

JUSTIÇA FEDERAL DE
1º GRAU EM SÃO PAULO
BIBLIOTECA CENTRAL

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

ORGANIZADORA

Políticas Públicas

REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO JURÍDICO

Alcindo Gonçalves
Carlos Alberto de Salles
Clarice Seixas Duarte
Cláudio Couto
Cristiane Derani
Fernando Aith
Gilberto Bercovici
Gilberto Marcos Antonio Rodrigues
Marcos Augusto Perez
Maria Luiza Granziera
Maria Paula Dallari Bucci
Patrícia Helena Massa-Arzabe
Renato Cymbalista
Sueli Gandolfi Dallari

2006

 Editora
Saraiva

 **UNISANTOS**
Universidade Católica de Santos
Programa de Mestrado em Direito

ISBN 978-85-02-06054-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Políticas públicas : reflexões sobre o conceito jurídico /
Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). — São Paulo : Saraiva,
2006.

Vários autores.

1. Políticas públicas (Direito) I. Bucci, Maria Paula
Dallari.

06-9477

CDU-34:304

Índice para catálogo sistemático:

1. Políticas públicas : Direito 34:304



Av. Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax) — SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688
(outras localidades) — E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br — Acesso: www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782
Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0859 — Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-65/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112
Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310

Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510

Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284
Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9484 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563
Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

Ao Eugênio,
que atravessou comigo céus e infernos.

A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas

Marcos Augusto Perez

Sumário: 1. O princípio jurídico da participação e sua funcionalidade. 2. Políticas públicas do povo, pelo povo e para o povo. 3. Os perigos da participação: 3.1. Captura pelo Governo. 3.2. Corrupção. 3.3. Captura pelo mercado. 3.4. Deficiência de análise. 3.5. Falhas de coordenação. 4. Conclusão.

1. O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PARTICIPAÇÃO E SUA FUNCIONALIDADE

Há muito defendemos a idéia segundo a qual a participação é um princípio de estruturação da Administração Pública hodierna. Melhor dizendo, é por meio de processos de decisão que permitam o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública que esta aumenta o grau de eficiência de sua atuação¹.

No Brasil, como ocorre também em outros países, o Direito Constitucional e Administrativo consagram o princípio da participação e um grande número de institutos voltados a sua concretização².

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi muito além da mera enunciação dos princípios juspolíticos da Democracia e do Estado de

¹ Este é o tema de meu livro *A administração pública democrática. Institutos de participação popular na administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

² Para a verificação dos institutos participativos no direito comparado vale consultar os ótimos *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, org. Francis Delpérée, Bruxelas, Bruylant, 1986; *Administration et administrés en Europe*, org. Charles Debbasch, Paris, ECNRS, 1984, e especificamente sobre a experiência norte-americana George J. Gordon e Michael Milakovich, *Public administration in America*, New York: St. Martin's, 1995, p. 450 e s.

Direito e estabeleceu uma série bastante grande de normas voltadas a respaldar a adoção de institutos participativos na Administração Pública.

O **art. 10**, por exemplo, determinou ser assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Essa regra é completada pelo **art. 194, VII**, que, ao dispor sobre a organização do sistema estatal de previdência social, assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. Aliás, a participação, no caso das atividades de seguridade social desenvolvidas pela Administração, é elemento da própria definição dessa função administrativa, conforme se percebe pela redação do *caput* do **art. 194**, que a define como *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade*.

O **art. 29, X**, por sua vez, ao tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê expressamente a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, ou seja, direciona genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública dos Municípios.

Outro exemplo encontra-se no **art. 187**, o qual estabelece que a atividade administrativa de planejamento da política agrícola será executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes.

O **art. 198, III**, determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a *participação da comunidade*.

O **art. 204, II**, estabelece que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O **art. 205** estatui que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; complementarmente, dispõe o **art. 206, VI**, que o serviço público de ensino contará com *gestão democrática*, na forma da lei.

Ainda no terreno dos serviços de ensino, encontraremos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o **art. 60**, estabelecendo que o Poder Público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental.

O **art. 216, § 1º**, determina que a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro devem ser organizadas mediante a colaboração do Poder Público com a comunidade.

O **art. 225** impõe a conjugação de esforços do Poder Público e da coletividade na defesa do meio ambiente.

O **art. 227, § 1º**, estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente.

O **art. 37, § 3º**, por sua vez, fruto da **Emenda Constitucional n. 19/1998** (conhecida como emenda da reforma administrativa), introduziu no texto da Constituição uma norma geral sobre participação popular na Administração Pública, ao estabelecer:

“A Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I — as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços;

II — o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III — a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

Tanto a regulamentação das atividades da Administração Federal quanto a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm notabilizado os institutos de participação. Conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, o referendo e o plebiscito são importantes referências entre nós de instrumentos concretos para a implementação do diálogo entre a Administração e a sociedade³.

³ Há um número cada vez mais expressivo de leis que prevêem, em setores específicos ou na forma de princípio geral, a participação da sociedade nos processos decisórios da Administração Pública. Somente para exemplificar a extensão dessas previsões podemos citar as seguintes leis federais: Leis ns. 7.174, de 14-12-1983; 7.298, de 28-12-1984; 7.298, de 28-12-1984; 7.353, de 29-8-1985; 8.242, de 12-10-1991; 8.069, de 13-7-1990; 8.389, de 30-12-1991; 8.646, de 7-4-1993; 8.741, de 3-12-1993; 8.842 de 4-1-1994; 9.008, de 21-3-1995; 9.257, de 9-1-1996; 7.796, de 10-7-1989; 8.212, de 24-7-1991; 8.142, de 28-12-1990; Lei Complementar n. 67, de 13-6-1991; Lei Complementar n. 68, de 13-6-1991; Lei Complementar n. 66, de 12-6-1991; Lei

Creemos que esse arcabouço normativo possui duas claras funções: eficiência e legitimidade.

Ora, é certo que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na *cultura do diálogo*⁴ e na oitiva das divergências sociais seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública, nesta ótica, é o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). As relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. A Administração, logo, em muitos casos, deve-se postar em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passa a utilizar principalmente a orientação, a persuasão, a ajuda.

Como há muito dizia Jean Rivero⁵, a realização das tarefas típicas do *Estado de Bem-Estar* supõe a modificação de uma massa de comportamentos individuais tão densos e tão diversificados, que parece impossível erigir-lha simplesmente em obrigação sujeita aos mecanismos da fiscalização e da sanção pelo descumprimento. A técnica clássica da decisão unilateral, mediada pela edição de uma obrigação precisa e a possibilidade de punir sua desobediência, se acha em franco colapso. A Administração deve, pois, buscar impulsionar a adesão através de dois procedimentos indissolúvelmente ligados na prática: a explicação e a participação.

Apóia-se essa reflexão em Chevallier⁶, para quem a Administração assume, hoje, distanciando-se dos modelos puramente gerenciais ou neoliberais, a função de harmonizar (não mais substituir) o comportamento dos atores sociais, devendo tornar-se transparente e cada vez mais influenciável pela sociedade. Para esse autor, no lugar da imperatividade tradicional, a Administração, hoje, deve procurar mudar suas relações com

ns. 9.433, de 8-1-1997; 9.131, de 24-11-1995; 8.913, de 12-7-1994; 8.677, de 13-7-1993; 7.998, de 11-1-1990; 7.839, de 12-10-1989; 9.474, de 22-7-1997; 8.490, de 19-11-1992; 9.472, de 16-7-1997; 8.666, de 21-6-1993; 8.689, de 27-7-1993; 9.478, de 6-8-1997; 9.427, de 26-12-1996; 9.637, de 15-5-1998; 10.257, de 10-7-2001.

⁴ Gérard Timsit e Nicole Belloubet-Frier, "La Administration en Chantiers", in *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Extrait, Paris: LGDJ, 1994.

⁵ "A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui", in *Pages de doctrine*, Paris: PUF, 1980, v. I, p. 261-262.

⁶ Cf. Jacques Chevallier, *Science administrative*, Paris: PUF, 1994, p. 236 e 416-418.

a sociedade através de técnicas de incitação, procurando o convencimento, a persuasão, a sedução, esforçando-se, enfim, para obter a adesão dos cidadãos às políticas governamentais.

Vale lembrar, na mesma linha, Sanchez Morón⁷ e García de Enterría⁸, que visualizam os institutos de participação popular na Administração Pública como resultado das deficiências do modelo *weberiano* e, por fim, Caio Tácito, cuja citação é imperiosa:

"O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas"⁹.

Chega-se, dessa forma, à participação popular na Administração Pública. Do nascimento de um novo modelo de atuação para a Administração Pública, fruto da superação do paradigma *weberiano*; da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções; da necessidade, afinal, de atuar como mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do *Estado de Bem-Estar*, erigem-se os institutos de participação popular na Administração Pública.

Não há dúvida, portanto, que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservação do meio ambiente, atividades típicas do *Estado de Bem-Estar*, não depende somente das ações da Administração Pública. Nesses casos, como em tantos outros, a adesão da sociedade, quando não a atuação ativa desta, é fundamental para a **eficiência da atuação administrativa**. Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o

⁷ "Notas sobre la función administrativa", in *La Constitución Española de 1978*, org. Alberto Pedriero e García de Enterría, Madrid, Civitas, 1984, p. 650, e *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid: CEC, 1980, p. 18.

⁸ "Principes et modalités de la participation à la vie administrative", in *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, org. Francis Delperée, Bruxelas, 1986, p. 254.

⁹ "Direito administrativo participativo", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 1-6, 1997.

consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado¹⁰, do burocrata e do cidadão¹¹, do governante e do governado¹².

Criam-se, desse modo, as bases para o nascimento de uma legitimidade fruto da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas, ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes executar.

Fala-se, pois, de uma legitimidade que ao mesmo tempo em que decorre da aproximação entre a Administração e a sociedade, reforça os vínculos entre elas. Legitimidade que é essencial para o êxito de políticas públicas¹³ e que é incrementada por meio deste resultado. Legitimidade e eficiência são, portanto, finalidades que se alimentam reciprocamente, isto é, mais legitimidade importa em maior eficiência da atuação da Administração Pública e mais eficiência importa em maior legitimidade.

Logo, se Max Weber centrava o funcionamento da Administração Pública no trinômio *burocracia, eficiência e legitimidade*¹⁴, nós preferimos o trinômio **participação, eficiência e legitimidade**.

Para Weber, é a burocracia quem garante a autonomia da Administração em relação à sociedade, distanciando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão técnica e profissional dos serviços públicos, atuação racional, previsível e segura da burocracia, baseada no estrito cumprimento da lei e tutelada por um sistema de controles internos e externos, que importaria necessariamente a eficiência das atividades desempenhadas pela Administração e, supostamente, em sua legitimidade, na medida em que a eficiência da atuação administrativa

¹⁰ Cf. Norberto Bobbio, *Estado, governo, sociedade*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 51.

¹¹ Cf. Christian Join-Lambert, "Questions a l'Etat", in *L'Etat moderne et l'administration*, Paris: LGDJ, 1993, p. 12-13.

¹² É necessário esclarecer que a adoção desse novo padrão de atuar não elimina a unilateralidade, a imperatividade e a coercibilidade das ações administrativas. Presenciamos, no cotidiano da Administração e face às disposições legais vigentes, que a ordem e a sanção continuam presentes e necessárias. Acontece que, agora, esses antigos instrumentos convivem com os novos, baseados na incitação, na persuasão, na transparência e na participação.

¹³ Entendidas como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais, cf. Maria Paula Dallari Bucci, *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁴ *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 173 e s., 752 e 1061 e 1062.

conduziria à adesão também racional dos administrados aos comandos e programas frutos dessa atuação.

Para nós a participação serve justamente para romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração, aproximando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, fator essencial para a eficiência das atividades de bem-estar que devem ser conduzidas pela Administração e para sua legitimidade, tanto em função da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes a executar, como em razão da eficiência dessa atuação conjunta.

Para nós, portanto, a participação é um princípio jurídico de organização da Administração Pública. Princípio implícito em nosso ordenamento constitucional. Chamamos princípios de organização aqueles que importam na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências e de tomada de decisão. São, nesse sentido, princípios de organização, por exemplo, o princípio da especialidade, concernente à idéia de descentralização administrativa, e o princípio da hierarquia, que estrutura a relação de subordinação e coordenação existente entre os diferentes órgãos administrativos. A participação da sociedade na Administração Pública é, desse modo, princípio de organização, pois implica a estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a administração e os administrados, de modo a convocar estes últimos à execução direta de determinadas funções administrativas. Como salienta David Duarte:

"A generalidade das categorias apontadas de participação administrativa podem ser incluídas no quadro de um denominador comum, referenciável como participação no procedimento ou participação procedimental, em sentido amplo. (...)

A definição de uma noção de participação procedimental assim sustentada é uma consequência directa da aplicação de um critério que separa os fenômenos participatórios relativos à organização e funcionamento internos da estrutura administrativa das espécies participatórias que se representam directamente no exercício da função administrativa"¹⁵.

¹⁵ *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Coimbra: Almedina, 1996, p. 118-119.

Diante do exposto resta patente o seguinte: 1. na realização das tarefas estatais de bem-estar (ou na efetivação dos direitos fundamentais de caráter social), a Administração Pública e a sociedade interagem cada vez, por meio de variados institutos participativos; 2. o ordenamento constitucional brasileiro abriga a participação como um verdadeiro princípio de organização da Administração Pública, estabelecendo ou inspirando a adoção de institutos participativos pela legislação infraconstitucional; 3. esse princípio (estruturador que é de processos de decisão e divisão de tarefas) compreende uma dupla funcionalidade: dotar a atuação administrativa de maior legitimidade e de maior eficiência.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS DO POVO, PELO POVO E PARA O POVO

Com base nessas constatações não é difícil vislumbrar a importância da participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas.

Entendemos por políticas públicas a organização sistemática dos motivos fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais¹⁶.

Conformam-se, portanto, as políticas públicas como atividade primária da Administração Pública, atividades, ademais, típicas de bem-estar (ou típicas do *Estado social de direito*, como prefere Bucci¹⁷), é consequência direta a necessidade de participação social em sua efetivação. A paráfrase de Abraham Lincoln, em sua famosa passagem sobre a democracia, parece bastante eloquente neste sentido: *políticas públicas do povo, pelo povo e para o povo*¹⁸.

¹⁶ Em outras palavras, esse é o entendimento veiculado por George J. Gordon e Michael Milakovich, *Public administration in America*, New York, St. Martin's, 1995, p. 357, segundo os quais *what precisely is public policy? It can be defined as the organizing framework of purposes and rationales for government that deal with specified societal problems. Many people regard public policies as deliberate responses to problems and needs systematically identified by some legitimate means.*

¹⁷ Cf. Maria Paula Dallari Bucci, op. cit., p. 247, 269 e s.

¹⁸ A frase de Lincoln em seu famoso discurso no cemitério de Gettysburg, dedicado aos mais de 7.000 americanos mortos na batalha de mesmo nome, durante a guerra civil norte-americana, foi a seguinte: *It is rather for us to be dedicated to the great task remaining before us – that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave last full measure of devotion – that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain – that this nation, under God, shall have a new birth of freedom – and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth.*

Na prática, o que ocorre é que derrubados os muros altos que separavam a Administração Pública da sociedade, esta passa a participar da concepção, da decisão e da implementação das políticas públicas. As audiências públicas, as consultas públicas são exemplos de como se dá na prática a participação na elaboração das políticas públicas; o plebiscito administrativo, o referendo, as comissões de caráter deliberativo exemplificam, por seu turno, a participação no próprio processo de decisão, as comissões de usuários, a atuação de organizações sociais ou de entidades de utilidade pública, e até mesmo a recente expansão da concessão de serviços públicos fornecem uma amostra de participação na própria execução das políticas públicas.

Sem o perfil de uma participação institucional, outros meios são utilizados pela sociedade para interferir nas políticas públicas. A atuação política dos movimentos sociais, por exemplo, levando ao estado e à opinião pública a consciência da necessidade de atendimento de suas demandas¹⁹. A atuação da imprensa expondo falhas, vicissitudes e, por vezes, até mesmo virtudes, na realização das políticas públicas e a atuação, no mesmo sentido, de organizações não governamentais também valem ser citadas.

O próprio mercado, há que se reconhecer, é bastante ativo na formulação de políticas públicas. Caso pensemos na regulação econômica como uma das vertentes do conceito de política pública, vamos localizar na autorregulação de alguns setores econômicos ou de algumas profissões uma forma do mercado não só de contribuir para a formação ou execução de políticas públicas, mas um meio deste conduzir de modo autônomo e desvinculado organicamente da Administração Pública a realização de uma política pública²⁰. Podemos pensar, ainda, nos *lobbies* no Legislativo, no Governo ou nas Agências reguladoras para que as políticas públicas tornem-se adequadas aos interesses do mercado²¹.

Mas não é só. Há que se reconhecer o engajamento de diversos setores do mercado a iniciativas de proteção e recuperação do meio ambiente, educação, difusão da cultura e assistência em geral. Seja em função de um planejamento fiscal específico, seja em função dos ganhos relacionados à imagem, seja ainda, como forma de interação positiva com o

¹⁹ É o caso do movimento dos sem-terra, dos sem-teto, das mães de desaparecidos, entre muitos outros.

²⁰ Cf. Vital Moreira, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 52 e s.

²¹ Aqui repousa um dos pontos polêmicos da aproximação entre o mercado e o Estado que analisaremos melhor no tópico seguinte.

restante da sociedade, é nítido o envolvimento do mercado no desenvolver de políticas públicas. O conceito de empresa limpa, a certificação ambiental, o fomento do trabalho voluntário, o orçamento ou balanço sociais, os projetos comunitários associados, são jargões do mercado para esse tipo de iniciativa e são, em nosso modo de ver, apenas a ponta do *iceberg* de um sem-número de iniciativas empresariais que visam nada mais do que a realização de políticas públicas, ainda que de forma instrumental ou paralela aos objetivos econômicos da empresa.

3. OS PERIGOS DA PARTICIPAÇÃO

Como se verifica, as possibilidades decorrentes da abertura da Administração à participação da sociedade são múltiplas e em tese bastante positivas à concretização das políticas públicas. Isso não quer dizer, entretanto, que a interação entre a sociedade e a Administração resolva todos os problemas relacionados à efetivação das políticas públicas ou que não haja nenhum risco de distorção das funcionalidades teoricamente inerentes à participação.

3.1. Captura pelo Governo

Não é necessário refletir demais para verificar que, ao menos teoricamente, a aproximação entre o Estado e a sociedade poderia incorporar a tendência de simplesmente abolir todas as fronteiras que os delimitam e tornar a sociedade nada mais que um setor do Estado. Essa foi a inspiração teórica do fascismo italiano e certamente é o que move a recusa de Sartori ao que denomina *extremismo do participacionismo*²².

Sendo realista, é necessário admitir que a aproximação entre o Estado, ou mais propriamente entre o Governo e os movimentos sociais (mais ou menos organizados), pode efetivamente conduzir à cooptação destes. A história do populismo, especialmente na América Latina, é testemunha desses fatos.

Essa captura importa numa involução do caráter democrático e representativo dos movimentos e organizações sociais e torna os mecanismos de participação falhos e ineficientes, pois os canais de veiculação dos interesses da sociedade passam a simplesmente ecoar a política governamental, deixando de desempenhar o papel que lhes deveria caber no processo decisório.

²² Giovanni Sartori, *A teoria da democracia revisitada*, São Paulo: Ática, 1994, v. 1, p. 222.

3.2. Corrupção

Outro fator de risco apresentado pelo incremento da participação, a nosso ver, é o aumento da corrupção²³. A aproximação das autoridades administrativas, ou mesmo de legisladores dos interesses dos diferentes grupos sociais, pode levar ao sacrifício das políticas públicas em favor do interesse pessoal de alguns e da venalidade.

Ora, é incontestável que a privatização de serviços públicos leva a um incremento da participação social na realização das políticas públicas — antes confiadas exclusivamente ao Estado —, mas é, do mesmo modo, fato que essa privatização aumenta as possibilidades de comportamento ilícito de autoridades e de empresas que ajam exclusivamente em função de seu benefício próprio, das vantagens e oportunidades de corrupção criadas²⁴.

Parece-nos que essa não é uma consequência inevitável da participação. Defende-nos desse tipo de consequência a **transparência** e a **devida regulação dos processos participativos** — e por suposto sua institucionalização. Ou seja, é preciso que as interações se dêem às claras, sob a vista e sob o controle de todos e que o processo decisório se pautue pela racionalidade (tenha procedimento fixado, ainda que de modo flexível, tenha prazos para conclusão, e motivação na decisão).

O controle judicial e parlamentar, em função dessas possibilidades de desvio, torna-se igualmente relevante. É imprescindível que o Judiciário ou o Parlamento coíbam a não-observância da transparência e do devido processo, bem como os desvios que sejam perpetrados ainda que observadas as formalidades de garantia de lisura da decisão administrativa²⁵.

De qualquer sorte a corrupção é fenômeno bastante freqüente em situações onde a participação da sociedade na Administração ao menos é teoricamente cogitada. Em que pese a nossa justa preocupação com o não-desvirtuamento da participação, há que se reconhecer que esta — cercada

²³ Adotamos como significado para a expressão “corrupção” o mesmo adotado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Constituição e governabilidade*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 109, que, citando Huntington, considera corrupção o *comportamento de autoridades públicas que se desviam das normas aceitas, a fim de servir a interesses particulares*.

²⁴ Cf. Patrick Glynn, e outros, “A globalização da corrupção”, in “A Corrupção e a Economia Global”, org. Kimberly Ann Elliott, Brasília: UnB, 2002, p. 33.

²⁵ É tormentoso o debate em torno da complexidade do controle judicial sobre a execução de políticas públicas. Infelizmente não é possível aprofundá-lo nas fronteiras do presente trabalho. Sobre o tema vale, mais uma vez, referência à obra de Maria Paula Dallari Bucci, *Direito administrativo...*, cit., p. 272 e s.

dos devidos cuidados —, se não é apta a impedi-la, pode levar, ao longo da sedimentação de sua prática, à formação de importantes anticorpos contra a corrupção²⁶.

3.3. Captura pelo mercado

No estudo das agências reguladoras, especialmente o implementado pelos doutrinadores norte-americanos, é recorrente a referência crítica à captura das agências²⁷. Essa teoria nos interessa na medida em que comprova que a proximidade entre regulador e regulado (no caso do estudo que ora desenvolvemos, entre a Administração arranjadora de políticas públicas e a sociedade, especialmente, o mercado e poderosos grupos de interesse) pode resultar na captura ou colonização de regulador pelos setores econômicos que estes deveriam regular, passando a atuar em favor dos interesses de segmentos do mercado ou de poderosos grupos²⁸.

Poderosos grupos inevitavelmente detêm, é bom dizer, grande capacidade de organização, grande capital político e informações que, em última instância, somente eles podem fornecer às autoridades públicas.

O fenômeno é mais complexo e sutil que o da corrupção, mas o seu resultado é semelhante, como também nos parece semelhante a forma de combatê-lo. Novamente insistimos na institucionalização da participação como forma de controle da captura. Transparência e racionalidade de procedimentos e propósitos e controle judicial e parlamentar parecem-nos os remédios que, a longo prazo, devem imunizar a Administração da captura.

3.4. Deficiência de análise

De outra espécie é o risco de frustração dos objetivos das políticas públicas em razão da deficiência de análise²⁹. Aqui o risco é o de que a aproximação entre a sociedade e a Administração na formulação, decisão e exe-

²⁶ É coincidente nosso entendimento com o veiculado por Glynn (op. cit., p. 33) a respeito da influência da democracia na corrupção.

²⁷ Exemplo disso é a obra de Cass R. Sustein, *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*, Harvard, 1990, p. 98, e de Jerry L. Mashaw, et al., *Administrative law: the american public system*, St. Paul, West Publishing Co., p. 28 e s.

²⁸ Ver também o já citado Vital Moreira, "Auto-regulação ...", cit., p. 89-91.

²⁹ Cf. Cass R. Sustein, (op. cit., p. 86), muitas vezes as leis não se efetivam em função do mau diagnóstico dos problemas, ou de análise política equivocada, ou de informações inadequadas.

ção das políticas públicas politize-se de modo tão extremado que retire dessas atividades todo o conteúdo técnico ou o planejamento necessário a sua concretização.

Ora, é do diálogo entre os técnicos e os diferentes setores da sociedade, da busca racional do convencimento, do contraditório, que deve emergir a definição de prioridades em matéria de políticas públicas. Tornar esse diálogo um mero jogo de reivindicações e atendimentos, distanciando do debate técnico relacionado, no mais das vezes, às possibilidades materiais de realização de determinadas medidas, ou, ainda, à adequação dessas medidas aos fins visados por uma determinada política pública, é certamente investir no fracasso.

Entre nós, são exemplos desse tipo de conduta os debates em torno da repetência dos alunos no ensino público básico e fundamental e da distribuição de cupons para o combate à fome. Nesses dois exemplos, a simples identificação do problema e a vontade política de resolvê-los (há entre nós um certo consenso sobre a relevância social desses assuntos) não garante o sucesso das políticas públicas que lhes são direcionadas. O ingrediente técnico, a catalogação de experiências anteriores, o saber sistematicamente organizado, enfim, é imprescindível para o sucesso de uma dada política.

A institucionalização de procedimentos decisórios resolve, também aqui, uma parte desses problemas, mas é a reação e a intolerância contra a demagogia e o populismo que, de fato, levarão à superação definitiva dessas vicissitudes.

3.5. Falhas de coordenação

Por fim, há o risco do debate inerente à participação da sociedade nos processos decisórios resultar em decisões contraditórias, inconsistentes e não consentâneas com os esforços dos demais agentes envolvidos na condução de políticas públicas.

O Governo deve ser o grande articulador³⁰ desse processo. Há um grande desperdício de recursos escassos se a Administração Federal desenvolve esforços contraditórios com os implementados pelas esferas municipal, estadual e distrital; se os esforços públicos não se combinam com as

³⁰ Arranjador, dissemos acima, com o intuito específico de comparar a atividade da Administração à dos maestros arranjadores que a partir de uma composição alheia, expressa em uma partitura, sistematizam de modo singular a execução de uma dada obra musical, harmonizando todos os instrumentos e agentes envolvidos nesta execução.

atividades privadas; se a legislação é vaga e não sistemática, dificultando a sua compreensão, quanto mais a sua aplicação.

Aqui, do mesmo modo que na deficiência de análise, somente o avanço de nossos costumes políticos pode levar à superação dos problemas. Não há de se negar que esforços nessa direção têm sido encetados. Exemplo disso, entre nós, é o governo de transição montado entre o resultado do pleito de 2002 para a Presidência da República e a posse do novo Presidente em 2003. Outro exemplo é o investimento recente na formação de bancos de dados de informações públicas, acessíveis na rede mundial de computadores (internet) a todos os interessados.

4. CONCLUSÃO

Nosso objetivo, com o presente trabalho, era demonstrar quão importante é a participação da sociedade na condução das políticas públicas e, portanto, quão necessária é a consideração dessa participação, em todas suas dimensões, no estudo jurídico das políticas públicas.

Se, do ponto de vista estritamente jurídico, as políticas públicas podem ser definidas por meio de processos, ou como resultado de processos administrativos decisórios, e se os processos administrativos decisórios reclamam a participação da sociedade (em função de todos os motivos acima enunciados), então não há como se desvincular a participação social da atividade de formulação, decisão e execução das políticas públicas.

Entendemos que a interação entre a sociedade e o Estado para a condução de políticas públicas, mais do que um bom instrumento para a eficiência e legitimidade dessas políticas, é, no direito brasileiro, um princípio constitucional, um imperativo repetido e refletido nas normas infraconstitucionais de organização da Administração Pública.

Sustentamos, ainda, que a estruturação (ou concretização) normativa infraconstitucional desse princípio deva levar em conta os perigos que o rondam, conforme acima tratados, e que podem levar ao desvio de suas finalidades.

Diante disso, parece-nos indispensável que a incorporação da discussão das políticas públicas pelo direito administrativo esteja integrada à da participação social na sua formulação, decisão e execução. **Bem-estar coletivo e justiça social**, enquanto objetivos da atividade da Administração Pública cumpridos por meio do arranjo de políticas públicas, são indissociavelmente ligados à **transparência** da atuação administrativa, à **ampla controlabilidade** dessa atuação e, enfim, à **participação** dos agentes sociais direta ou indiretamente interessados no cumprimento daqueles supremos desígnios.

Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas

Carlos Alberto de Salles

Sumário: 1. Políticas públicas e processo. 2. O processo civil no Estado Social. 3. Processo e políticas públicas: a questão dos custos. 4. Processo e políticas públicas: o feito-carona (*free-riding*). 5. Processo e políticas públicas: a questão dos grupos de interesse. 6. O papel da ideologia: um modelo de duas forças. 7. Modelos de legitimação processual. 8. A opção brasileira. 9. Conclusões.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO

O tratamento pelo Judiciário de políticas públicas não é algo a ser reputado anormal. Ao contrário, a intervenção judicial nessa área ocorre em razão da ligação, direta ou indireta, com políticas públicas ser característica marcante do próprio direito contemporâneo. As relações do cidadão com o Estado e mesmo aquelas estritamente privadas são todas fortemente pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e aplicação do direito de maneira geral. Forçosamente, o Judiciário acaba, assim, sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfunções dessas políticas.

As políticas públicas, portanto, passam a fazer parte da matéria-prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento essencial da decisão judiciária. Tal ocorre, flagrantemente, no âmbito das ações coletivas, mas está presente, também, em litígios apresentados ao tratamento judicial de maneira individualizada. Se a presença de políticas é evidente em questões relacionadas, entre outras, ao meio ambiente, às relações de consumo, à defesa do mercado enquanto espaço concorrencial ou à proteção de grupos sociais vulneráveis, também pode, com alguma atenção,