81 MICH. L. REV. 604 (1983); e Westen, *On "Confusing Ideas": Reply*, 91 YALE L.J. 1183 (1982).

Se eu estou correto que tal doutrina é parte da reconstrução do direito para se conformar às novas condições sociais tais estudiosos são a versão moderna daquilo chamado por Weber de "honoratiores do direito" ou notáveis. 2 M. WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* 784-802 (G. Roth & C. Wittich eds. 1978) (profissionais do direito treinados academicamente e empregados envolvidos na racionalização jurídica). Ainda, já que muitos estudiosos consideram como sua missão 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 ao asceticismo, rotina do trabalho e rezas, 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.

#### 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 política<sup>168</sup>. Esse problema às vezes é chamado de "reducionismo". Embora a maioria das características do direito discutidas aqui 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 Oficial<sup>169</sup> 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 detalhe<sup>170</sup>. 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, tribunais e agências administrativas — molda o conteúdo e a estrutura dos acordos políticos. Segundo, a discricionariedade massiva é criada pela indeterminação do sistema jurídico, incluindo tudo desde a necessidade de julgar casos singulares até a discricionariedade sem controle de agentes administrativos de campo. Terceiro, existem algumas normas dotadas de autonomia, tais como consistência e igualdade. Quarto, grandes compromissos políticos, como o *National Labor Relations Act*<sup>171</sup>, 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

---

O resultado de uma doutrina politizada, em disputa com a indústria da atividade judicial como apontado na parte IV(A)(2), pode implicar uma absoluta deferência ao Poder Legislativo, isto é, uma destruição do constitucionalismo. Vide o ataque à ponderação de interesses em: Berns, *Judicial Review and the Rights and Laws of Nature*, 1982 SUP. CT. REV. 49, 49-57, 61-66, 82-83 (o legislativo é a única fonte legítima de julgamentos valorativos); Easterbrook, *Substance and Due Process*, 1982 Sup. CT. REV. 85, 89-94, 125 ("ponderação de interesses sem limites"); Hutchinson, *More Substantive Equal Protection? A Note on Plyler v. Doe*, 1982 SUP. CT. REV. 167, 191-94 (ponderação de interesses em conflito é imprevisível). *But cf* Sunstein, *Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause*, 1982 Sup. CT. REV. 127, 127-31 ("princípios gerais" vs. "ajustes sem fim").

<sup>168</sup> Vide N. LUHMANN, *THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY* 122-37 (1982).

<sup>169</sup> N.T.: o autor utiliza o termo "*Federal Register*" traduzido de forma não literal como "Diário Oficial" com o objetivo de facilitar a compreensão do leitor brasileiro.

<sup>170</sup> Vide também: R. UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY* 52-53 (1976) (definindo autonomia); Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the "Relative Autonomy" of the Law*, 11 LAW & Soc'Y REV. 571, 585-87 (1977).

<sup>171</sup> Capítulo 372, 49 Stat. 449 (1935) (versão atual em 29 U.S.C. §§ 151-187 (1976)).

desenvolver soluções mais justas, criativas e estáveis do que aquelas sugeridas por grupos de interesses políticos. Sexto, existe uma classe de elite, em associação com atores puramente altruístas, para quem alguma forma de solução estável e de longo prazo tem precedência sobre interesses políticos mais estreitos<sup>172</sup>. Por último, desenvolve-se um senso de legitimidade do próprio processo político, a ideia de que a democracia é a única maneira adequada de coordenar valores fundamentalmente irreconciliáveis.

O exemplo mais conhecido do problema do reducionismo é a questão há pouco mencionada referente à legitimidade procedimental, seja ela judicial ou legislativa. 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 leis<sup>173</sup>. A esse respeito, a responsividade política da implementação é uma fonte de legitimidade e 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 outras acreditam que deve haver resistência contra propostas de mudança.

A moderna visão de legitimidade substantiva é uma combinação de substância e processo<sup>174</sup>. Em situações de conflito social, antes das trocas, nenhum resultado claro e substantivo pode ser identificado como justo. Mesmo os defensores de posições concorrentes

---

<sup>172</sup> Block, *The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State*, SOCIALIST REV., maio-junho de 1977, p. 26-27; vide nota 219 *infra*.

<sup>173</sup> Este tipo de noção é aplicada em Clune, *The Supreme Court's Treatment of Wealth Discriminations Under the Fourteenth Amendment*, 1975 SuP. CT. REV. 289. O direito que não está aberto para reivindicações morais é tido por formalista em vez de legalista. *Idem*. Em 281 e n. 4. Vide J. SHKLAR, LEGALISM 1, 10, 36-38 (1964).

<sup>174</sup> Vide J. DEWEY, *PHILOSOPHY AND CIVILIZATION* 13-35, 126-40, 271-98 (1931); Yudof, *Plato's Ideal and the Perversity of Politics* (Book Review), 81 MICH. L. REV. 730, 742-45 (1983) (comparando o método interativo de decisão de Lindblom e Cohen com o método analítico). Vide também Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 LAW & SOC'Y REV. 239, 269 (1983). 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, a qual afirma que 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 legitimante*. Os próprios procedimentos e pressuposições de acordos racionais tornam-se”

*Idem* (citações omitidas) (destaque no original).

Para uma análise de uma área do direito moderno estruturada para funcionar da maneira descrita, e os problemas relacionados com a tentativa de ser puramente procedimental, vide de forma geral Clune & Hyde, *Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends*, 64 MARQ. L. REV. 455 (1981).

geralmente admitem que algum ajuste ao ponto de vista oposto 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. Como no caso dos direitos civis e de *Watergate*, se o sistema se comporta de maneira responsável, obtém-se um senso geral de legitimidade. Essa legitimidade se apresenta, mesmo quando presentes algumas falhas no procedimento e no resultado, até mesmo no mais legítimo dos processos. As pessoas não esperam perfeição da luta.

## **B. Conflito entre racionalidade substantiva e participação política: tendências positivas e contradições no direito moderno**

A segunda principal característica do direito moderno que pode derivada do modelo apresentado é um conflito implícito entre racionalidade substantiva e participação política, levando a tendências positivas e contradições. As características dominantes do direito moderno são o finalismo substantivo e a fragmentação política. O finalismo substantivo se aproxima da racionalidade substantiva de Max Weber<sup>175</sup>, porque o direito é concebido como meio para se alcançar objetivos sociais positivos. A busca consciente de objetivos por meio do direito lei foi definida ao longo deste artigo como a essência da implementação<sup>176</sup>. A racionalidade substantiva de Weber, no entanto, assumiu uma única fonte de propósitos. Foi o Estado, em um sentido coerente, que 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, todos os quais devem se comunicar e negociar entre si para serem efetivos. Um objetivo substantivo elevado é referido pelos teóricos sociais europeus como a

---

<sup>175</sup> Vide 1 M. WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* 85-86 (G. Roth & C. Wittich eds. 1978); 2 idem, p. 809-16.

<sup>176</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1094-1104.

"rematerialização" do direito. A fragmentação política é vista como uma tendência conflitiva por causa de sua ênfase procedimental<sup>177</sup>.

A vinda da implementação como um modo de vida 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; eles não são construções especulativas da teoria social. Nada é mais comum como experiência subjetiva de implementação, seja como participante ou seja como pesquisador, do que a esquizofrênica percepção de grande potencial prático combinada com resultados irracionalmente baixos. Problemas de legalismo excessivo e falta de razoabilidade regulatória, por exemplo, são desconcertantes precisamente porque eles parecem teoricamente desnecessários, embora praticamente onipresentes. Esses pontos de conflito frequentemente encontrados são uma indicação das limitações que a cultura impõe às políticas.

A Tabela 3 é um resumo gráfico 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 DE TENDÊNCIA	
	Tendência positiva	Contradição
Aspecto Substancial:	Pragmática, fragmentada,	Substância conflitiva —

<sup>177</sup> Neste momento, a sociedade parece estar reavaliando seus compromissos com a intencionalidade do direito e com as estruturas burocráticas e legais a ela associadas. O modelo clássico de direito e Estado que herdamos do século XIX ressaltam aquilo que Max Weber chamou de "formalidade racional" ... Um sistema jurídico racional cria e aplica um corpo de leis universais, e o direito formal racional depende de um corpo de profissionais do direito que empregam argumentação jurídica peculiar com o objetivo de resolver determinados conflitos. Com a ascensão do *Welfare State* e do Estado Regulador, grande ênfase foi colocada no 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, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 LAW & Soc'Y REV. 239, 240 (1983) (citações omitidas).

Racionalidade Substantiva Fragmentada	resolução de problemas — realismo.	comprometimento, diluição e desvios.
Aspecto formal: Direito como política	Direito “responsivo”, desenho institucional.	Conflito político, desconfiança, legalismo, duplicidade, sociopatia, manipulação, perda de autonomia ocupacional e auto-estima.

Como a Tabela 3 indica, cada característica essencial do direito moderno, ao estilo de implementação, está associada a uma tendência positiva e a uma contradição — uma característica negativa de tipo especial que impede que a tendência positiva seja plenamente realizada. 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 de partes dos 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 geralmente é 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. Política é recursividade, negociabilidade e renegociabilidade da lei, bem como as estruturas e rotinas institucionais que surgem nas definições de implementação para acomodar negociações. Sob circunstâncias positivas, o caráter político do direito culmina em direito "reflexivo" ou "responsivo"<sup>178</sup>. 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 contrário como um objeto a ser manipulado para bem próprio. O lado contraditório do direito como política é experimentado profunda e intensamente pelos participantes na implementação. Quantidades enormes de reclamações são feitas por aqueles que participam da implementação

<sup>178</sup> P. NONET & P. SELZNICK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION* 73-113 (1978); Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *LAW & SOC'Y REV.* 239, 243 (1983).

e versam sobre a relação de desconfiança subjacente a comportamentos como legalismo excessivo, duplicidade, manipulação (às vezes beirando a sociopatia) e a perda de autonomia ocupacional e autoestima resultantes de desconfiança, manipulação e super-regulamentação<sup>179</sup>.

Em suma, o direito moderno produz bons e maus resultados (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 irrealistas<sup>180</sup>. A questão mais realista é se a condição de tendência positiva e contradição podem persistir, em uma espécie de combinação levemente infeliz e improvável de objetivos substantivos e programas desconectados, ou se atingirá uma condição insuportável de entropia e confusão<sup>181</sup>. 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 um rápido olhar para as tendências positivas do direito moderno nesse nível, a Tabela 4 será útil:

TABELA 4 TENDÊNCIAS POSITIVAS E CONTRADIÇÕES NO DIREITO MODERNO (Nível "Atacado")		
FUNÇÃO DO SISTEMA	DIREÇÃO DE TENDÊNCIA	
	Tendência positiva	Contradição
Integração do sistema	Estado de bem-estar exitoso	Problemas de coordenação: orçamento, programas conflitantes
Justificação do sistema	Imagem do provedor	Imagem fraca, de

<sup>179</sup> Para uma boa discussão sobre problemas do legalismo na regulamentação, vide de forma geral: E. BARDACH & R. KAGAN, *GOING BY THE BOOK-THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS* (1982); Barton, *Behind the Legal Explosion*, 27 STAN. L. REV. 567 (1975); Glazer, *Towards an Imperial Judiciary?*, 41 PUB. INTEREST 104 (1975); Manning, *Hyperlexis: Our National Disease*, 71 Nw. U.L. REV. 767 (1977). Vide também nota 173 *supra* e texto que a acompanha (tribunais respondem a demandas moralmente persuasivas fundadas na constituição).

<sup>180</sup> Vide nota 178 *supra*.

<sup>181</sup> Vide T. Lowi, *THE END OF LIBERALISM-THE SECOND REPUBLIC OF THE UNITED STATES* 50-63, 271-94 (2d ed. 1979).



		contemporização; ou imagem simplória, fanática.
--	--	---

O nível atacadista ou social 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 social é a coordenação sistêmica.<sup>182</sup> Quando a coordenação está funcionando bem, o bem-estar social floresce: muitos *trade-offs*<sup>183</sup> dolorosos 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 se torna muito difícil ao 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 social 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 moderno obtém uma imagem de "provedor" (a qual os americanos tendem a personificar em Franklin Delano Roosevelt). Quando a justificação do sistema se quebra, duas imagens negativas diferentes são possíveis: o temporizador e o fanático. O temporizador 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 barganhas temporárias, apenas para enfrentar problemas cada

<sup>182</sup> Habermas propõe três dimensões de racionalidade jurídica: racionalidade interna (aquilo 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, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 LAW & Soc'Y REV. 239, 252 (1983). O problema a que eu me refiro como integração e justificação do sistema na Tabela 4 parecem corresponder às duas últimas dimensões.

<sup>183</sup> N.T.: optamos por manter o termo original *trade-off* considerando o seu uso amplo em vernáculo.

vez piores à medida que a complexidade do sistema de barganhas cresce mais e mais. A imagem oposta é a do fanático, ou simplório, que trata todas as implementações específicas de forma grosseira em relação aos objetivos internos delas, impondo alguma solução de segunda ordem internamente consistente ao sistema de implementações. Por exemplo, reduzir os gastos com educação em trinta por cento não faz sentido em relação aos objetivos educacionais e pode ser ridicularizado desse ponto de vista.

Os presidentes americanos modernos tendem a ficar presos em uma ou outra dessas duas imagens. O presidente Carter foi rotulado de "fraco" temporizador; O presidente Reagan é chamado de "ideólogo" insensível. Este artigo não faz comentários sobre as personalidades reais desses homens e, de fato, a relação entre 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 a mídia de massa parece obrigada a capitalizar sobre o potencial de críticas<sup>184</sup>.

As dificuldades no nível social descritas acima são versões aproximadas de pelo menos parte do que Habermas quer dizer com "crise de legitimação"<sup>185</sup>. 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?

---

<sup>184</sup> Sobre a mídia e os presidentes, vide de forma geral M. GROSSMAN & M. KUMAR, *PORTRAYING THE PRESIDENT-THE WHITE HOUSE AND THE NEWS MEDIA* (1981); R. RUBIN, *PRESS, PARTY, AND PRESIDENCY* (1981). Sobre as falhas em ajustar o orçamento, vide Nordhaus, *All Tied Up by the Business Cycles*, N.Y. Times, 13 de junho de 1982, p. F3, col. 1 (argumentando que, apesar de a política fiscal ser o instrumento preferido de estabilização econômica, dificuldades políticas podem torná-la inútil, forçando a dependência de busca 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 orçamentária, vide Greider, *The Education of David Stockman*, ATL. MONTHLY, Dec. 1981, at 27. Qualquer um preocupado com a crise de coordenação do sistema poderia optar por pressionar o botão do pânico. O novo processo orçamentário aparentemente culminou em um grande entrave, produzindo meses de gastos em continuidade confiando em orçamentos antigos). Vide de forma geral A. SCHICK, *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 um alarmista, mas a pressão dessas circunstância em favor de uma forma de governo mais centralizada e menos democrática parece imensa (uma das contradições da filosofia política conservadora, pode-se acrescentar). Vide T. Lowi, *THE END OF LIBERALISM-THE SECOND REPUBLIC OF THE UNITED STATES* xi-xiii, 274-79 (2d ed. 1979); McWilliams, *Carey's Warning*, 232 THE NATION 780, 780-81 (1981). Evidentemente, dada a genialidade pragmática da política americana, talvez essa centralização ocorrerá por meio de informais das instituições existentes, tais como novas formas de liderança no Congresso e cooperação.

<sup>185</sup> Vide nota 182 *supra*. Vide em geral J. HABERMAS, *LEGITIMATION CRISIS* (1973).

Uma crise não pode ser inferida apenas de dificuldades de coordenação e justificação sistêmicas historicamente experimentadas. Um sistema levemente caótico tem muitos custos, mas também muitos benefícios porque, por meio dele, muitas pessoas e interesses são representados efetivamente. Para que ocorra uma crise, teria que haver algo pressionando o sistema ao longo do tempo em uma direção que torna cada vez mais difícil a coordenação e a justificação. James O'Connor parece pensar que o capitalismo trabalha com esse tipo de confusão<sup>186</sup>. 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. Por exemplo, é necessário mais investimento em educação 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 na 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 torna mais difícil o custeio de investimentos necessários para melhoria da produtividade.

O ponto mais relevante para os fins deste artigo é a geração de conflito político. O aperto 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 um ao outro. 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 descendente de desvalorização mútua, culpando atores humanos inocentes pela futilidade de políticas que nenhum deles pode entender. 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 na medida em que incorpora ideias de retornos decrescentes. Se os investimentos sociais na acumulação de capital

---

<sup>186</sup> Vide em geral J. O'CONNOR, *THE FISCAL CRISIS OF THE STATE* (1973).

compensam generosamente, 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 produtivos<sup>187</sup>. Outra ideia é que o padrão material de vida da população cada vez maior, implícito na sempre crescente demanda de consumidores, deve em algum momento entrar em confronto com recursos naturais cada vez mais escassos<sup>188</sup>.

A análise de O'Connor, embora difícil para alguém não familiarizado com teorias macroeconômica 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 estar operando 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 reduções maciças de impostos, parecem politicamente ingênuas. Conseqüentemente, é crucial considerar conexões entre os desenvolvimentos na economia e contradições políticas. O'Connor pode não ter as respostas certas, mas ele faz uma pergunta de importância primordial.

Um ponto diferente é que tanto uma crise quanto um problema crônico podem levar a um grande ajuste do sistema ao invés de um colapso. As pressões decorrentes das dificuldades do sistema já podem estar forçando uma solução de longo prazo. A implementação, como um modo de vida, implica uma certa quantidade de corporativismo (indivíduos identificados com instituições, grupos e causas)<sup>189</sup>. 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 saúde (junto com controles de custos) e seguro de vida tendem a ser associados ao emprego. Transportes e mesmo habitação talvez não estejam muito atrás<sup>190</sup>. Embora o tema acerca das tendências

---

<sup>187</sup> *Idem*, p. 51-58.

<sup>188</sup> Vide Firebaugh, *Scale Economy or Scale Entropy? Country Size and Rate of Economic Growth*, 48 AM. Soc. REv. 257, 259-60 (1983).

<sup>189</sup> Vide R. UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY* 192-216, 238-42 (1976).

<sup>190</sup> Eu 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 Seguridade Social, como parte dos "gastos sociais de consumo" surgindo da inseguranças econômica e contribuindo para a crise fiscal. J. O'CONNOR, *THE FISCAL CRISIS OF THE STATE* 137 (1973). Nos arranjos mais localizados mencionados no texto, eu vejo elementos de soluções coletivamente imaginadas, economias de custos (em vez de aumento do consumo) e redistribuição que vão de encontro a ética individualista. O seguro-saúde pago pelos empregadores,

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, de fato, são parte constitutiva de tendências sociojurídicas mais amplas.

### C. Novos papéis para juristas

A implementação como uma forma predominante do direito cria novos papéis para os juristas. No entanto, os papéis mais antigos persistiram e, assim, o processo foi mais de adição do que de substituição. Os papéis mais antigos tendem a estar associados ao direito privado — o direito produzido por sistemas de responsabilidade — e envolvem tanto aconselhamento como resolução de disputas *post hoc*, principalmente nos tribunais<sup>191</sup>. 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 artigo<sup>192</sup>. Nesta seção, serão

---

por exemplo, é muito mais igualitário do que salários, está ligado a concepções de necessidade e normalmente está associado com controle de custos sobre os elementos onerosos da indústria de assistência à saúde.

<sup>191</sup> Sobre a distinção entre sistemas de responsabilidade e implementação, vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1083-88.

<sup>192</sup> 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. J. Meyer, *Organizational Factors Affecting Legalization in Education 2-8* (outubro de 1980) (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Vide nota 54 *supra* para trabalhos relacionados de Meyer.

Organizações acostumadas à operação autônoma, seja a IBM ou a Divisão de Correções, descobrem que parte de suas operações deve responder às diretrizes legais. Direitos criados por tribunais e legislaturas transformam áreas da administração em subsetores 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). Vide Friedman, *Limited Monarch: The Rise and Fall of Student rights*, in *SCHOOL DAYS, RULE DAYS: REGULATION AND LEGALIZATION IN AMERICAN EDUCATION* (D. Kirp ed, no prelo). A mudança produzida pela legalização tipicamente vai da burocracia interna e discricionariedade profissional em direção a algum grau de controle legalista 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. Vide, por exemplo, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *AM. SOC. REV.* 55 (1963); *Macaulay, Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contracts*, 11 *LAW & SOC'Y REV.* 507 (1977). A pesquisa nessa tradição tende a ser cética sobre as deliberações políticas de opiniões apelativas devido à pouca evidência de que ação privada responde a qualquer coisa próxima a 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 lei 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 forem 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

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).

## 1. Novas funções de direito público

De um 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, a tabela a seguir, que distingue o papel dos advogados de direito privado do papel dos advogados de direito público, pode ser útil:

TABELA 5 DIFERENÇAS NOS PAPÉIS DOS JURISTAS ENTRE IMPLEMENTAÇÃO E NÃO-IMPLEMENTAÇÃO		
<i>Nomes do campo</i>	NÃO- IMPLEMENTAÇÃO (DIREITO PRIVADO) (FACILITAÇÃO)	IMPLEMENTAÇÃO (DIREITO PÚBLICO) (REGULAÇÃO)
		<i>Envolve toda a primeira coluna, mais:</i>
<i>Instituições envolvidas</i>	Cortes	Poderes legislativos e burocracias

intensivamente profissionais do direito nos assuntos de "organizações técnicas", e isso significa que juristas não podem ser dominantes. O domínio dos advogados no direito privado é uma consequência do fato de que, contrariamente à retórica, os processos judiciais tendem a envolver um equilíbrio *post hoc* de ações ao invés de controle social direcionado a objetivos.

A legalização da administração pública geralmente é feita pelos profetas da lei. Vide notas 193-196 *infra* e o texto que as acompanham. O papel da regulação de propósito específico das instituições jurídicas de propósito geral é estranho. Por exemplo, no início, litígios de reforma da lei envolveram um encontro entre o jurista idealista focado, mas substancialmente ignorante, e o experiente administrador técnico, o qual ficou desapontado 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 reformados do direito administrativo adquiriram *expertise* técnica e burocrática e estão capacitados a trabalhar de forma mais eficaz e agradável com os administradores públicos. Assim, a aceitação de novos objetivos de política social podem estar em processo de aceitação pelos administradores, que então incorporam os objetivos como parte da formulação normal de políticas, conforme discutido nas partes IV(C)(2) e V.

<i>Identidade das pessoas que reivindicam direitos</i>	Advogados	Autoajuda
<i>Identidade dos titulares dos direitos</i>	Corporações, indivíduos ricos	Clientes corporativos Estado
<i>Natureza da Expertise</i>	Metodologia jurídica	Organizacional, institucional e conhecimento técnico
<i>Método de influência</i>	Litígio	Negociação, barganha, jogo político ( <i>politics</i> )
<i>Identidade de especialistas</i>	Juristas	Analistas de políticas públicas ( <i>policies</i> )

Os papéis de direito público para os juristas são muito menos dominantes e claros do que os de direito privado, embora a quantidade de direito público seja muito maior que o direito privado e existam muitos empregos para advogados. Juristas são menos dominantes porque a principal atividade da implementação — planejamento, monitoramento e resolução de disputas — é realizada extensivamente tanto por juristas quanto por não juristas. Qualquer área de direito público, como meio ambiente, política de renda, educação, regulação de valores mobiliários, energia ou segurança no local de 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, oficiais de orçamento, guardas florestais), especialistas técnicos cuja experiência se baseia no funcionamento do setor regulado (por exemplo, educadores, psicólogos educacionais), "generalistas técnicos" que têm algo a dizer sobre a efetividade do programa em áreas substantivas (por exemplo, economistas, consultores de gestão, analistas de políticas) e políticos (devido à natureza política altamente ativa de todas as implementações).

Os papéis de novos juristas nesse consórcio eclético e "interdisciplinar" de elaboração de leis públicas podem ser observados efetivamente 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 legais. Um dos eventos recorrentes no mundo da implementação é o litígio pela reforma do direito, tanto constitucional quanto do direito positivado<sup>193</sup>. Tais 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 negro por direitos civis<sup>194</sup>. Uma 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 correlatos<sup>195</sup>. Geralmente, o estudo do direito administrativo está cheio de profecias procedimentais<sup>196</sup>.

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 quando a legalidade de uma ação proposta não é clara, o advogado formalista fará todo o possível para "encontrar" a lei. Se a Supremo Corte não julgou o assunto, qualquer tribunal o fará — mesmo que seja apenas um tribunal federal do distrito, cuja decisão não será vinculativa fora de seu próprio distrito. Se nenhum tribunal tiver decidido a questão, uma interpretação legal, mesmo 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 redigirem regulamentos e depois alegarem, sob objeções de natureza substantiva, que a lei proíbe um curso de ação proposto.

---

<sup>193</sup> Vide os ensaios que geralmente descrevem as atividades de escritórios de advocacia de interesse público em PUBLIC INTEREST LAW-AN ECONOMIC AND INSTITUTIONAL ANALYSIS (1978).

<sup>194</sup> Vide nota 109 *supra*.

<sup>195</sup> Vide de forma geral, S. TAYLOR, *ENVIRONMENTAL ANALYSTS IN THE BUREAUCRACY: THE IMPACT STATEMENT STRATEGY OF ADMINISTRATIVE REFORM* (forthcoming); Cramton & Berg, *On Leading a Horse to Water: NEPA and the Federal Bureaucracy*, 71 MAICH. L. REV. 511 (1973); Trubek, *Environmental Defense, I: Introduction to Interest Group Advocacy*, in PUBLIC INTEREST LAW-AN ECONOMIC AND INSTITUTIONAL ANALYSIS 151 (1978); Trubek & Gillen, *Environmental Defense, II: Examining the Limits of Interest Group Advocacy in Complex Disputes*, in *idem*, p. 195.

<sup>196</sup> Vide de forma geral, R. RABIN, *PERSPECTIVES ON THE ADMINISTRATIVE PROCESS* 264-302 (1979) (modelos procedimentais); Ackerman & Hassler, *Beyond the New Deal. Coal and the Clean Air Act*, 89 YALE L.J. 1466 (1980); Ackerman & Hassler, *Beyond the New Deal: Reply*, 90 YALE L.J. 1412 (1981); Harter, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, 71 GEO. L.J. 1 (1982); Smith & Randle, *Comment on Beyond the New Deal*, 90 YALE L.J. 1398 (1981); Stewart, *Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework*, 69 CALIF. L. REV. 1256 (1981); Stewart & Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 HARV. L. REV. 1195 (1982).



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 muito 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 possa 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 que é contratado nos níveis mais altos da administração para ajudar as coisas a funcionarem facilmente. Quando Joseph Califano era secretário do HEW<sup>197</sup>, não apenas era um poderoso advogado de Washington, como também o eram praticamente todos os seus assistentes<sup>198</sup>. Podemos não entender o valor de tais advogados particularmente bem, mas, em geral, suas funções em agências parecem quase o oposto dos formalistas. Os advogados de elite são valiosos porque são sofisticados quanto à forma de moldar a lei efetivamente a serviço de fins substantivos. 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. Além disso, como estudantes de direito e advogados têm a impressão de que podem aprender qualquer coisa em um curto período de imersão, os advogados às vezes estão dispostos a correr o risco de um trabalho interdisciplinar, com o qual muitos especialistas de áreas não jurídicas estão habituadas por sua formação acadêmica. O papel generalista é ao mesmo tempo grandioso e surpreendentemente viável. Por fim, como

---

<sup>197</sup> N.T.: o autor utiliza a abreviação HEW para se referir ao *The United States Department of Health, Education, and Welfare*, traduzido para o português como "Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos".

<sup>198</sup> A equipe de Califano incluía Ben Heineman, Jr., primeiro Assistente Executivo e depois Secretário Adjunto de Políticas de Saúde, que mais tarde se tornou sócio de Califano no escritório de advocacia e agora está em Sidley & Austin em Washington DC; Richard Beattie, Assistente Executivo depois de Heineman e então Conselheiro Geral, que agora está em Simpson, Thacher, & Bartlett na cidade de Nova York; Peter Hamilton, Assistente Executivo depois de Beattie e anteriormente era Vice-Conselheiro geral, que mais tarde foi sócio no 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 de 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 é a única pessoa, além do Secretário e do Subsecretário, que é autorizado pela Casa Branca para falar pelo Secretário.

os advogados são incentivados a "se virar " quando realmente não sabem o suficiente, o treinamento jurídico na 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 geralmente de participar efetivamente dos aspectos incrementais da tomada de decisão organizacional.

"Legalistas" são aqueles que afirmam os requisitos mínimos de legalidade no sentido de Fuller<sup>199</sup>. 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. Não obstante o ceticismo em voga a esse respeito entre os intelectuais realistas, 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 os inspetores de campo envolvem-se em ações extralegais motivadas ideologicamente, eles são uma ameaça por várias razões. Os inspetores são vulneráveis a questionamento das organizações reguladas porque perturbam o delicado comprometimento embutido na estrutura de implementação, um compromisso que foi elaborado por pessoas com maior poder político. Esses inspetores também são também um perigo para os gestores de programa, porque ações autônomas em nível de campo desafiam a legitimidade do controle organizacional formal<sup>200</sup>.

Em razão da demanda por legalidade no sentido de autorização legal, em grandes instituições, uma disputa contínua entre advogados no escritório do Conselho Geral e inspetores em nível de campo é comum em grandes agências<sup>201</sup>. 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 leis (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.

---

<sup>199</sup> Vide L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 33-94 (rev. ed. 1969).

<sup>200</sup> Vide P. SELZNICK, *TVA AND THE GRASS ROOTS* 205-13 (1953).

<sup>201</sup> Vide nota 42 *supra*.

## 2. Novos papéis de direito privado

Na subseção anterior, novas funções de direito público foram equiparadas a empregos na burocracia. Essa abordagem era 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 um advogado com novas funções de direito privado é um amigo meu que tem o papel reconhecidamente não tradicional ao representar o sindicato dos professores da rede pública e muitos professores individualmente considerados. Uma lista parcial das atividades desse advogado, observada casualmente e não por meio de qualquer investigação sistemática, é a seguinte: (1) representação professores punidos administrativamente ou demitidos por administradores, conselhos escolares e tribunais; (2) patrocínio de litígios institucionais para obter mudanças radicais na lei estadual, incluindo o uso de *expert witnesses*<sup>202</sup> 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 direito e adquirir credibilidade em espaços públicos; (5) desenvolvimento de uma tipologia dos papéis dos membros do conselho escolar que pode ser usada para selecionar estilos de argumentação perante conselhos escolares, o que pode prever argumentos bem sucedidos.

O interessante é 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 bizarra qualquer sugestão de que intervenham na legislação ou na elaboração legislativa no interesse geral de seus clientes. Essa atitude existe mesmo sendo os advogados de companhias de seguros envolvidos altamente politizados. A distinção operativa mais importante pode ser entre advogados que representam clientes individuais<sup>203</sup>, especialmente na prática geral, e

---

<sup>202</sup> N.T.: optamos por manter o termo *expert witnesses* em inglês, posto ser denominação fartamente utilizadas na literatura jurídica brasileira sem qualquer tradução. Trata-se de testemunha com formação técnica apta não falar exatamente sobre os fatos em análise, mas sim as possibilidades em relação a eles a partir de conhecimentos específicos.

<sup>203</sup> N.T.: quando o autor se refere a clientes individuais, parece fazer referência a pessoas físicas, isto é, consumidores de seguros em geral.

advogados de empresas — isto é, advogados que atuam em uma organização altamente diferenciada<sup>204</sup>.

### 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 acadêmica<sup>205</sup>, nas decisões da Suprema Corte e suas críticas, e em quaisquer outros lugares), é o conflito cultural entre os antigos e os novos papéis do direito e dos juristas<sup>206</sup>. A organização cultural subjacente é uma forte distinção entre direito "real" e advogados "reais" e cientistas sociais, ideólogos e formuladores de políticas. O conflito tem dimensões ativas (conflituosas) e passivas (desintegradoras).

Enquanto o conflito ativo é, no fundo, um tanto engraçado, 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 habilidades genuínas dos advogados, degenerados, que rejeitam a existência de uma ordem legal autônoma e como traidores, vendendo o direito para as ciências sociais infames e vazias. Os tradicionalistas veem a si próprios como leais, aderentes ao senso comum e a uma tradição profissional e oral reverenciada (incluindo 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

---

<sup>204</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, 1083-94. Vide de forma geral, *Legal Remedies in a Society of Large-Scale Organizations*, 1981 Wis. L. REv. 861.

<sup>205</sup> N.T.: no original, *town/gown conflicts*. Não há um equivalente sintético para a expressão em português.

<sup>206</sup> Para um exemplo envolvendo a Suprema Corte, seus apoiadores e seus críticos, vide de forma geral Kurland, *Earl Warren: Master of the Revels* (Book Review), 96 HARV. L. REV. 331 (1982). Para uma discussão de como o conflito não é apenas uma questão de mudanças no papel de advogados (pessoas que promovem litígios vs. 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. Vide Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 HARV. L. REV. 561, 564-65, 570-76 (1983).

tradicionalistas devem se isolar de desenvolvimentos, ao definir mudanças como “não direito”. Os modernistas devem sofrer a humilhante perda da mística dos valores jurídicos autônomos. Ao acharem 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 e do jogo político<sup>207</sup>.

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 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. Observe-se que 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 ABA entrou em contato comigo para fazer uma apresentação em uma faculdade de direito. Sugeri 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 distinguível 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 e aprendizagem em direito é baseado na ideia formalista de que as respostas aos problemas são encontradas no

---

<sup>207</sup> N.T.: no original, *policy and politics*.

direito, por meio dos precedentes. A nova forma jurídica integrada à política é difícil de ensinar, não apenas porque é nova, mas também porque deixa a natureza do conhecimento jurídico em uma condição problemática e, portanto, subjetivamente ameaçada<sup>208</sup>. A resistência, muitas vezes raivosa e cheia de pânico, dos estudantes de direito em relação a "cursos de políticas" e a "argumentos de políticas" — para não mencionar uma abordagem política, histórica ou sociológica do direito —, origina, acredito, essa tensão entre o direito autônomo e o direito político<sup>209</sup>.

Os conflitos entre centro e periferia são ainda mais interessantes. O núcleo é o *common law*, o direito constitucional, a litigância 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. Um jurista que conheci na Flórida me disse que a faculdade de direito local não o permitiria dar 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, preocupando-se com o comportamento político e organizacional em vez dos direitos individuais. A questão real é se uma nova cultura central está se desenvolvendo. Ao contrário de alguns, sou muito otimista quanto a isso, porque os juristas e as habilidades jurídicas parecem capazes de trazer grandes contribuições em contextos interdisciplinares — acadêmicos e políticos. As interações científicas de viés político-legal-social são estimulantes. Uma vez derrubada, a mística do formalismo parece limitada e tola, mas elementos do formalismo reaparecem como importantes considerações políticas.

---

<sup>208</sup> Vide de forma geral Abel, *Law Books and Books About Law*, 26 STAN. L. REV. 175 (1973); Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, 90 YALE L.J. 1017 (1981).

<sup>209</sup> Eu acredito vislumbrar uma mudança do direito autônomo em direção ao direito político na mudança de uma perspectiva doutrinária para uma perspectiva regulatória no direito securitário (exemplo da doutrina contratual formal, como impedimento promissório, à doutrina de expectativas razoáveis entre seguradora e segurado). Vide R. KEETON, *BASIC TEXT ON INSURANCE LAW* § 6.3 (1971). Essa nova doutrina gera diversos litígios e questões legais (por exemplo, cláusulas-padrão) porque ela é, nas palavras de teóricos sociais, aberta mas ainda assim particularista. Vide R. UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY* 193-200 (1976); nota 174 *supra*. Um exemplo contrário, em relação potencial litigiosidade, podem ser as limitações às cláusulas comerciais sobre taxação estatal do comércio, em que o realismo econômico parece corresponder à falta de intervenção judicial. Vide Hellerstein, *Constitutional Limitations on State Tax Exportation*, 1982 AM. BAR FOUND. RESEARCH J. 3, 5.

## V. CONCLUSÃO

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 dominado politicamente pode ser instrutiva. Recentemente, artigos provocadores apareceram sobre o papel do direito nos países comunistas, familiarizando-nos com a profunda submersão do direito nas políticas da Europa Oriental e da União Soviética<sup>210</sup>. Este artigo sugere a percepção contracultural de que nosso direito pode estar igualmente, ou pelo menos comparativamente, submerso, embora de uma forma política muito diferente.

A submersão do direito na política leva a direções políticas divergentes. A reação instintiva, na herança do realismo jurídico, é cinismo, desmascaramento e descrédito<sup>211</sup>. Claramente, uma medida dessa atitude é justificada. O direito é severamente atingido pela política. A frustração da política pela política 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 intermediário passivo de trocas para negociadores poderosos, seja como uma correia de transmissão para interesses sociais, é quase tão falsa quanto a ideia do direito totalmente autônomo. Uma vez que o direito é política, existe 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"<sup>212</sup> (ou no drama do litígio institucional) e culmina na construção social livre da conformidade. Cores ideológicas iluminam o panorama. O jurista moderno, do "estilo de implementação", é pioneiro, com um trabalho que é alternadamente emocionante e enlouquecedor. Um bom exemplo é um conhecido meu que representa pessoas portadoras de deficiências em questões de educação especial. Para esse jurista, o direito a uma

---

<sup>210</sup> Vide de forma geral Ioffe, *Law and Economy in the U.S.S.R.*, 95 HARV. L. REV. 1591 (1982); Markovits, *Law or Order-Constitutionalism and Legality in Eastern Europe*, 34 STAN. L. REV. 513 (1982).

<sup>211</sup> A. MACINTYRE, *AFTER VIRTUE* 68-70 (1981) (relação dos comportamentos modernos de desmistificação, desmascaramento, protesto e indignação ao positivismo em ética); R. UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY* 173-76 (1976).

<sup>212</sup> Vide de forma geral E. REDMAN, *THE DANCE OF LEGISLATION* (1973).

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".<sup>213</sup> Essas estruturas são instituições e processos que permitem que grupos dissidentes negociem efetivamente (e, principalmente, não se afundem 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 ambiental<sup>214</sup>, vales-educação<sup>215</sup>, e arbitragem final de juros no campo das relações de trabalho.<sup>216</sup> 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 compensatória<sup>217</sup>. Tal qual meu conhecido, jurista que atua na seara de educação especial, essas propostas utilizam direitos legais 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 sociolegais de interesses contramajoritários. Não é dada atenção à implementação favorável ao *status quo*, como leis obtidas pelas companhias de seguros para impedir a concorrência "desleal"<sup>218</sup>. O papel do *establishment* como uma resistência passiva às mudanças implementadas é, obviamente, central para o meu modelo. Uma falha relacionada 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. Parece, refletindo, que essa abordagem ignora a existência de

---

<sup>213</sup> Vide nota 155 *supra*.

<sup>214</sup> Uma excelente discussão de esquemas alternativos de regulamentação da poluição é E. BARDACH & R. KAGAN, *GOING BY THE BOOK* 292-99 (1982).

<sup>215</sup> Vide J. COONS & S. SUGARMAN, *EDUCATION BY CHOICE-THE CASE FOR FAMILY CONTROL* 45-51 (1978).

<sup>216</sup> Vide de forma geral Clune & Hyde, Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, 64 *MARQ. L. REV.* 455 (1981).

<sup>217</sup> Vide nota 53 *supra*.

<sup>218</sup> Vide de forma geral A. TOBIAS, *THE INVISIBLE BANKERS-EVERYTHING THE INSURANCE INDUSTRY NEVER WANTED YOU TO KNOW* 167-69 (1982) (políticas de estatais sobre seguro compensatório de trabalhadores); *idem* p. 163-66 (politics of anti-rebate laws); Kimball & Boyce, The Adequacy of State Insurance Regulation: The McCarran-Ferguson Act in Historical Perspective, 56 *MICH. L. REV.* 545 (1958) (analisando políticas conflitantes de fixação de preços, concorrência indevida 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. Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1099-1100.



uma elite interessada no manejo ordenado do Estado, talvez acima de qualquer outra consideração<sup>219</sup>. A racionalidade centralizada, de estilo weberiano, é mais comum em nosso sistema do que este artigo sugere<sup>220</sup>.

Se os mais poderosos de nossa sociedade receberam papéis enganosamente passivos, os marginalizados foram ignorados. Eu me acostumei a pensar na implementação como contra-majoritária ou pelo menos contracultural<sup>221</sup>. No entanto, em retrospecto, a miríade de conexões entre implementações e o *status quo* parecem igualmente importantes. Não apenas os movimentos sociais devem apelar aos valores tradicionais, eles 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 parcialmente.<sup>222</sup> Nesse sentido, percebemos que as implementações não representam bandidos, fugitivos, alienados, infratores, revolucionários, exilados ou mesmo grupos dissidentes. Talvez seja melhor concluir 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.

---

<sup>219</sup> Vide de forma geral Block, *The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State*, *SOCIALIST REV.*, May-June 1977, at 6; Roy, *The Unfolding of the Interlocking Directorate Structure of the United States*, 48 *AM. Soc. REV.* 248 (1983) (desenvolvimento da classe de elite nos Estados Unidos na virada do século). Embora o artigo de Block seja conscientemente marxista, ele considera o fato universalmente compreendido de que algumas pessoas nas democracias capitalistas ocidentais 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 os interesses de curto prazo de alguns participantes do mercado. Vide M. OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION-PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* 13-16 (1971); G. TULLOCK, *PRIVATE WANTS AND PUBLIC MEANS-AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE DESIRABLE SCOPE OF GOVERNMENT* 3-28 (1970); Breyer, *Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform*, 92 *HARV. L. REV.* 549, 552-60 (1979).

<sup>220</sup> De fato, as teorias funcionalista e marxista tendem a retratar as sociedades como "inteligentes" (bem coordenadas), enquanto os teóricos organizacionais retratam as organizações como "burras" ("anarquias"). DiMaggio & Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 48 *AM. SOC. REV.* 147, 156 (1983). Na minha opinião, se a comparação for significativa, a 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.

<sup>221</sup> Vide Clune & Lindquist, nota 2 *supra*, p. 1113-14.

<sup>222</sup> Para uma discussão sobre a acomodação de metas para integrar valores, vide parte III(F)(2).