

2. PLANO MICRO-INSTITUCIONAL: AÇÃO GOVERNAMENTAL COMO NÚCLEO DE SENTIDO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. A categoria *processo* e a perspectiva subjetiva do governo.

2.1. Ação governamental processualmente estruturada.

Políticas públicas definem-se como programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante: “política pública é o programa de ação governamental *que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados* [...]”.¹⁷⁴

A expressão *processo* empregada nessa proposição está mais ligada ao viés da ciência política que ao direito. Refere-se ela à sucessão de etapas da “vida institucional” de uma política pública, desde a inserção do problema na agenda política, até a implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e a tomada da decisão, em si.¹⁷⁵ O processo é o fator de unidade, “fio condutor” a orientar a identificação e compreensão de determinada política pública, permitindo reduzir a complexidade inerente ao aspecto heterogêneo e por vezes caótico que as *policies* em geral apresentam. A noção de processo, considerada como “história institucional da decisão”, desenvolvimento e sucessão de etapas no tempo, se revela uma perspectiva bastante apropriada e interessante para compreender especialmente como se dá a formação do direito.

A ação governamental, como núcleo semântico da política pública, o “programa de ação governamental”, ganha profundidade, quando sua racionalidade desvela as conexões de sentido com os atos que a antecedem, assim como com os que a sucedem. Além disso, o processo é uma categoria propícia ao “aprendizado institucional”, isto é, às replicações e emulações que são utilizadas quando se trata de enfrentar problemas análogos aos já tratados por alguma política pública. A compreensão dos modos de produção dos arranjos

¹⁷⁴ Maria Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., grifei.

¹⁷⁵ John W. Kingdon. *Agendas, Alternatives and Public Policies*. 2a. ed., New York: Harper Collins College Publishers, 1995, pp. 2-3.

institucionais, resultados de processos e feixes de processos conduzidos pelo governo, pode ser útil para o trabalho prospectivo, a partir de tipos ideais.

Os processos jurídicos referidos neste capítulo compreendem o desenrolar da ação governamental conforme de fato ocorre, no plano jurídico-institucional, até que se vejam os seus resultados. Os processos são instrumentos de atuação concreta do gestor público. Nesse sentido consubstanciam referenciais importantes para uma análise objetiva, não apenas pelo estudioso do direito, mas também por aqueles que pretendem apreender o processo político-institucional na sua real complexidade.

Trata-se de abordagem institucional do processo governamental, baseada em pressuposto da tradição institucionalista da ciência política, segundo a qual as decisões e preferências são influenciadas ou distorcidas por regras e procedimentos. Uma vez que os processos contribuem para moldar as decisões, cabe trazê-los a lume de modo racional, compreendendo as formas pelas quais os próprios processos e seus pressupostos de formação tornam-se objeto de decisão, conscientemente informada de suas injunções políticas.¹⁷⁶

Além disso, o modelo processual do ciclo de formação da política pública é amplamente utilizado na atividade aplicada, diante da facilidade de operação do modelo e seu alto poder explicativo do funcionamento das escolhas governamentais, tal como descrito por John Kingdon:

“Embora em drástica supersimplificação, a formação da política pública pode ser considerada um conjunto de processos, incluindo pelo menos (1) o estabelecimento da agenda; (2) a especificação das alternativas com base nas quais a escolha será feita; (3) uma escolha revestida de autoridade (*authoritative choice*) entre as alternativas definidas, seja numa votação legislativa ou na decisão presidencial, e (4) a implementação da decisão.”¹⁷⁷

O que se propõe neste tópico é a investigação do processo como categoria ao mesmo tempo estruturante do pensamento jurídico e referencial para a

¹⁷⁶ Ellen Immergut. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In *Políticas Públicas. Coletânea*. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi (orgs.), vol. 1. Brasília: ENAP, 2006, pp. 155-195; p.162. Esse tema será referido no item 3.1, abaixo.

¹⁷⁷ John Kingdon. *Agendas, alternatives and public policies*. USA: Harper Collins College Publishers, 1995, pp. 2-3.

consideração dos aspectos políticos presentes no desenrolar das fases de formação e execução das decisões governamentais.

a. Sentidos jurídicos dos termos *processo* e *procedimento*. Processo como relação jurídica. Subjetivação.

O processo cuja estruturação e desenvolvimento é mais especificamente jurídico, o processo judicial, contém a matriz cognitiva, com seus elementos teóricos e noções explicativas, para compreensão dos demais processos institucionais que resultam nas políticas públicas. Alguns esclarecimentos preliminares são necessários, visando estabelecer, mais à frente, correspondências entre os conceitos estruturantes do processo, segundo a teoria geral do processo, com sentido preciso e mais restrito, e o processo em sentido amplo, abrangendo os componentes políticos da ação governamental.

Processo, em direito, de acordo com a teoria geral do processo, é o “instrumento por meio do qual a jurisdição opera”, visando “eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei”.¹⁷⁸ No sentido político, o Poder Judiciário é o fator de estabilização da ordem estatal baseada na lei, uma vez que é a ele que compete a decisão última sobre os conflitos, com caráter vinculante e cogente. No sentido normativo, a atuação da jurisdição confere completude ao ordenamento, pois se trata do poder com atribuição para “dizer o direito”, interpretando as normas, aplicando-as e integrando eventuais lacunas.

Processo, portanto, segundo abordagem consagrada na teoria e na prática jurídicas, é precipuamente um fenômeno jurisdicional. A diferenciação entre os conceitos de procedimento e processo, não isenta de controvérsias, situa-se nesse contexto. A visão mais tradicional considera o processo como finalidade, a razão de ser da jurisdição, e o procedimento como mero instrumento formal dessa finalidade.

“Etimologicamente, processo significa ‘marcha avante’, ‘caminhada’ (do latim *procedere*= seguir adiante). Por isso, durante muito tempo

¹⁷⁸Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, 9a. ed., p. 49.

foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento) [...].

O procedimento é, neste quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional).

A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.¹⁷⁹

Na teoria geral do processo mais recente, o aspecto formal do procedimento tem sido reexaminado, considerando os modos pelos quais ele condiciona o exercício dos direitos das partes na função jurisdicional. O sentido finalístico do processo deve incidir também sobre o procedimento: “o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.”¹⁸⁰ Ou, segundo a formulação sintética de Fazallari, “processo é o procedimento em contraditório.”¹⁸¹

Mas o cerne do processo como construção jurídica, teórica e prática, repousa sobre a noção de *relação jurídica processual*. A teoria do processo como relação jurídica é de tal importância que sua apresentação, com a publicação da obra de Bülow, em 1868 (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), é considerada como o momento de “emancipação” teórica do direito processual, superando-se definitivamente a concepção do processo como contrato, típica de uma época em que “o Estado incipiente não tinha ainda conquistado suficiente autoridade sobre os indivíduos para se impor a eles (o *judex* era cidadão privado)”.¹⁸² “O grande mérito de Bülow foi a sistematização [...] da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas”¹⁸³, como:

“[...] força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser

¹⁷⁹ Cintra, Grinover e Dinamarco, ob. cit., p. 235.

¹⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. V. 1, p. 404.

¹⁸¹ Apud Cintra, Grinover e Dinamarco, ob. cit.

¹⁸² Cintra, Grinover e Dinamarco, ob. cit., p. 236.

¹⁸³ Idem, p. 238.

encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles, e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.”¹⁸⁴

Essa teoria consagra a autonomização do conceito de ação — com o reconhecimento do direito material e do direito de ação como duas dimensões específicas¹⁸⁵ — de que participam o autor, como possuidor do direito, o réu, que resiste à pretensão do autor, e o Estado. “A relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais).”

Na controvérsia entre Bülow e Goldschmidt, que não é o caso de aqui aprofundar, esse último entendeu que a noção de relação jurídica não corresponde à descrição mais correta da natureza da disputa jurídica, para o quê a noção de *situação jurídica* seria mais precisa. Segundo essa teoria, “quando o direito assume uma condição dinâmica (o que se dá através do processo), opera-se nele uma mutação estrutural: aquilo que numa visão estática era um direito subjetivo, agora se degrada em meras *possibilidades* (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), *expectativas* (de obter esse reconhecimento), *perspectivas* (de uma sentença desfavorável) e *ônus* (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável).”¹⁸⁶ Os críticos consideram que o feixe de situações jurídicas consubstancia exatamente a relação jurídica processual.

“[...] é inegável o acerto de Bülow ao dizer que o processo não se reduz a mero procedimento, mero regulamento das formas e ordem dos atos do juiz e das partes, ou mera sucessão de atos. [...]”

É inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; a relação jurídica é exatamente o nexu que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes,

¹⁸⁴ Idem. p. 235.

¹⁸⁵ Idem, *ibidem*. Ação é o “direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste — favorável ou desfavorável, justo ou injusto — e portanto direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta.” p. 215.

¹⁸⁶ Cintra, Grinover e Dinamarco, *ob. cit.*, pp. 238/239.

direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. Através da relação jurídica, o direito regula não só os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.”¹⁸⁷

Alguns processualistas criticam o apego que consideram excessivo a construções teóricas formuladas no passado, e entre elas a relação processual, que limitaria a disciplina ao âmbito do processo judicial, descuidando de um alcance mais amplo,¹⁸⁸ que a rigor deveria ser aplicado às decisões do Poder Público de maneira geral. Contudo, no que tange às novas abordagens e aos processos não jurisdicionais, em que as conexões entre os diversos interesses não se consolidaram sob a forma jurídica, o que se faz necessário é exatamente um esquema explicativo estruturado sobre conceitos fundamentais, que possa ser utilizado para a compreensão desses, embora distintos suas formas e objetivos.

Cumprir investigar mais detidamente as possibilidades de aplicação dos conceitos fundamentais da teoria geral do processo, em especial a noção de relação jurídica processual, ao chamado “processo em sentido amplo”. Trata-se de perquirir as formas pelas quais a relação processual, agora também em sentido amplo, atribui a cada um dos sujeitos que dela participa posições ou situações jurídicas ativas e passivas, para o quê a proposição de Carnelutti poderia servir de guia.

“Relação jurídica é a relação social regulada pelo direito [...] [que se aclara] desde que a consideremos como um conflito de interesses e se considere o efeito de sua regulamentação como atribuição aos interessados respectivamente de um poder e um dever.

Os três pares — obrigação-faculdade, direito subjetivo-sujeição, potestas-sujeição — constituem a espécie do *genus* relação jurídica. Ora, o que a distinção entre estática e dinâmica e conseqüentemente entre situação e fato jurídico tem de mais valioso é fornecer-nos a chave de convertibilidade de qualquer desses pares entre si, porque é na sua conversão contínua, por meio do fato jurídico, que se resolve o movimento do direito.”¹⁸⁹

¹⁸⁷ Cintra, Grinover e Dinamarco, ob. cit., p. 239/240.

¹⁸⁸ Carlos Alberto de Salles. *A Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁸⁹ Francesco Carnelutti. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 295.

Em termos esquemáticos, se aplicada ao universo das políticas públicas, essa chave permitiria identificar posições ou situações jurídicas “fortes”, a *faculdade*, o *direito subjetivo* e a *potestas*, e “fracas”, a *obrigação* e a *sujeição*. E deveria permitir a visualização da convertibilidade dos pares entre si, isto é, quando o detentor de uma posição fraca, uma sujeição, passa a dispor de uma posição forte, um direito subjetivo, ou a prerrogativa de exigir, inclusive judicialmente, de outrem, o cumprimento de obrigações e deveres que satisfaçam o direito do postulante.

b. Processualidade em sentido amplo.

A processualidade em sentido amplo resulta da visão de que a sociedade é inerentemente conflitiva e de que o aparelho estatal é o campo onde pelo menos parte do conflito social se resolve. As decisões estatais implicam escolhas e, portanto, a existência de interesses contemplados e outros preteridos. Nesse contexto ampliado, o processo seria a institucionalização de formas de mediação dos diversos conflitos dispersos, não mais restritos à esfera do Poder Judiciário.

A visão ampliada sobre o processo decorre de dois movimentos principais. Um desses movimentos, oriundo das ciências sociais, com referência à obra de Luhmann, entre outros, passa a tematizar o processo como alternativa nas relações sociais. Outro movimento se desenvolve no âmbito próprio do direito positivo, com a edição de legislações de processo administrativo em diversos países, que passam a conferir à atividade administrativa a disciplina peculiar do processo, alargando o âmbito da teoria desenvolvida sob o conceito de ato administrativo.¹⁹⁰

O processo visto pela sociologia do direito.

A abordagem do procedimento ou processo pela sociologia, especialmente na obra de Niklas Luhmann, *Legitimação pelo Procedimento*,¹⁹¹

¹⁹⁰ Ver item 3.2.a, adiante.

¹⁹¹ Niklas Luhmann. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. Considerando a diferenciação entre as noções de processo e procedimento, acima, entendo que a tradução mais fiel do termo no título seria *processo* e não *procedimento*. O sentido amplo da expressão se refere sempre a processo, uma vez que contempla não apenas as formas do encadeamento dos atos, mas principalmente o aspecto da participação. Veja-se, a respeito, o

examina o processo em dualidade com a categoria do conflito, como alternativa a esse, atribuindo-lhe caráter funcional, em relação às expectativas dos vários grupos e indivíduos. O modelo de sociedade apoiado no processo, com esse significado, está mais apto a

“[...] substituir o antigo modelo europeu duma ordem hierárquica de fontes e matérias jurídicas. Parece deixar entrever mais sinceridade para o estabelecimento de normas, maior elasticidade e adaptabilidade do direito e um potencial mais elevado para transformações estruturais da sociedade.

Tal como a categoria do contrato para o âmbito da ‘sociedade’, assim a categoria do procedimento para o âmbito do ‘estado’ parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade [...]”¹⁹²

Luhmann destaca “o processo social de reestruturação comunicativa de expectativas”¹⁹³. O procedimento define os papéis sociais que desenvolverão a interação regrada. Com isso, estabelecem-se formas de cooperação. O sentido social do procedimento é diluir o conflito no tempo, de maneira que as rupturas se tornem cada vez menos prováveis.¹⁹⁴

“Esse, o significado da legitimação pelo procedimento. A inversão é clara: a legitimidade não se dá após o processo de tomada da decisão, como um critério substantivo aplicável *a posteriori*, mas é

alerta do autor, contido no início do cap. III da obra: “Aqui existe um erro óbvio a ser evitado: um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das consequências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação.” (p. 37). O termo *processo* será utilizado preferencialmente quando o sentido não se limitar à ação ritualizada, considerando que a diferença é relevante, conforme se expõe adiante.

¹⁹² Niklas Luhmann, ob. cit, p. 7.

¹⁹³ “O procedimento é juridicamente regulado desde que se entenda por ‘regulação jurídica’ um regramento em sentido muito lato, que não tem uma densidade normativa uniforme em todos os sistemas sociais: [...] que, [...] disponibiliza papéis sociais que podem ser mobilizados para tomar uma decisão. O procedimento é assim a história institucional de uma decisão.” João Paulo Bachur. *Às Portas do Labirinto. Para uma Recepção Crítica da Teoria Social de Niklas Luhmann*. São Paulo: Azougue Editorial, 2010, p. 244.

¹⁹⁴ Em outros termos, Maquiavel já antecipara essa visão, ao afirmar a “necessidade das acusações para conservar a liberdade numa república”, sustentando conveniência dessas, entre outras razões, porque “se permite o desafogo daqueles humores que de algum modo cresçam nas cidades contra qualquer cidadão: e, quando tais humores não têm como desafogar-se por modos ordinários, recorre-se a modos extraordinários, que levam toda a república à ruína. Por isso, nada há que torne mais estável e firme uma república do que ordená-la de tal modo que a alteração dos humores que a agitam encontre via de desafogo ordenada pelas leis.” *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, cit., p. 33. Newton Bignotto. *Introdução*. In *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, cit., pp. XIX-XLI.

uma condição socialmente construída no transcorrer da própria decisão. Os conflitos sociais não podem ser simplesmente contornados pelo binômio consenso/coação, que supõe a presença de um diante da falta do outro. Há sempre consenso e coação em toda decisão tomada por um procedimento. Diante da escolha entre conflito e cooperação, o procedimento distende a polarização consenso/coação e com isso converte o conflito em uma espécie de cooperação. Só é possível entrar em conflito participando de sua solução, cooperando com a decisão final. Com isso, a função do procedimento não é produzir consenso ou evitar desilusões. Ao contrário: 'Sua função não repousa no impedimento de decepções, mas sim em trazer decepções inevitáveis à forma final de um ressentimento privado difusamente difundido, que não pode se transformar em instituição. [...] a função do procedimento é conseqüentemente a especificação do descontentamento e a fragmentação e absorção de protestos. [...] Então uma rebelião contra a decisão quase não tem sentido e, em todo caso, já não tem mais qualquer chance. [...] De uma maneira geral, não se há de compreender a função social de um mecanismo de solução de conflitos como o desencadeamento de processos psíquicos de aceitação, mas antes como imunização do sistema social contra esses processos'; 'Procedimentos não servem apenas para a produção de decisões, mas também e igualmente para a absorção de protestos.'¹⁹⁵

A diferença entre *procedimento* e *protesto*, por esse prisma de análise, reside na inserção funcional de cada um. O conflito absorvido pela estrutura da sociedade e suas instituições, ou "funcionalizado" se apresenta na forma de procedimento; o conflito não funcionalizado expressa-se como protesto. Trata-se de um esquema propício a entender as continuidades da ação, uma vez que localiza no contraditório a expressão do tratamento institucionalizado dos conflitos sociais, de modo a esvaziar o potencial de ruptura de que cada um é portador.

A valorização do processo e a teoria da argumentação jurídica.

Outra contribuição importante para a valorização do processo em sentido amplo foi aportada pela teoria da argumentação, no período de reconstrução do direito na Europa que sucede a segunda guerra mundial. A "nova retórica" ou teoria da argumentação teve grande desenvolvimento a partir da obra de

¹⁹⁵ Bachur, ob. cit., pp. 247/248. A referência é a Luhmann, *Legitimação pelo Procedimento*.

Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*,¹⁹⁶ que “redescobriu” a aplicação da dialética aristotélica ao direito, jogando luz sobre os processos argumentativos necessários à construção do sentido de disposições normativas.

No Brasil, a valorização da atividade de interpretação, que cresceu muito com a edição da Constituição de 1988, criou grande interesse pela teoria da argumentação, o que também contribuiu para o desenvolvimento da noção de processo em sentido amplo. A “textura aberta” que orienta a concepção do texto magno, inspirada nas experiências alemã e portuguesa, com realce aos princípios, tendeu a reforçar o fenômeno, como já ocorria com as fontes inspiradoras, nas quais o epíteto “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”¹⁹⁷ sintetiza a nova amplitude concedida às atividades de interpretação e concretização dos sentidos da Constituição. Amplia-se o escopo dos “debates constitucionais” e com eles a valorização da argumentação e da processualidade do direito.

Com apoio na tópica de Aristóteles, Viehweg sustenta que o pensamento jurídico não se organiza em demonstrações científicas, de caráter apodítico, mas se compõe de argumentações retóricas, de caráter dialético (no sentido aristotélico). A “jurisprudência”, que se opõe à “jurisciência”, não é exata nem pode ser descoberta a partir de silogismos puramente racionais. É preciso lançar mão do pensamento problemático, que leva em conta acervos de experiências, a invenção, a intuição, a cultura,¹⁹⁸ procurando extrair delas regularidades e diretrizes para a compreensão do fenômeno jurídico. “A tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica.”¹⁹⁹

“A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o

¹⁹⁶ Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, co-edição com a Editora Universidade de Brasília, 1979 [obra de 1953]. Tradução e prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

¹⁹⁷ Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes a Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁹⁸ Viehweg, ob. cit., p. 9, Prefácio à 2ª. edição.

¹⁹⁹ Viehweg, ob. cit., p. 17.

jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras ‘fórmulas de procura’ de solução de conflito.”²⁰⁰

Três pontos da obra de Viehweg — que surgiu num momento de turbulência e reconstrução do pensamento jurídico — são particularmente elucidativos para o trabalho acadêmico com políticas públicas, perspectiva de interesse que também se caracteriza pela renovação do objeto e dos métodos na ciência jurídica.²⁰¹ O primeiro ponto é a abordagem por problemas, isto é, a idéia de que é possível organizar, em algum nível, o conhecimento que se obtém na vivência do direito, a *praxis*, extremamente diversa e complexa, para, a partir dela, extrair conhecimentos capazes de orientar novas práticas, diante de problemas da mesma espécie. “O modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não é preciso buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio e a partir dele se selecionam os problemas.”²⁰²

O segundo ponto de interesse reside no lugar central conferido à dialética, no sentido aristotélico, lógica que organiza o conhecimento a partir da contraposição regrada de argumentos,²⁰³ o “discurso fundamentante”, que confere a racionalidade possível ao pensamento problemático. Dessa noção deriva grande importância dada ao processo.

E o terceiro ponto de interesse é a técnica por meio da qual isso se dá, com base na identificação dos *topoi*, tópicos ou lugares comuns da argumentação jurídica, que justamente sedimentam a experiência reconhecida como válida, legitimando seu uso como ponto de partida para raciocínios futuros. O segundo e o terceiro pontos reforçam a processualidade em sentido amplo e serão examinados mais detidamente a seguir.

²⁰⁰ Ferraz, *Teoria da Norma Jurídica*, cit., p. 3.

²⁰¹ Esse aspecto será referido no cap. 4, abaixo.

²⁰² Nicolai Hartmann, *Diesseits von Idealismus und Realismus*, apud Viehweg, ob. cit., p. 35.

²⁰³ Aristóteles. *Organon*. 2ª ed., São Paulo: Edipro, 2010, tradução de Edson Bini. *Tópicos*, livro I, I, p. 347.

A idéia de “ônus argumentativo” tem sido utilizada entre nós no campo do direito constitucional, conotando o critério para decidir demandas com base na “densidade de legitimação”, que depende dos termos do debate. Uma vez que não há solução objetiva e univocamente definida ou definível para determinado problema, a questão se desloca para a procura da “melhor solução”, com base num processo com a participação de várias falas, em posição e contraposição, de modo que o controle provoque a fundamentação adequada de cada uma das posições.

Considerando a impossibilidade de aferição lógica e unívoca das proposições tópicas, a instância de controle dessas é a discussão, o debate em que ocorre a contraposição de argumentos à premissa apresentada e aos pontos que a sustentam. A contraposição de visões não se esgota no conteúdo das opiniões, mas depende das condições em que se dá a comunicação, nos termos de uma teoria do discurso fundamentante, concepção linguística voltada à compreensão da argumentação a partir da situação discursiva.²⁰⁴ A “situação” influi sobre a aplicação do direito e é mais um aspecto que diferencia a abordagem própria da *praxis* jurídica daquela típica do raciocínio dedutivo e abstrato, que ignora o contexto comunicacional (“não-situacional”). A discussão é mediada por regras, no caso, regras jurídicas; trata-se de uma “condução rigorosamente regulada do diálogo”.²⁰⁵

Torna-se muito relevante, em razão disso, configurar as condições do debate. Nesse sentido, é importante o estabelecimento com o interlocutor de “pelo menos um círculo balizado pelo entendimento comum”.²⁰⁶ A partir de premissas aceitas por esse círculo como razoáveis, essas são submetidas a opiniões opostas, instaurando-se entre elas um diálogo, que possibilita o seu confronto, no sentido crítico. A função do *topos* e dos catálogos de *topoi* é auxiliar na definição das premissas, “orientar e organizar o raciocínio, ainda que sem um caráter lógico rigoroso”,²⁰⁷ por meio da fixação de pontos que parecem àquele

²⁰⁴ Ferraz Jr., ob. cit.

²⁰⁵ Viehweg, ob. cit., p. 105.

²⁰⁶ Viehweg, ob. cit., p. 44.

²⁰⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2a. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 150.

círculo dignos de uma reflexão mais profunda, com base em um entendimento reconhecido.

“*Topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão. [...] A presença de *topoi*, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas.”²⁰⁸

“A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora”.²⁰⁹ A técnica da discussão ou disputa começa com a arte de perguntar; fixadas as premissas, a ordenação e a colocação das perguntas é precisamente a tarefa peculiar do dialético.²¹⁰

As proposições que conduzem ao raciocínio dialético podem ser selecionadas de diversos modos. A diferença entre o método dedutivo, tradicional, e a tópica está nas condições de fixação de premissas. No método dedutivo, a premissa, ou *primum verum*, é demonstrável ou fundamentável logicamente, e dela podem ser deduzidas outras proposições. Reversamente, das últimas se pode, por redução, atingir as premissas anteriores, até a proposição nuclear. Na tópica isso não é possível; não havendo ponto de partida seguro, admite-se como premissa o que é mais aceito, com base na experiência reconhecida.²¹¹ A função da demonstração, que sustenta a premissa no sistema dedutivo, na abordagem tópica é preenchida pela legitimação do raciocínio. Enquanto o cartesianismo privilegia a dedução e a demonstração em cadeias dedutivas, a tópica atua por indução, partindo do senso comum aceito como

²⁰⁸ Ferraz Jr. *Teoria da Norma Jurídica*, cit., p. 23. “Esta organização, contudo, é sempre limitada, não surgindo nem na forma rigorosa de deduções lógicas, nem como sistemas unitários, abarcantes, como grandes hierarquias conceituais que alcancem toda a realidade em questão. O raciocínio tópico, que se vale dos repertórios de *topoi*, vale, portanto, em certos limites e toda vez que se tenta dar-lhes alcance maior percebemos, de imediato, que ele se vê envolvido em contradições lógicas.” Tércio Sampaio Ferraz Jr. Prefácio à *Tópica e Jurisprudência*, pp. 4-5. São exemplos de *topoi*: direito subjetivo, fins sociais, bem comum, imparcialidade do juiz, boa fé e presunção de inocência, interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Para o que interessa às políticas públicas, outro *topos* é o da vontade da maioria, “a maioria decide”, contraposto ao *topos* do mais sábio, que enfatiza a técnica e o mérito.

²⁰⁹ Viehweg, ob. cit., p. 40.

²¹⁰ Viehweg, ob. cit., p. 27.

²¹¹ “Pode-se eleger ou as opiniões de todos ou as da maioria ou as dos sábios (de todos estes, de sua maioria ou dos mais famosos entre eles) ou opiniões contrárias àquelas que parecem ser geralmente sustentadas e ainda opiniões que se harmonizam com as artes.” Idem, *ibidem*.

verdadeiro em um determinado círculo. A utilidade da tópica está em tornar possível a apreensão não apenas dos problemas, mas dos elementos de experiência que o cercam, viabilizando que esse acervo sirva de base para a criação de um *corpus* a ser trabalhado com o raciocínio apodítico.

Embora haja uma discussão sobre a eventual “superioridade” do método dedutivo, que seria mais “rigoroso”, o fato é que nem sempre é possível partir de premissas exatas. Às vezes, é necessário um “trânsito do modo de pensar tópico para o sistemático dedutivo”, em que o primeiro “aplana” o caminho para o segundo.²¹²

Na verdade, cada modo de pensar tem sua especificidade,²¹³ há uma complementariedade entre os métodos indutivo, problemático, e dedutivo, sistemático, que se vislumbra conveniente para a análise jurídica e proposição de modelos de políticas públicas. O pensamento por problemas em algumas circunstâncias é o único ponto de partida possível para a apreensão de certos fenômenos, uma vez que admite a variedade, complexidade e multiplicidade de formas e expressões, como ocorre com as políticas públicas, sem circunscrever artificialmente o objeto. O método tópico, nestes casos, seria mais fiel à realidade do que o método axiológico-dedutivo, cujas premissas seriam artificialmente reduzidas a noções operáveis, mas empobrecidas em relação à realidade. O ideal, portanto, seria a conexão dos dois métodos, permitindo que a apreensão do problema se fizesse a partir da premissa aceita e sua solução se desse nos termos do sistema — o conhecimento controlado dos problemas, organizados de forma sistemática.²¹⁴

²¹² “A tópica pressupõe que um sistema semelhante não existe. A sua permanente vinculação ao problema tem de manter a redução e a dedução em limites modestos. Não obstante, quando se logra estabelecer um sistema dedutivo, a que toda ciência, do ponto de vista lógico, deve aspirar, a tópica tem de ser abandonada. [...] Numa situação ideal, a dedução torna totalmente desnecessária a invenção. O sistema assume a direção.” Viehweg, ob. cit., p. 43.

²¹³ “Não se nota, no pensamento aristotélico, qualquer sugestão de hierarquia entre essas duas maneiras de raciocínio: elas não se excluem mutuamente, não se sobrepõem, não substituem uma à outra.” Fabio Ulhoa Coelho. Prefácio à edição brasileira. In *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²¹⁴ “Para nosso fim, pode chamar-se problema — esta definição basta — toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. [...] o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos

A objeção à tópica estaria em ceder espaço à argumentação, conferindo aparência de racionalidade à reprodução de máximas de experiência, de caráter “não-científico”. O alerta não é sem sentido, uma vez que o pensamento jurídico excessivamente ancorado na prática ainda padece dos males do subjetivismo da “doutrina”, com seus juízos “cripto-normativos”,²¹⁵ emitidos com base em opiniões práticas, sem mediação objetiva ou racional, os quais passam a atuar como fonte de direito e orientar a aplicação das normas vigentes.²¹⁶ Entretanto, o cuidado em relação ao “controle do discurso fundamentante”,²¹⁷ isto é, à não aceitação de juízos desvinculados de um processo de discussão, parece salvaguarda suficiente para não se descartem os benefícios da aplicação do raciocínio tópico.²¹⁸ Viehweg refuta a condenação de Kant à doutrina dos *topoi*, afirmando a importância da tópica em circunstâncias em que não é possível estabelecer um sistema dedutivo. A formação das normas seria uma dessas circunstâncias, em que ganharia novo sentido o emprego da processualidade subjacente à tópica, desde que mantido o tratamento racional do direito.

Ao mudar de perspectiva, da tradicional, baseada no direito posto (“*de lege lata*”), cuja tônica está na aplicação, predominantemente retrospectiva, do conjunto normativo vigente, para um outro enfoque, baseado na criação,

explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de um sistema.” Viehweg, ob. cit., p. 34.

²¹⁵ Ferraz Jr. *Teoria da Norma Jurídica*, cit.

²¹⁶ Esse tema foi abordado em meu *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cap. 3.4.

²¹⁷ Discurso fundamentante é o discurso racional, o que não exige que ele fundamente tudo, mas que esteja aberto à exigência de fundamentação, isto é, esteja sujeito à regra do dever de prova. Ferraz Jr., ob. cit., pp. 17-18.

²¹⁸ Miguel Reale comenta essa restrição. “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios./De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer atenção dos filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição [...]/Diga-se de passagem que esse renovado interesse pela Teoria da Argumentação coincide com a revisão dos antigos estudos de Teoria da Legislação, a qual, tendo florescido no séc. XVIII, nos escritos de um Filangeri ou de um Bentham, volta hoje ao cenário das pesquisas sistemáticas sob as denominações de “Política do Direito” ou “Política Legislativa”, tão essenciais a um Estado que, dia a dia, alarga sua interferência em todos os planos da vida humana. A boa técnica de legislar será uma garantia contra abusos que as leis mal redigidas sempre propiciam.” Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 88/89.

prospectiva, do direito (“*de lege ferenda*”), outras ordens de desafios se apresentam e o pensamento problemático, com a visão argumentativa, pode ser especialmente adequado. Friedrich Muller, ao tratar do problema da concretização das normas constitucionais, destacou a complementariedade e a interpenetração dos métodos tópico e sistemático-dedutivo.

“À tópica cabe a tarefa de suavizar os sistemas que aparentam ser logicamente fechados da ciência jurídica, e de interpretar os conceitos normativos que necessitam ser axiologicamente preenchidos, aquela que consiste em servir de expediente em caso de ausência de regulamentação legal suficiente e notadamente para o preenchimento de lacunas e enfim a tarefa de fornecer pontos de vista quando a lei reenvia à equidade ou às representações ou escalas de valores sociais [...]. Os tópicos devem enfim poder assumir *de lege ferenda* funções de política constitucional.”²¹⁹

c. Formação do direito e democracia processual.

A ampliação e o aprofundamento social da noção de democracia justificam a primazia ao processo de formação do direito. A separação entre a política, que se ocupava da formação das leis, e o direito, que respondia pela sua aplicação, se esmaece, de tal maneira que direito e política são componentes igualmente importantes nos diversos momentos de delineamento, criação e execução da legislação.

Com isso, o olhar do jurista se amplia, indo além da abertura estreita dada pela perspectiva epistemológica praticamente exclusiva do direito posto, legislado, ou na sua versão aplicada pelos tribunais. É compreensível que a orientação da *jurisprudence* nos países da *common law* seja essa, tendo em vista que a formação do direito é fruto, em grande medida, da jurisprudência (ainda que venha perdendo espaço para o *statute law*, em várias matérias). Mas nos países da tradição romanista esse constitui um viés cujo resultado é o desconhecimento e a compreensão muito limitada dos processos de formação do direito, seja no Poder Legislativo, seja no Executivo, em número e influência muito superiores ao que ocorre no âmbito do Poder Judiciário.

²¹⁹ Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 129.

O crescimento da importância da processualidade do direito, a adoção da processualidade ampla, também pode ser explicado pela inviabilidade de uma visão puramente “substancialista” das normas jurídicas. A expansão das normas econômicas e das situações de desigualação concreta, típicas do direito de cunho social do séc. XX, levou à relativização da concepção liberal, cedendo lugar a um trabalho de criação jurídica com base numa perspectiva material. Entretanto, as experiências históricas que levaram ao extremo esse tipo de visão, as do socialismo “nacional” e do socialismo “corporativista”, isto é, o nazismo e o fascismo, assim como outros regimes totalitários neles inspirados, levaram à necessidade de adoção de mecanismos jurídicos de controle mais afeitos à democracia. E a processualidade responde por esse tipo de demanda. O controle das formas e dos processos parece ser o caminho para o diálogo que diz respeito aos conteúdos e às decisões de fundo.

A abordagem processual da realidade política inspira uma crítica que deve ser considerada, dada a desvinculação dessa abordagem com os resultados da ação, com o risco da desconsideração dos valores em questão. A processualidade pode, consciente ou inconscientemente, reforçar uma visão excessivamente liberal, uma vez que os modos de atuar e os meios ganham primazia na organização da ação. Um esquema procedimental, em tese, admite qualquer conteúdo da ação e daí o temor de acentuação do viés autoritário ou tecnocrático, se o argumento processual sobrepujar a justificação das ações governamentais, “obscurecendo questões de sua forma moral”.²²⁰ O procedimento privilegiaria o aspecto formal do debate, isto é, “quem fala, quando fala, como fala”, correndo o risco de deixar em segundo plano “o que se fala”, o aspecto material ou substancial do diálogo.

Não obstante, diante da necessária relativização das possibilidades de construção “material” do direito, baseado em normas cujo conteúdo social seria suficiente como legitimação e endereço político, o processo se afigura como o meio de controle democrático disponível em relação aos passos de formação da

²²⁰ Julia Black. Procedimentalizando a regulação- parte I. *In Regulação Econômica e Democracia*. (orgs. Paulo Todescan Lessa Mattos, Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo Coutinho, Rafael Oliva). São Paulo: Editora Singular, 2006, pp. 141/166.

decisão do Poder Público, considerando o emprego de meios públicos e todas as injunções que afetam conjuntos de pessoas. Não se trata da proceduralização geral das relações sociais, mas da identificação de formas em que o direito se apresenta, com maior ou menor intensidade, para a explicitação e processamento do dissenso social, mediado pelo Estado.

O processo judicial é o modelo cognitivo por se tratar da matriz jurídico-processual por excelência. É o campo em que o direito cuidou com mais profundidade da criação de regras que não apenas habilitassem à produção de uma decisão estatal,²²¹ mas também da execução dessa mesma decisão, com todos os seus incidentes.

A judicialização crescente das relações sociais, fenômeno presente não apenas no Brasil, mas generalizado no mundo, a que já se aludiu,²²² é outro elemento a embasar a utilização dessa matriz cognitiva. Não se trata de modelo artificialmente escolhido, apenas pela familiaridade do processo judicial. Ao contrário, a busca e utilização cada vez mais ampliadas do sistema judicial para a solução de conflitos sociais significam que a crescente juridificação das relações sociais, cujo marco são as Constituições do pós-guerra, passa pela adoção do Poder Judiciário e do modelo judicial como foro e modo preferenciais para dirimir disputas na sociedade.

No contexto da democracia deliberativa — em que desaguam os movimentos aqui descritos, de teorização do processo como forma de solução de conflitos sociais e de positivação de normas sobre controle e participação social na atuação governamental — o procedimento como mecanismo de fortalecimento do processo decisório se fortalece.

“Procedimentos, participação e desenho institucional são atuais soluções comuns que têm sido defendidas para uma variedade de problemas regulatórios percebidos: dos ‘grandes temas’ das falências dos modelos tradicionais de regulação, e de como a

²²¹ Os casos em que a legislação admite a “delegação” desta a terceira entidade, como é o caso da arbitragem não configurariam uma “alternativa privatizante” à jurisdição, mas, ao contrário, o exercício privado complementar à atuação direta da jurisdição, que a reforça como modelo, sob o reconhecimento e a definição de limites estatais de suas decisões. Não se trata de um retorno à concepção contratual do processo, mas do desenvolvimento desse sob condições fixadas pelo Estado. Salles, ob. cit.

²²² Ver item 1.5.b, acima.

regulação deveria responder ao supranacionalismo ou à ‘sociedade do risco’ e aos mais prosaicos assuntos de meio ambiente, telecomunicações, corporações e direito falimentar. A proposta dominante é desenvolver procedimentos e estruturas institucionais capazes de fortalecer a deliberação e permitir a participação. Associada a isso, está a demanda por regulação, para substituir estratégias de comando por estratégias de indução, e por reguladores que deixem de ser formuladores de regras para se tornarem supervisores.”²²³

Nesse modelo de política, o fortalecimento da cidadania é assegurado por um “processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas, em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos.”²²⁴ Vislumbra-se um “consenso alcançado argumentativamente”,²²⁵ mediante procedimentos democráticos institucionalizados, o que importa na ampliação do sentido jurídico original do processo, antes restrito ao âmbito judicial, demandada por uma mudança das formas de atuação do Estado. A idéia alargada de democracia se traduz em alternativas institucionalizadas de representação e participação, por meio de “novas formas organizadas de representação da ‘opinião’ e da emergência de modos de expressão dos interesses sociais, que desbordam da lógica representativa tradicional.”²²⁶

As políticas públicas não constituem objeto apto ao tratamento de “verdadeiro” ou “falso” — e nesse sentido elas consistem em “problemas”, permeados por elementos de valor ou conveniência, considerada uma somatória de interesses. Os arranjos institucionais são mais facilmente apreensíveis pela lógica dos adjetivos (funcional, efetivo, legitimado democraticamente, eficiente socialmente, econômico etc.) que de substantivos. E assim como a arquitetura institucional da política, o juízo de valor que serve de justificação e medida também compõe o processo dialético, no sentido aristotélico, de construção da política pública.

²²³ Julia Black, ob. cit. p. 141/142.

²²⁴ “A opinião pública convertida em poder comunicativo por procedimentos democráticos não pode reinar ela própria, mas apenas dirigir o uso do poder administrativo em certas direções.” Jurgen Habermas. Três modelos normativos de democracia. São Paulo: Revista Lua Nova, nº 36, 1995, pp. 39-54.

²²⁵ Idem, ibidem.

²²⁶ Jacques Chevallier. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2009, pp. 223-224.

Uma política pública qualquer pode se revelar inovadora, do ponto de vista de seu desenho institucional, por exemplo, ao adotar uma forma organizacional ainda não experimentada naquele sistema jurídico. Isso não garante, todavia, que a política seja eficiente, no balanço entre custos e benefícios, ou que atenda às necessidades mais prementes, analisadas as prioridades, o escopo dos beneficiários ou a sua escala.

Todos esses pontos, como é evidente, comportam apreciação subjetiva; a quem compete julgar se o custo é excessivo ou os beneficiários são indevidos ou a ação é acanhada? Tratando-se de processos cuja natureza é eminentemente política, num cenário democrático competirá ao povo ou aos seus representantes realizar essa apreciação. E ela será em princípio movediça, em função do viés que orientar as premissas do diálogo e as perguntas que se seguirem. O debate começa exatamente com a definição dos pontos controvertidos — como, aliás, também ocorre com o processo judicial de conhecimento.²²⁷

Esse é o lugar e o papel da teoria da argumentação. Controlar e qualificar as premissas do debate. Pois não é verdadeiro que o processo democrático torne inteiramente livre para o exercício ideológico o campo do debate. À medida em que a democracia avança e adquire densidade política, no sentido de expressar com fidelidade o arranjo de forças sociais e os movimentos pela ampliação das possibilidades de emancipação das pessoas, diminui a amplitude com que as questões sociais podem ser colocadas. O problema dos meios passa a incidir de maneira permanente, assim como a questão da sustentabilidade das políticas no tempo.

As variáveis da ação se apresentam como perguntas, aparentemente triviais, que a autoridade, o gestor público, o movimento social, os parlamentares, enfim, aqueles que detêm alguma espécie de iniciativa sobre a ação governamental, se fazem. Essas perguntas orientam a procura dos *topoi*, pontos de partida aceitos para o desenrolar das fases ulteriores do debate.

²²⁷ O Código de Processo Civil brasileiro adota essa orientação, no chamado “despacho saneador”, conforme o art. 331, § 2º: Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, *o juiz fixará os pontos controvertidos*, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

As perguntas mais recorrentes ou estruturantes da ação governamental podem ser organizadas num esquema passível de reiteração. Qual o escopo da ação governamental? Quem serão seus beneficiários? Qual a escala? Quais os seus custos? E se considerados os beneficiários unitariamente, qual o custo? Em outras palavras, qual a medida da eficiência da ação governamental? Em que tempo se desenrolará a ação governamental? E sobre o processo decisório. Quais os seus partícipes? Os beneficiários estão suficientemente informados dos benefícios? E dos ônus? Quais as alternativas? Há outros modelos? Como superaram esse problema países que passaram por esse estágio de desenvolvimento no passado? Como fizeram outros países/estados/municípios que enfrentaram o mesmo problema?

A questão deixa de ser um problema absoluto de criação das políticas e passa a ser um tema argumentativo, ligado ao desafio de demonstrar a consistência ou legitimidade, seja política ou técnica, de cada posição no decorrer do debate. E esse desafio se impõe a todos os que participam do processo governamental, seja no papel “oficial” de partícipe, seja na condição de “controlador externo”, de acordo com um processo estruturado, com base em premissas comuns e regras aceitas para a identificação dos consensos e enfrentamento dos dissensos.

d. Contraditório em sentido amplo. Multiplicidade de interesses e formas jurídicas de mediação.

Considerar o processo em sentido amplo torna recomendável examinar mais de perto o problema do contraditório. Contraditório é a noção jurídica que sintetiza a contraposição de interesses mediada pelo direito, da qual resulta a decisão, idéia-síntese do conflito regrado e institucionalmente processado. No sentido da lógica clássica, a noção de contraditório está ligada à idéia de dialética, à expressão dos contrários e à contraposição regradada de opiniões.

Não se trata de elegê-lo como princípio “mais importante” do processo, mas compreender que é na formação e no exercício do contraditório que se dá o confronto entre os contrários, em que a tensão entre os pólos opostos, que é essencial na política, desafia as condições jurídicas de ordenação e processamento do conflito. Por essa razão, é na instauração e no

desenvolvimento do contraditório que se pode entender o processamento das tensões sociais no desenrolar da ação governamental.

Poder-se-ia falar num contraditório em sentido político, que, em algumas circunstâncias, desenvolveria formas jurídicas de disciplina e processamento. O desafio para o direito é conseguir circunscrever o conflito social e apresentar pressupostos de desenvolvimento da controvérsia, sob regras jurídicas, que tornem possível uma evolução, do ponto de vista institucional, do processo decisório e da decisão. Essa evolução diz respeito à minimização de frustrações e especialmente à aceitação das regras do jogo, isto é, daquele foro e daquela disciplina para a submissão, no futuro, de disputas de índole semelhante.

No sentido do processo jurisdicional, há uma evolução da importância do princípio do contraditório, que corresponde à concepção do processo ampliada para além do processo judicial. Num primeiro momento, o contraditório era considerado um dentre vários princípios do processo, ao lado da imparcialidade do juiz, da igualdade e outros de natureza instrumental.²²⁸ Posteriormente, passa a ser considerado princípio central e a corolário do princípio democrático no processo, ainda no sentido jurisdicional, consagrador da participação.

“[...] o procedimento não deve se abrir apenas às necessidades do direito material, mas também acudir aos demais direitos fundamentais-processuais, especialmente aos direitos fundamentais de defesa e ao contraditório — expressão jurídico-procedimental derivada do direito político à participação no exercício do poder.”²²⁹

“É lógico que o contraditório, no processo civil contemporâneo, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. [...] A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal de participação. [...] Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso.

²²⁸ Cintra, Grinover e Dinamarco, ob. cit. A Constituição Federal enuncia de maneira limitada o contraditório, associado ao direito de defesa e aos litigantes e acusados. Art. 5º, LV- “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

²²⁹ Marinoni, ob. cit., p. 404.

Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo italiana, fala em participação em paridade de armas.”²³⁰

A evolução teleológica corresponde a uma evolução formal da conformação jurídica dos instrumentos que garantem a plenitude da manifestação da parte no processo.

“Consagrado por todos os direitos ocidentais, o princípio do contraditório, ao qual já faziam referência Aristóteles e Sêneca, é ligado à própria noção de justiça que é uma obra de confrontação. É tão primordial [...] e é considerado um princípio geral de direito. Esse princípio quer que nenhuma parte possa ser julgada sem ter sido ouvida ou citada e implica que cada uma das partes em causa tenha condições de discutir e de contradizer as pretensões, os meios, os argumentos e os elementos de prova que lhe são opostos.

Ele se impõe às partes, mas também ao juiz que deve em todas as circunstâncias fazer que se observe e observar ele mesmo o princípio de contradição. O juiz não pode, assim, estabelecer de ofício meios, mesmo de direito puro, sem convidar previamente as partes a apresentar suas observações. Implica que o adversário seja sempre informado da existência de todo procedimento dirigido contra ele, que prazos para comparecer sejam-lhe outorgados, que todos os meios invocados e todos os elementos de prova produzidos sejam objeto de comunicações recíprocas entre as partes para que cada uma delas tenha condições de organizar sua defesa.”²³¹

Portanto, mesmo no âmbito do processo jurisdicional há uma ampliação de sentido do contraditório, expressa na constituição de meios, devidamente disciplinados, segundo uma diretriz aplicável às formas, que orienta as rotinas relativas às audiências, aos documentos e a todos os pormenores que concretizam a atuação de cada uma das partes e do juiz no processo.

Na acepção ampla do processo, consideradas as decisões relativas à alocação de recursos orçamentários, e formulação de projetos de lei pelo governo e outras iniciativas, o pano de fundo da atuação governamental é o da multiplicidade de atores e a diversidade de interesses. O desafio sociológico-funcional de coesão é pertinente, em primeiro lugar, ao próprio aparelho de Estado, especialmente no contexto do processo de transição para o desenvolvimento. É preciso considerar que o Estado não é monolítico e que os desafios de convergência se impõem tanto à burocracia como ao corpo político

²³⁰ Marinoni, ob. cit., pp. 409/410.

²³¹ Jean Louis Bergel. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 445.

diretivo do governo. Quanto menos institucionalizada uma democracia, menos regrada é a convivência entre os interesses distintos e maior o nível de disputa entre eles.

A processualidade representa a ordenação jurídica das relações do Estado com a sociedade, orientada para a aplicação do contraditório, de modo que as decisões relevantes sejam sempre mediadas pelo diálogo social, com algum grau de formalização. O exercício do contraditório demanda formas específicas de coordenação, articulação, mediação ou arbitramento dos interesses em conflito, a fim não apenas de obter uma decisão, “resultado útil” do processo, mas minimizar os efeitos da frustração dos portadores dos interesses não contemplados. Esses mecanismos são definidos, em regra, pelo direito.

Nesse sentido, o estudo da noção de interesses — interesse coletivo, interesse público, grupos de interesses — bem como a identificação da burocracia como grupo organizado, portador de interesses específicos, pela ciência política, permitiu compreender parte da dinâmica interna do processo. Interesses polarizados são aqueles em que há explicitação dos termos do contraditório, compreensível do ponto de vista exterior aos contendores. A etimologia da palavra *interesse*, do latim, *quod inter est*, “aquilo que está entre”, remete ao sentido de relação.

Fora do âmbito do Estado, a convergência de interesses é geralmente pequena, salvo em momentos muito excepcionais da vida de um país, como ocorre, por exemplo, nas situações de recuperação pós-autoritária ou pós-guerra, em que o esforço de reconstrução proporciona um grau maior de coesão na sociedade. Fora dessas circunstâncias e a depender da área e da política, o que existe é a fragmentação de grupos e interesses, como por exemplo, os prestadores de serviços concedidos ou empresários e detentores dos meios de produção, os consumidores, os beneficiários de políticas sociais.

Assim como na ciência política, em parte por influência de trabalhos nesse campo na segunda metade do séc. XX,²³² no direito também pela sua evolução

²³² Como *A Lógica da Ação Coletiva*, de Mancur Olson, que examina o papel dos grupos de interesses nos processos políticos, entre outros.

teórica própria, que vinha desenvolvendo essa categoria desde o movimento da chamada “jurisprudência dos interesses” na Alemanha do séc. XIX,²³³ a categoria interesse passa a ser utilizada como figura legal, a suportar a ampliação da tutela jurídica e judicial de valores sociais.²³⁴

Numa “pragmática jurídica das políticas públicas”,²³⁵ o desafio seria definir, nos diversos processos de que o Estado participa, regras de apresentação de postulações e interesses, de um lado, e as respostas correspondentes de outro, no sentido da rejeição ou acolhimento parcial da postulação. Os padrões de regras devem referir-se à articulação, isto é, formas de composição parcial ou integral de interesses e procedimentos, ou ao arbitramento, em sentido político, em que uma terceira autoridade ou ente decide em favor de uma ou outra posição.²³⁶

Outra alternativa possível é o adiamento da decisão, abrindo-se nova rodada de diálogo, até a decisão, com a definição dos contornos da política. Devem-se considerar os vários centros de competência, seja no mesmo plano jurídico-territorial, seja em planos distintos, bem como pólos de poder jurídico estranhos à esfera governamental e além disso, os mecanismos de participação dos cidadãos nas decisões administrativas, sejam medidas de interesse geral, seja em casos concretos.

A estruturação do contraditório, como núcleo de sentido do processo, por meio do procedimento, assegura que a autoridade pública atue com base na legitimação democrática. Essa estruturação passa pela fixação, como primeiro exercício da autoridade, dos termos de processamento do conflito. Cumpre compreender quais os interesses em disputa, quem são seus portadores e como

²³³ Campilongo, ob. cit., pp. 147-151, e Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª. edição, Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1983.

²³⁴ São exemplos disso, na legislação brasileira, a explicitação dos interesses no Código de Defesa do Consumidor, art. 81, e na Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784, de 1999, art. 9º.

²³⁵ Parafrazeando, ainda que sem o sentido linguístico preciso, a “pragmática da comunicação normativa” de Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Teoria da Norma Jurídica*, cit.

²³⁶ A sistematização da relação entre os interesses seria uma via a explorar, no campo da pesquisa, podendo-se cogitar, a partir da estruturação de Carnelutti, ob. cit. p. 92, do agrupamento dos interesses em pares: a) segundo a complementariedade- interesses em solidariedade (conceito funcional, agregação) ou em conflito (desagregação); b) segundo a utilidade- finais ou instrumentais; c) segundo a satisfação temporal- mediatos ou imediatos; d) segundo a titularidade- comuns/coletivos ou singulares/individuais.

se organizam. A partir daí deve ser feita a tradução desse agregado para o procedimento jurídico, definindo-se quem são as partes no processo. Um segundo aspecto é a definição do objeto do processo, que também requer a tradução dos componentes políticos nos contornos jurídicos da decisão que se espera ao final do processo. Finalmente, deverão ser explicitados os pressupostos do processo, isto é, as condições em que se deve dar o exercício do contraditório, de tal forma que a decisão final resulte válida, do ponto de vista do esgotamento das possibilidades dialógicas proporcionadas pelo modelo. Exemplo desse ponto é a fixação (até certo ponto arbitrária) do número de “rodadas” de prova e contra-prova, e do prazo, como condição para obtenção da decisão.

A noção de participação deve ser entendida “com um grão de sal”. Considerando que há uma assimetria de informação e de posições dos vários interesses envolvidos, muitas vezes o desafio institucional reside em definir procedimentos que tornem o processo de decisão permeável aos interesses sociais dispersos, não necessariamente por meio da participação direta. As formas representativas podem eventualmente ser mais fiéis à presença da multiplicidade de interesses no cenário decisório do que a participação direta, que, do ponto de vista prático, na sociedade em geral, é seletiva, em virtude da assimetria de meios de participação (recursos para deslocamento, presença em reuniões, contratação de especialistas para elaborar aspectos técnicos dos processos e assim por diante). É possível conceber procedimentos estatais de compensação das assimetrias — é o caso, por exemplo, de apoio à participação de entidades de defesa do consumidor em agências reguladoras — mas isso não significa que eles devam, necessariamente, ser generalizados.

Além disso, a participação deve ser compreendida em dois sentidos de direção, do ambiente circundante para o Estado e do Estado para o ambiente. A criação de procedimentos de consultas e audiências públicas, nas quais se colhem proposições, postulações, e críticas a medidas governamentais em construção está em franco desenvolvimento, com a ampliação e qualificação crescentes dessas formas de procedimentos participativos.

A criação de condições de participação nas questões públicas deve dar-se sob a forma de informação. A informação organizada é a base para a prestação de contas das autoridades ou gestores públicos à sociedade, a chamada responsividade ou *accountability*. A informação é, por certo, mais abrangente que a responsividade, alcançando, quando se pensa em transparência pública, dados e elementos que não necessariamente se inserem num diálogo estruturado. Trata-se de informações que “não foram objeto de perguntas”, mas que, ainda assim, em função de um princípio geral, não devem permanecer sob reserva, mas estar disponíveis para conhecimento do público, habilitando-se para diálogos em potência e não apenas em ato.

A passagem do dissenso social para alguma forma de contraditório juridicamente disciplinado requer o estabelecimento da representação do conflito em termos de seus parâmetros processuais, as partes, o objeto e os pressupostos, isto é, do quadro de ação, definido com base no direito, no qual se desenvolverá o processamento da tensão social. Em primeiro lugar, é preciso definir os legitimados no processo, aqueles que poderão expressar os termos do conflito. Em segundo lugar, distribuir os ônus de demonstrar as razões de sua posição e definir de que forma isso será feito, para um dos lados e, reciprocamente, para o lado oposto. Finalmente, a fixação da competência decisória, se direta do Estado ou por alguma forma de delegação deste.

Os pressupostos do exercício do contraditório definirão em que condições e limites ele é admissível. Algumas circunstâncias permitem refutá-lo de início, como é o caso das decisões baseadas em critérios de mérito e não puramente argumentativas. Não obstante, até mesmo esse parâmetro poderá ser fixado de maneira a ser exposto a contraditório, isto é, ao crivo da crítica que definirá se o mérito é o critério mais apropriado para aquela decisão ou não.

Trata-se de pactuar, socialmente, a escolha de temas para a agenda governamental, primeiro passo do ciclo de formação de uma política pública, fixando-se, em seguida, as condições em que se dará o debate público para a sua formação e implementação, definindo-se também os interlocutores desse debate.

Colocando-se como objeção o fato de que as relações sociais são de certa maneira “viciadas” e as condições de diálogo regrado são limitadas de início,

lograr o estabelecimento do contraditório real, para além da reprodução irracional dessas condicionantes, é o primeiro desafio.

e. O tempo como variável do processo de decisão.

A definição de processo e processualidade traz imanente a dimensão temporal. Embora não se trate de aspecto cuja apreciação seja consagrada pelo direito ou pela processualidade em sentido amplo, cuida-se de um componente importante das estratégias decisórias, cabendo considerá-lo em destaque na análise dos processos governamentais. A relevância do elemento *tempo* como insumo dos processos decisórios é quase comparável à dos elementos econômicos ou institucionais.

O sentido comum do termo *processo* está geralmente associado à evolução da ação ao longo do tempo. “1. ação continuada, realização contínua e prolongada de alguma atividade; seguimento, curso, decurso; 2. sequência contínua de fatos ou operações que apresentam certa unidade ou que se reproduzem com certa regularidade; andamento, desenvolvimento, marcha; 3. modo de fazer alguma coisa; método, maneira, procedimento. [...]”²³⁷

Processo é o desenrolar da ação por meio de uma sucessão encadeada de atos, cuja produção tem por fim a decisão. Mas assim como em relação aos atores que movem as engrenagens das políticas públicas, quanto ao tempo há vários focos a considerar. Existe o tempo interno ao processo, isto é, o fluxo de prazo que decorre na passagem de um elo da cadeia de atos para o seguinte. Mas o tempo, nesse sentido (como, aliás, na vida) não significa o transcurso de dias ou semanas, mas as mudanças de estado associadas à ocorrência de determinados fatos. Os cortes temporais na história são fixados em virtude de eventos de especial relevância para uma determinada comunidade.

O tempo, em políticas públicas, é fator de diferimento da ação, sempre em balanço com fatores correlacionados. Ilustrando, uma ação pode ter alto custo, se proposta num prazo curto, mas custo aceitável se estipulado o dobro do prazo. Exemplo disso são as políticas previdenciárias, que devido ao longo tempo de

²³⁷ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

percepção de seus efeitos raramente exibem todo o seu custo no momento de apresentação.

Outro impacto do tempo é o que relaciona o tempo político com o funcionamento das instituições. O calendário eleitoral, em qualquer país, mas especialmente nas democracias menos maduras, tem grande influência sobre a definição de políticas e o ciclo de formação dessas. O tempo político-governamental em geral é mais exíguo que o tempo necessário para o desenvolvimento da ação em bases institucionais de caráter permanente²³⁸. O impulso governamental de inovação dificilmente se concilia com os tempos necessários para a estabilização de procedimentos formalizados.

Além disso, o tempo é uma variável que pode ser manipulada na distribuição do ônus decisório. Essa dinâmica permite minimizar os custos de decisão pelo efeito do retardamento ou, de outro lado, obter uma transformação significativa a partir de iniciativas de pequena envergadura.²³⁹

Uma dimensão essencial nas políticas públicas, que é a da coordenação, tanto de comportamentos, como de expectativas, também se apresenta em relação ao tempo. Como esquema cognitivo, as políticas públicas, idealmente consideradas, devem permitir a compreensão dos mecanismos de coordenação da ação governamental no tempo, isto é, o entendimento de como cada elo da cadeia de atos que integra o processo pode levar ao seguinte, considerado o feixe de reações dos diversos elementos envolvidos. A coordenação da ação no tempo passa a ser uma dimensão conscientemente trabalhada, que levará, por exemplo, a superar as descontinuidades involuntárias das políticas, que sacrificam recursos e frustram expectativas, e o amadurecimento de ações que necessitam de tempo para gerar frutos.

²³⁸ O tempo político influi sobre modo de ver certas políticas como “de Estado” ou “de governo”, cf. item 3.2.a, abaixo.

²³⁹ Charles Lindblom. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. E Muddling through 2: a ubiquidade da decisão incremental. In *Políticas Públicas. Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. Francisco G. Heidemann e José Francisco Salm (orgs.). 2a. ed., Brasília: Ed. UnB, 2010, pp. 161-180 e 181-202, respectivamente. O incrementalismo de Lindblom trabalhou a variável tempo, no sentido de admitir o progresso inerente ao processo político, minimizando os ônus decisórios, com base na melhoria espontânea dos processos a partir de alguns impulsos governamentais.

2.2. Os vários processos, juridicamente disciplinados, que concretizam a ação governamental.

A criação de uma técnica profícua de implicação mútua entre políticas públicas e processos depende de sistematização dos mecanismos jurídicos relevantes de participação e de exercício do contraditório em sentido amplo, nas atividades estatais estruturantes, que tradicionalmente não são abordadas sob a ótica processual. A proposta é aplicar a noção de relação processual como esquema analítico aos diversos processos conduzidos pelo Poder Público que levam à formação das políticas públicas. Propõe-se um “painel de análise jurídica processual”, com a consideração de vários “processos estatais” pertinentes;²⁴⁰ o *processo administrativo*, porque é a matriz de organização do processo decisório no âmbito da Administração Pública, corpo executivo do governo; o *processo legislativo*, dado o interesse no exercício da iniciativa governamental sobre a elaboração das leis, e o *processo judicial*, porque o Poder Judiciário é o foro último de decisão sobre conflitos relacionados à implementação dos direitos objeto das políticas públicas. Analisam-se também os processos de alocação de meios para as políticas públicas, destacadamente o *processo orçamentário* e suas correlações com o *processo de planejamento*, que orienta comportamentos futuros do Poder Público e dos agentes privados. Todos esses processos têm em comum resultarem numa decisão estatal, embora sigam cada qual suas próprias normas. Trata-se de linhas de atuação relativamente definidas e autônomas, de acordo com sua conformação jurídica.

O *processo eleitoral*, nesse contexto, tem um sentido peculiar, porque embora organizado pelo corpo estatal da jurisdição eleitoral, se estrutura para colher a mais importante decisão do povo, a eleição de seus representantes e dos dirigentes políticos do país e das unidades federativas. O impacto do processo eleitoral sobre a composição e o ritmo de implementação das políticas públicas, diretamente afetado pelo calendário e pelas regras eleitorais, faz pertinente abordá-lo neste painel.

²⁴⁰ Maria Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., grifei.

O objetivo não é discorrer extensamente sobre cada tipo de processo, mas de modo sumário, apontar o encadeamento de atos que realça o aspecto processual de cada um, no sentido jurídico, localizando como se dá o contraditório e se organizam os pressupostos da relação processual aplicada. Importa explorar os pontos de conexão com outros processos juridicamente disciplinados, realçando o papel do governo e os demais atores em cada um deles.

A concepção do processo em sentido amplo aplicada a esse contexto é relevante para o seguinte: a) trabalhar atividades tradicionais pela ótica do processo, isto é, segundo o encadeamento sucessivo de atos numa ordem determinada e com o crivo do contraditório, considerado o ambiente circundante de dissenso ou disputa de interesses; b) aplicar o esquema cognitivo do processo e do procedimento judiciais, para compreender os demais processos, dos quais resulta alguma espécie de decisão governamental, aproveitando as noções que informam e fundamentam a obtenção e aplicação da decisão de tipo jurisdicional, em especial a de relação jurídica, consideradas as partes, os pressupostos e o objeto do processo; c) identificar, de maneira particular, as diversas posições ou situações, a partir da noção de relação jurídica, com destaque para o papel do Estado, e, em contraposição, para a compreensão dos papéis dos demais sujeitos envolvidos; d) considerando que nos processos governamentais não está, em geral, suficientemente caracterizada a dinâmica jurídico-processual, vislumbrar as possibilidades de aperfeiçoamento procedimental, no sentido da abertura das decisões a formas de acompanhamento e participação da sociedade.

A análise que se passa a fazer procura identificar em cada passo do processo jurídico — formal e institucionalizado — injunções ou aspectos de interesse político, nem sempre visíveis ou formalizados. A proposta é explicitar e sistematizar os elementos e peculiaridades jurídicas dos diversos processos, de modo a melhorar a compreensão da interação com outras áreas, como a política, a economia e a gestão pública, entre outras, indicando aspectos explicativos de possíveis disfuncionalidades jurídicas ou extra-jurídicas daquele processo. A valoração subjacente a essa apreciação, no sentido do potencial democrático e inclusivo de determinada política ou outros aspectos axiológicos, será

considerada, quando pertinente. Evidentemente, todos esses tópicos (como de resto qualquer disposição normativa) são permeados por razões e fundamentos de ordem político-institucional. Não obstante, alguns deles consistem nos “nós” principais de entrelaçamento entre a política e o direito e por essa razão serão analisados mais detidamente.

Na descrição e análise jurídica dos processos, a legislação e a jurisprudência pertinentes serão referidas apenas quando indispensável para ilustrar a materialidade das políticas. Deve-se considerar que se trata dos referenciais objetivos, acessíveis e disponíveis à apreciação de pesquisadores de diversas formações. O costume, embora seja objeto de restrições quanto à sua aceitação como fonte do direito público — devido a uma leitura excessivamente estrita do princípio da legalidade²⁴¹ — compõe a “cultura de fundo” em que as normas incidem. Não obstante, em geral está associado ao plano da política, como “cultura política”, e não reconhecido como elemento que integra o plano do direito.

O ponto de vista que inspira a abordagem é o do Poder Público, prospectivo, isto é, voltado ao desenho de como deve ser ordenado o processo governamental, num cenário de institucionalização ideal, considerando a ação governamental como motor de inovação institucional. De um lado, a análise teórica, que permita compreender a ação do governo, a partir de um modelo de articulação de diversos vetores presentes, em especial o jurídico, o político e o econômico, embora se pudessem citar os aspectos histórico, geográfico etc. De outro lado, e complementarmente, a categoria deve fazer sentido na perspectiva do gestor público, que formula a política pública, a partir da ação governamental institucionalizada.

Considerando que os processos são instrumentos, por excelência, de atuação do governo sobre a máquina burocrática, o domínio técnico de suas injunções confere vantagem a quem o detém. O exercício do contraditório hábil a produzir efeitos, seja desconstituindo a decisão ou modificando-a, mesmo quando decorra de ajustes políticos externos, se dá formalmente no âmbito do

²⁴¹ Esse tema foi abordado em meu *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., cap. 4, item. 3.

processo, mediante provocação oficial e formalização da parte interessada. Convém ao processo político, portanto, ter sob visão o alcance do processo e a condição de apreciar os arranjos institucionais em formação ou execução, sob o prisma de sua funcionalidade institucional, isto é, aptidão à produção dos efeitos enunciados.

Enfatiza-se a perspectiva deôntica, do *dever ser*, mais que o *ser* da atuação do Estado e do governo, visão prospectiva, com referência a um tipo ideal. A noção de ação governamental que interessa explorar é aquela capaz de orientar as condutas no interior do Estado e fora dele, no sentido de produzir um quadro de ação sustentável no tempo, hábil, portanto, a realizar de fato (e não apenas no plano da retórica, no sentido vulgar) os resultados enunciados na política, buscando-se a qualidade e clareza da composição do arranjo institucional, com repercussão sobre as dimensões ética e técnica. Trata-se do reverso dos propalados “choques de gestão”, considerando o aspecto da sustentabilidade político-jurídica de determinada linha de ação. Assim, “soluções políticas”, “vãos de galinha” e iniciativas sem condição de continuidade não se enquadram na noção de ação governamental aqui proposta, até porque em geral podem ser descritas e compreendidas nos marcos da teoria política e do direito público já estabelecidos.

a. Processo administrativo e seus contextos institucionais.

A noção de processo em direito administrativo tradicionalmente ocorria no contexto da aplicação de sanções aos funcionários públicos, submetidos ao regime jurídico típico da função pública, no âmbito do processo administrativo disciplinar. Esse escopo se amplia com a adoção de uma legislação sobre processo administrativo, no mesmo sentido do que ocorreu em diversos países.²⁴²

²⁴² No Brasil, com a edição da Lei nº 9.784, de 1999, a Lei do Processo Administrativo. EUA, *Administrative Procedure Act*, 1946; Portugal, Código do Procedimento Administrativo, Decreto-lei nº 442, 1991; Espanha, Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, Lei nº 30, 1992; o direito administrativo europeu, formulações do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, TJCE, entre outras.

As diretrizes e regras gerais estabelecidas para o chamado processo administrativo aplicam-se à generalidade dos processos regidos pelo direito público, inclusive aqueles no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário estranhos a suas funções típicas. O processo administrativo passa a fornecer referências para a atuação pública, de maneira geral. Os modos e condições da atuação administrativa deixam de ser tematizados apenas pela política, passando a ser objeto de disciplina jurídica, segundo padrões, formas e linguagens, de ação e de controle, próprios do direito. O que não significa a “colonização” da política ou do governo pelo direito, mas o reconhecimento de que as democracias maduras assumem um grau de institucionalização que reduz ainda mais os espaços intra-estatais livres de regulação jurídica.

Vistas por alguns como legislação específica sobre o aspecto procedimental da administração (o processo administrativo seria um capítulo, ao lado dos atos e dos contratos administrativos), as legislações processuais, editadas ao influxo de novos papéis para o Estado, contêm diretrizes gerais e princípios orientadores da atividade administrativa globalmente considerada. Não se trata de mais uma particularidade, mas, ao contrário, de disciplina geral de organização da Administração Pública. Assim como no Brasil, as legislações de processo administrativo de caráter geral foram tardias, posteriores à disciplina de processos específicos de compras governamentais, de orçamento e da função pública (servidores e funcionários públicos).

Os objetivos de uma legislação de processo administrativo podem ser sintetizados nos seguintes: a) disciplinar o funcionamento da Administração Pública, visando racionalidade e reduzindo ou eliminando a burocratização; b) atuar na formação da vontade da Administração Pública, para decisões justas, legais, úteis e oportunas; c) informação dos interessados e participação nas decisões; d) transparência das decisões e respeito aos direitos.²⁴³

O direito brasileiro está afinado com essa tendência de ampliação do sentido do processo administrativo, cujo núcleo é sumariado nos seguintes elementos: a) expressão de um “vir a ser” do fenômeno administrativo; caráter

²⁴³ Diogo Freitas do Amaral e outros. *Código de Procedimento Administrativo Anotado*. Coimbra: Almedina, 2005.

dinâmico, típico de situações em evolução; b) sucessão de atos no tempo; encadeamento em que a legitimação para a produção do ato subsequente é definida pelo direito, em termos de deveres e ônus; c) caráter juridicamente necessário e obrigatório do encadeamento de atos; d) instrumentalidade do processo em relação ao ato ou decisão; e) vinculação teleológica dos atos da série ao ato ou decisão final, observando-se as garantias e condições jurídicas para a produção dos atos intermediários; f) ato ou decisão final como resultante da cooperação de várias pessoas; g) conexão dos sujeitos ao esquema processual por direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades, ou seja, um conjunto de posições jurídicas ativas e passivas de cada um.²⁴⁴ Nesse sentido, baseia-se na formulação de Fazzallari, já referida, do processo como procedimento em contraditório.

A assunção dessas premissas, tanto teóricas quanto político-institucionais, resultou na adoção de uma legislação federal geral de processo administrativo,²⁴⁵ cuja estrutura contempla os temas dos princípios gerais e seus critérios de aplicação, conceito de interessados, o dever de motivar, as audiências e consultas públicas, entre outros.²⁴⁶ Os balanços sobre os efeitos da lei em geral reconhecem o seu sentido racionalizador, benéfico e modernizador da Administração Pública brasileira.²⁴⁷

É verdade que a norma estruturadora da Administração Pública brasileira segue sendo o Decreto-lei 200, de 1967, já referida, legislação de inspiração weberiana, que aparta os níveis de direção política e execução, baseada em

²⁴⁴ Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 192 e ss. A autora foi uma das pioneiras a tratar da processualidade administrativa no Brasil, muito antes das iniciativas de positivação da matéria.

²⁴⁵ A lei federal nº 9.784, de 1999, contemporânea à adoção de leis de processo administrativo em vários estados, sem prejuízo da existência de normas específicas, cujo caráter processual poderia ser apontado, como é o caso das modalidades de licitações, procedimentos regrados de compras governamentais, sujeitos ao contraditório dos concorrentes e do público em geral, nos termos da legislação própria.

²⁴⁶ A lei do processo administrativo do Estado de São Paulo, Lei 10.177, de 1998, especificou o que chamou de “procedimentos em espécie”, arrolando seis tipos de procedimentos, conforme a decisão objetivada: i) de outorga; ii) de invalidação; iii) sancionatório; iv) de reparação de danos; v) para obtenção de certidão; vi) para obtenção de informações pessoais.

²⁴⁷ Carlos Ari Sundfeld, “O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil”; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “A lei de processo administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação” ambos em *Processo Administrativo. Temas Polêmicos da Lei no.9.784/99* (Irene Patrícia Nohara e Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, orgs.) São Paulo: Editora Atlas, 2011.

teorias administrativas clássicas, como a de Fayol, que classifica as funções administrativas em planejamento, organização, execução, coordenação e controle,²⁴⁸ noções consolidadas em diversas experiências governamentais pelo mundo.

Portanto, no caso brasileiro, considerando a reforma administrativa pela qual o país está a esperar,²⁴⁹ é pouco razoável supor a construção de um marco jurídico inteiramente novo. O mais plausível será uma nova sistematização de regras e conceitos existentes (ainda que talvez não inteiramente incorporados às práticas correntes), enfrentando-se questões fundamentais do direito público, principalmente os dilemas da inefetividade crônica e da falta de sustentabilidade jurídica das iniciativas governamentais, que se reflete na também reiterada descontinuidade de políticas e programas. Essa consideração é importante, em vista de um senso comum no meio jurídico brasileiro, segundo o qual o problema da aplicação do direito na área pública não estaria propriamente “no direito”, mas “nos políticos”, que desconheciam as regras ou, conhecendo-as, as ignorariam ou afrontariam, em nome de objetivos menores. Em que pese o substrato de verdade dessa afirmativa, o fato é que o problema jurídico da Administração Pública, em alguns níveis e casos, define-se melhor como um problema jurídico-institucional, isto é, aquele em que as instituições, na relação dinâmica entre a política e o direito, conformam-se reciprocamente. Em outras palavras, a redefinição dessa dinâmica depende também do direito, não podendo ser solucionada exclusivamente com a mudança de comportamento político por um ato de vontade; é preciso que a cadeia de incentivos para os comportamentos de desconsideração das normas seja modificada.

²⁴⁸ Maria Coeli Simões Pires. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In *Nova Organização Administrativa Brasileira. Estudos sobre a Proposta da Comissão de Especialistas Constituída pelo Governo Federal para Reforma da Organização Administrativa Brasileira*. Paulo Modesto (coord.). Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

²⁴⁹ Cabe destacar o esforço de sistematização da organização da administração pública, em iniciativa de redefinição de seu parâmetro geral no Anteprojeto de lei de organização administrativa elaborado por Comissão de Juristas, conforme texto, relato e análise em Paulo Modesto (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira. Estudos sobre a Proposta da Comissão de Especialistas Constituída pelo Governo Federal para Reforma da Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

Em qualquer cenário de reforma administrativa que venha a se desenhar deve-se ampliar a coerência entre competências, fluxos e procedimentos de instrução e decisão, para que o tema do controle seja tratado com equilíbrio, sem que a tônica da supervisão sobre o ilícito produza excessos que inibam a prática das atividades finalistas. A ótica do controle deve evoluir, não apenas sob o aspecto da titularidade, isto é controle administrativo, judicial ou social, mas principalmente pelo prisma do tempo — prévio, concomitante ou posterior — implementando-se a “processualização” do controle, de maneira que esse perdure, com inteligência, ao longo do tempo, passando a integrar a cultura administrativa democrática.

Ao privilegiar a ação governamental como centro da análise da dimensão micro-institucional do governo, deve ganhar relevo a figura da autoridade²⁵⁰ ou gestor público. Isso evitará incidir num equívoco comum de análises políticas que conferem excessivo peso às estruturas organizacionais do governo, o que tem ocorrido com frequência também nos debates sobre direito público. Em democracias pouco maduras, como a brasileira, as formas de organização (autarquias, agências, organizações sociais etc.) não dizem muito sobre a funcionalidade das políticas a elas incumbidas. Com frequência, o processo de formação e transformação dos órgãos na Administração Pública é apenas reativo, refletindo necessidades de acomodação política, em prejuízo da racionalidade decisória. Mas há políticas bem e mal sucedidas sob determinada forma organizacional, assim como há formas que podem suportar bem as políticas, sob determinadas circunstâncias, e mal, sob condições diversas.

Evidentemente, há implicações jurídicas e políticas relevantes em relação às formas organizacionais e sua adequada submissão ao regime jurídico da impessoalidade e todo o conjunto de disposições que se aplicam à Administração Pública. Entretanto, a mitificação das formas organizacionais se expõe quando essas formas ficam incompletas (e isso faz parte da tradição administrativa brasileira), não passando de retórica o discurso da inovação institucional. O verdadeiro diferencial das formas organizacionais depende do elemento

²⁵⁰ Ver item 3.3.f, abaixo.

humano, tanto na Administração Pública quanto no governo. O silêncio sobre o seu lugar no funcionamento institucional geralmente indica uma forma organizacional vazia ou sem capacidade real de atuação.

A perspectiva da ação governamental focada na história institucional que culmina na decisão acentua o papel das pessoas, agentes públicos que se incumbem das tarefas governamentais, e suas contrapartes no âmbito externo à esfera de governo. As estruturas organizacionais, assim como os arranjos institucionais, são apenas as formas exteriores à ação governamental, nas quais ou com base nas quais ela ocorre.

Na Administração Pública brasileira ainda não está plenamente estabelecido o domínio da disciplina processual; para inúmeros gestores públicos e servidores a existência de uma legislação geral de processo administrativo é desconhecida. Também não está suficiente e generalizadamente implantada a prática de organização racional dos processos. Não é incomum a confusão de atividades de instrução, decisão e recurso, o que dificulta, especialmente no caso das decisões denegatórias, distinguir motivos ou identificar precisamente vícios do processo decisório a sanar. As medidas jurídicas aqui referidas não dispensam a adoção de políticas conhecidas de aprimoramento do serviço público, por meio da profissionalização da força de trabalho, valorização do desempenho e outras formas de racionalização da gestão pública.

Para o desenvolvimento das políticas públicas, são fundamentais os mecanismos de coordenação, que ainda funcionam entre nós de maneira isolada, sem caráter sistemático, como ocorre no caso da arbitragem de conflitos entre entes públicos por ente ou órgão governamental definido na legislação²⁵¹ ou dos foros de participação comum, extra ou “para” governamentais, consultivos ou deliberativos. Esses foros têm caráter jurídico peculiar, visto tratar-se de associações civis, como é o caso de alguns conselhos de secretários estaduais, a

²⁵¹ AGU, MP 2180-35/01; “Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União./Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.”

exemplo do Conselho de Secretários Estaduais de Educação (Consed), que tem papel ativo na articulação de políticas educacionais (como o Fundeb),²⁵² e o Conselho de Secretários Estaduais de Administração (Consad), que, entre outros temas, debate o processo de compras governamentais, tendo apresentado anteprojeto de alteração da lei de licitações.

As iniciativas de coordenação têm destaque em alguns ordenamentos, como é o caso da legislação italiana de processo administrativo, de 1990, alterada em 2005, que visa criar um novo regime de transparência, com ampliação do acesso aos documentos administrativos, novas relações entre direito público e direito privado (instrumentos negociais e instrumentos baseados na autoridade, disciplina geral dos acordos com a administração), novas regras sobre instrução e participação, além de outros temas atinentes a questões especificamente jurídicas, tais como a invalidade do ato administrativo e a executoriedade do provimento administrativo.²⁵³ Importante aspecto dessa legislação, que praticamente não mereceu comentários entre nós, foi a consagração do direito comum como direito ordinário da Administração Pública, superando-se a construção de um direito administrativo especial por princípio, derogatório do direito comum.²⁵⁴

Merece destaque a nova figura de coordenação intra-governamental, a “reunião de serviços” (*conferenza di servizi*),²⁵⁵ cujo objetivo é a simplificação da área administrativa, disciplinando o dissenso na Administração Pública, por meio da reunião de serviços públicos em sentido estrito, de acordos entre administrações públicas e de atividade consultiva, e com isso conferindo previsibilidade à arbitragem de decisões.²⁵⁶ Esse mecanismo visa a composição

²⁵² Essa questão foi examinada mais detidamente em trabalho escrito por mim em parceria com Marisa Alves Vilarino. A ordenação federativa da educação brasileira e seu impacto sobre a formação e controle das políticas públicas educacionais, in *Justiça pela Qualidade da Educação*. São Paulo: Saraiva (no prelo).

²⁵³ Carmelo Giurdanella. *Guida alla Riforma del Procedimento Amministrativo. La Novela alla L. 241/1990 Introdotta dalla L. 11 Febbraio 2005, n. 15*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2005.

²⁵⁴ Art. 1-bis da Lei n° 241, de 1990, introduzido pela Lei n° 15, de 2005: “La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.” Conforme apêndice legislativo in Giurdanella, ob. cit., p 133.

²⁵⁵ Cassese. *A Crise do Estado*, cit., pp. 92-97.

²⁵⁶ Arts. 14 a 16 da lei italiana.

de pluralidade de interesses públicos envolvidos em procedimentos complexos (ex. tutela ambiental, paisagístico-territorial, de saúde pública etc.), por meio da reunião transversal de procedimentos conexos, visando proporcionar celeridade e concentração decisória. Trata-se de instrumento facultativo, de caráter instrutório ou decisório, neste último caso visando decisões “poliestruturadas”. Tem cabimento nas situações em que o ato depende da manifestação de outros órgãos da Administração Pública e não a obtém, expressamente, por dissenso, ou tacitamente, por omissão, no silêncio por mais de trinta dias.

Do ponto de vista procedimental e processual, os aspectos mais relevantes da conferência de serviços decorrem de ser um “modo para tornar colegial como norma o agir administrativo e, portanto, compensar o policentrismo organizacional com a unidade da decisão”.²⁵⁷ Nesse sentido, o critério de decisão por unanimidade — alternativo aos critérios de decisão por maioria ou as “posições prevalentes”,²⁵⁸ embora mais difícil de executar, é mais adequado à concepção de um espaço de negociações, no qual a decisão resulte de concessões recíprocas.²⁵⁹

A relação jurídica administrativa. Decisão e distribuição dos ônus decisórios.

A questão relevante para as políticas públicas em relação ao processo administrativo reside em saber como se dá, em relação aos problemas específicos, o exercício do contraditório e em que termos, com base em quais pressupostos. A aplicação do modelo cognitivo do processo judicial ao processo administrativo, nesse sentido, permanece válida, se considerarmos que o funcionamento regrado da jurisdição já venceu, naquele âmbito, as questões que se colocam como problemas novos para o âmbito administrativo. O que há de novo é um certo “alargamento de objeto”, uma vez que no contexto judicial as relações são, por definição, jurídicas. No contexto do processo administrativo, há

²⁵⁷ Cassese, ob. cit., p. 96.

²⁵⁸ Giurdanella, ob. cit.

²⁵⁹ Cassese, ob. cit.. O autor é crítico sobre o modo de aplicação do instituto da conferência de serviços às grandes obras, em particular as ferroviárias, objeto de seu comentário, em que o processo decisório foi bastante tumultuado em razão de alterações sucessivas nas regras da própria conferência.

relações políticas ou, mais amplamente “governamentais”, que precisam ser “traduzidas” para a linguagem e os conceitos do direito, para depois serem processadas segundo procedimentos juridicamente definidos.

Do ponto de vista teórico, há uma inflexão importante na superação da perspectiva do ato, isoladamente, para a consideração de conjuntos de atos ou ações encadeadas, sob a noção de relação jurídica administrativa.²⁶⁰

O processo decisório tem particularidades, segundo as diferentes funções desempenhadas pelo Poder Público, de acordo com instrumento precipuamente aplicado, se a “coerção pedagógica” ou outros meios, distinguindo-se usualmente as seguintes funções: a) ordenadora, que deriva do clássico poder de polícia, com uso da autoridade pública; b) prestacional, que implica a prestação de serviço público, direta pelo Poder Público, ou delegada a particulares mediante ato administrativo (autorização), ou contrato (concessão ou permissão); c) de fomento (intervenção por indução), que implica estímulo oficial, geralmente financeiro, na forma de recebimento direto de recursos ou renúncia fiscal; d) de regulação (intervenção por direção) ou; e) de intervenção por participação direta (empresa pública ou outras formas de participação empresarial).

A organização administrativa tem como fim último e fundamento a decisão. Em função dela, estabelecem-se (ou deveriam se estabelecer) as competências, de várias naturezas, tanto decisórias, propriamente, como instrutórias e assessórias, de maneira geral. Na decisão esperada repousa o nexo de sentido da ação governamental. A distribuição dos ônus do processo, tanto relativos à instrução como à decisão propriamente, processuais e materiais, deve se orientar nesse sentido. A afinidade e ajustamento, tanto político como técnico, da competência formalmente fixada com a capacidade daquele cargo ou órgão de proferir e executar a decisão, acompanhando seus efeitos ao longo do tempo, repercutirão sobre a sua sustentabilidade.

Considerando a importância do processo para a formação da vontade do Poder Público, nele deve se exercitar também um balanço dos riscos subjacentes

²⁶⁰ Luís S. Cabral de Moncada. *A Relação Jurídica Administrativa. Para um Novo Paradigma de Compreensão da Actividade, da Organização e do Contencioso Administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

à decisão, combinado com formas de participação adequadas. A avaliação do risco como categoria no processo decisório é pertinente, tendo em vista que o cenário decisório é caracterizado pela incerteza; as variáveis não são simples ou inteiramente controláveis pelo gestor público, o que é bem ilustrado pelas questões ambientais, de saúde coletiva, urbanísticas e outras, em que a noção de “risco” de certa maneira atualiza as circunstâncias nas quais a figura do “perigo” fundamentava o exercício do poder de polícia.

“Ambos exigem tomar decisões em situação de incerteza, mas enquanto os prognósticos relativos ao perigo podem se apoiar em experiências conhecidas de cadeias causais lineares, o conceito de risco faz referência a situações nas quais não se pode calcular a probabilidade de que se produza uma variante conhecida (incerteza em sentido amplo), ou naquelas em que nem sequer é predizível o curso dos acontecimentos ou suas consequências (incerteza em sentido estrito). [...] ‘O conceito de risco se converte desse modo em uma variável pluridimensional, na qual confluem a magnitude do perigo previsto, um fator de insegurança que está em função do grau de conhecimento sobre o cálculo do perigo e os possíveis custos de um prognóstico equivocado’.”²⁶¹

A despeito do cenário em mutação, o andamento do processo deve ser linear, sem marchas e contramarchas, de modo que os atos intermediários possam convergir para a decisão a ser produzida, seja mediante etapas sucessivas de instrução e decisão (procedimento, em sentido jurídico estrito) seja pela atuação de um “plexo instrutório-decisório” resultante do funcionamento de focos de competência diversos (ato complexo). A Administração Pública deve construir e gerir o processo, de modo consciente a respeito das informações a serem demandadas de quem com ela interage, de forma a não ser congestionada com dados ou elementos que não terá condições de utilizar. O processo deve auxiliar a administração e não o inverso.

Na fase de instrução decisória dá-se a chamada “formação da vontade” da Administração Pública, vontade objetiva, não mera volição. Devem restar claros os motivos da decisão, sua justificativa técnica, se for o caso, e seu vínculo ou subsunção com a regra de competência. Nesse aspecto reside o núcleo substantivo da decisão, o cerne, o conteúdo da ação governamental, e também o

²⁶¹ Eberhard Schmidt-Assmann. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p. 177.

que pode justificar que se atinja eventualmente a esfera de direitos dos cidadãos. Todas as decisões governamentais contêm um fundamento, confessável ou inconfessável, de interesse público ou privado, explícito ou não.

Os problemas de instrução e do contraditório reaparecem na fase de recurso, embora de maneira mais restrita. No processo judicial, cuja ordenação inspira, em regra, o processo administrativo, o escopo de apreciação do recurso é por definição mais limitado que o escopo da decisão originária, uma vez que não se admitem produção de provas nem alegações novas, salvo poucas exceções. O sentido técnico dessa limitação está ligado ao objetivo de reexame, inerente ao recurso; o objeto deste não é o direito postulado pela parte, mas a validade e a correção da decisão recorrida. Essa é a razão pela qual a competência recursal é exercida por autoridade distinta da que proferiu a decisão recorrida, em regra, instância colegiada. Contudo, numa cultura administrativa pouco institucionalizada, uma das brechas por onde se infiltram interesses menores usualmente associados à “política” é essa. A autoridade superior, cuja investidura tem maior vinculação ao âmbito da política, geralmente está mais exposta aos critérios políticos, os quais podem se colocar em tensão com os elementos de racionalidade técnica adotados originalmente, na decisão da instância inferior. Portanto, a incidência de mecanismos de transparência deve ser ainda mais presente.

A organização do trabalho governamental segundo regras de transparência e impessoalidade é uma garantia democrática, na medida em que traga à luz e viabilize a aplicação do contraditório. O exercício do contraditório, como hábito político e não apenas jurídico, gera legitimidade processual, a qual, por sua vez, repercute sobre a legitimidade substantiva do governante. Isso ocorre desde a organização da pauta governamental, o que requer do governo a percepção dos temas relevantes para a comunidade, ou daqueles que, ainda sem ter sido percebidos como tais, poderão modelar seu futuro ou influir positivamente sobre ele.

As consultas e audiências públicas são exemplos em que o contraditório pode ocorrer, de maneira oficial e explicitamente regrada, ainda que sem caráter obrigatório ou vinculante. Ainda assim, a prática demonstra que esses

mecanismos modificam o processo decisório, mas exigem requisitos específicos para reverterem concretamente em decisões melhores. Com as novas formas, surgem novos riscos, tais como as composições ocasionais, ou com protagonismo desbalanceado dos representantes de setores diretamente relacionados àquela política, que podem produzir cenários decisórios artificiais e decisões igualmente distantes daquilo que se poderia esperar do processo administrativo racional, transparente e democrático.

É o que torna enganosa e superficial a visão do processo como algo exclusivamente formal. O processo estruturado é um fator de racionalização da ação governamental, na medida em que cria condições para a produção e explicitação das razões substantivas da decisão, no sentido do interesse público.

A formulação da política, com a eleição das prioridades, indicação dos recursos, a definição do foco de beneficiários, bem como o seu horizonte temporal, são prerrogativas precípuas do governo, cuja legitimidade se funda no processo eleitoral. Há situações em que a legitimação geral do governo, conferida pelas eleições, embute um consenso capaz de fundamentar medidas adotadas unilateralmente, seja em razão do tempo, seja da eficácia de tais medidas. Essa legitimação pode ser confirmada ou renovada em oportunidades diversas, pela interação com a sociedade, o que ocorre, por exemplo, por meio da imprensa, quando o governante ou gestor público presta contas de suas decisões.

É verdade que aumenta o risco de sobrecarregar-se a administração com os ônus da legitimação, própria da política, para o qual advertia Luhmann.

“[...] quando os próprios processos políticos não conseguem suficiente apoio para a administração de forma que esta necessita de desempenhar por si mesma funções políticas e organizar, em cada caso, um público cooperante. Com isso se renuncia às vantagens da diferenciação funcional de política e administração. Em resumo: a administração burocrática, que está equipada com os meios financeiros necessários e conforme às competências e é sempre independente do consenso dos interessados, deveria ser mais eficaz, [...] Aquela complexidade maior e liberdade de decisão na administração perder-se-ia, se se quisesse retirar à administração a co-responsabilidade política pela adoção das suas decisões através do público. Na medida em que a política desempenha essa função, a

administração pode ser aliviada da própria conservação política com o consenso.”²⁶²

Cumprе ressalvar que a observação consta do texto escrito em 1969, antes, portanto, da edição da Lei federal de Processo Administrativo da Alemanha, de 1976,²⁶³ e do movimento de transparência e modernização das administrações públicas e dos serviços públicos que ocorreram nos países europeus, especialmente nos anos 1980 e 90, de onde se tornaram referência para reformas similares pelo mundo. Luhmann admitia a abertura da Administração à função legitimadora nas hipóteses “do debate oral das leis, do direito de audiência e da lei de fundamentação de decisões administrativas”, o que veio a ser generalizado nas legislações de processo administrativo.

Há um movimento no sentido da responsabilização administrativa, que se expressa nas diretrizes de *accountability*,²⁶⁴ eficácia, gestão por resultados e similares, representando uma perturbação na segmentação weberiana estrita entre direção e execução das políticas públicas. Quem executa passa também a ser demandado tanto pelos resultados como pelas medidas intermediárias que conduzem a eles ou não. Essa “responsabilização político-administrativa evidentemente não se confunde com o aparelhamento da máquina pública com base em critérios político-partidários, que representa o velho paradigma patrimonialista da gestão pessoal dos meios públicos, a politização no sentido vulgar, que as democracias maduras superaram há cerca de um século, mas que persiste nos sistemas mais atrasados.

²⁶² Luhmann, ob. cit., p. 169.

²⁶³ Hartmut Maurer. *Droit Administratif Allemand*. Paris: LGDJ, 1994.

²⁶⁴ A noção de *accountability* nada mais faz senão renovar uma diretriz tão antiga quanto o Estado de direito, que fora expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, arts. 13 a 15, mas especialmente na parte final do art. 14. Menos conhecidos que o famoso artigo 16, que dispunha que uma sociedade que não assegurasse a garantia dos direitos e não determinasse a separação de poderes não teria uma constituição (o que é bastante curioso, se considerarmos que a Declaração tinha alcance nacional, sem nenhuma investidura supranacional dos constituintes de então), esses dispositivos completam os contornos de um Estado em que a titularidade da soberania passa do rei à Nação, para passar, em seguida, ao povo. “Art. 13- Pour l’entretien de la force publique, et pour les dépenses d’administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés./Art. 14- Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, *d’en suivre l’emploi, et d’en déterminer la quotité, l’assiette, le recouvrement et la durée.*/Art. 15- *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.*” (grifei)

Por fim, a transparência administrativa será o grande fator de renovação da Administração Pública brasileira, inspirando muito mais do que a mera apresentação das informações solicitadas ao público. Numa era de intensificação das comunicações e de tecnificação da gestão pública,

Os indicadores estatísticos de gestão de políticas públicas são muito propícios à comunicação com os eleitores. A apuração da situação concreta de determinada prestação de serviço ou atendimento a direito, em função de indicadores estatísticos, isolados ou combinados com informações econômicas sobre custo total, com base nas quais se possa calcular custos unitários, de preferência comparáveis em séries históricas, é fator importante de racionalização administrativa, mas também de legitimação e amadurecimento democrático. O manuseio da informação pode ser um considerável instrumento de criação de poder na dinâmica governamental.

Entretanto, a informação quantificada também se presta à manipulação política, podendo produzir uma cortina de fumaça sobre fatores mais relevantes da ação governamental. É o caso de informações sobre o custo ou o alcance de determinadas políticas, apresentadas em números, que podem amparar todo tipo de discurso retórico, se não se dispõe de instrumental para a crítica qualitativa dos indicadores. Quando se fala em custo, por exemplo, ou em resultados de gestão, faz toda a diferença o universo em que se circunscrevem os dados, o número de beneficiários, a série histórica dos dados, enfim, elementos corriqueiros para aqueles que lidam com informações estatísticas cotidianamente, mas que aos olhos de profissionais menos afeitos a essa técnica, como é o caso dos da área jurídica, nem sempre se evidenciam.

Isso ocorre também com a imprensa. Muitas vezes temidos ou odiados pelos governantes, em razão do grande poder específico que exercem em tempos de valorização da comunicação, os órgãos de mídia também podem ser presa da retórica dos números. A redução de recursos para investigações jornalísticas de maior envergadura, as limitações de formação dos repórteres e jornalistas e o próprio imediatismo dos diários, que hoje têm concorrência de veículos eletrônicos, cuja temporalidade é o minuto e o segundo, podem fragilizar a capacidade técnica necessária para vocalizar a crítica social mais evoluída.

O domínio mais preciso do alcance e custo relativo de cada política pública, embasado na compreensão dos indicadores quantitativos e qualitativos dá, sem dúvida, novo sentido de responsabilidade à gestão pública. O debate público sobre esse tipo de informação reforça a utilidade da noção de relação processual administrativa, na medida em que dá importância ao aspecto qualitativo da discussão, isto é, quais os seus pressupostos, quem se pretendia beneficiar, em que tempo, a que custo etc. e, com base neles reavaliar a adequação dos processos de formação e implementação das políticas públicas.

b. Processo legislativo e iniciativa governamental.

O processo legislativo se refere à função de fazer leis, em sentido estrito, tendo sido a grande conquista do liberalismo político atribuir essa função ao Parlamento, garantindo desse modo a soberania do povo. O procedimento é o regramento, a disciplina do processo legislativo: “O procedimento legislativo é parte do processo de formação das leis. Este constitui os princípios abstratos, estáticos, de que o procedimento é o fator concreto e dinâmico para atingir o fim a que se propõe: a formação da lei.”²⁶⁵

O exercício do poder pelo governo sem o assentimento da representação do povo no Parlamento tende a ser visto como excessivo e anti-democrático, reconhecido como realidade fática, mas censurado em sua fundamentação teórico-política. O governo, nessas circunstâncias, anularia os poderes representativos.

Todavia, é preciso reconhecer que as modernas democracias têm como característica que a legitimação política pelo voto não é exclusiva do Parlamento, mas alcança o chefe do governo, também legitimado eleitoralmente.

Uma das marcas dos governos contemporâneos é exatamente sua intensa participação no processo legislativo²⁶⁶ e a iniciativa governamental é de tal ordem generalizada que José Afonso da Silva qualifica-a de “princípio universal” no direito constitucional contemporâneo, como ilustram diversos países

²⁶⁵ José Afonso da Silva. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 260.

²⁶⁶ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

européus, a exemplo da Itália, Finlândia, França e Portugal, entre outros.²⁶⁷ Os EUA, que consubstanciariam exceção, por não contemplar a iniciativa governamental de forma explícita no texto da Constituição, contornam essa limitação com a apresentação dos projetos de interesse do governo por parlamentar do partido governamental.²⁶⁸

As razões para a “preeminência” da iniciativa governamental poderiam ser sintetizadas nos seguintes pontos: a) política- ao governo incumbe a condução política do país, o que implica a outorga dos meios para que a direção política seja exercida; b) administrativa- o chefe do governo é também o chefe da Administração Pública e necessita unidade de direção dos dois corpos para obter os resultados da política; c) financeira- o chefe do governo detém a iniciativa sobre o uso dos meios públicos; d) econômica- nas medidas que consubstanciam intervenção estatal sobre a economia, competindo ao Executivo a iniciativa das inovações, a sua coordenação e a respectiva regulamentação.²⁶⁹

Essa última razão seria de cunho “histórico-institucional” do processo legislativo, considerando que “o estender-se da intervenção estatal no campo econômico é conexo com o desenvolvimento paralelo da ‘administração pela lei’. Essa requer que a iniciativa da legislação seja assumida necessariamente pelo governo, como órgão que, superintendendo os vários setores da Administração Pública, é o único apto a cumprir a formulação política e a redação técnica dos projetos de lei, cujos fins são intimamente conexos com a iniciativa administrativa.”²⁷⁰

No caso brasileiro, um outro ponto a destacar é a reserva constitucional de iniciativa ao Poder Executivo para a propositura de leis de que decorra impacto orçamentário, por uma razão lógica, que é a reserva de iniciativa ao governo para a confecção da proposta orçamentária.²⁷¹

²⁶⁷ Afonso da Silva, ob. cit., p. 139.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Afonso da Silva, ob. cit., p. 144.

²⁷¹ Art. 61, § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e

A participação do governo no processo legislativo tem grande importância para as políticas públicas. Existe um sentido político, que não pode ser desconsiderado, no alargamento da amplitude governamental no processo de elaboração de normas.

“A razão por que se atribui ao Chefe do Executivo o poder de iniciativa decorre do fato de a ele caber a missão de aplicar uma política determinada em favor das necessidades do país; mais bem informados do que ninguém dessas necessidades e dada a complexidade cada vez maior dos problemas a resolver, estão os órgãos do Executivo tecnicamente mais bem aparelhados que os parlamentares para preparar os projetos de leis; demais, sendo o chefe também da administração geral do país e possuindo meios para aquilatar as necessidades públicas, só o Executivo poderá desenvolver uma política legislativa capaz de dotar a nação de uma legislação adequada, servindo-se da iniciativa legislativa.”²⁷²

Seu critério limitativo, em princípio, é o respeito à titularidade do detentor típico da função,²⁷³ mas é fato que a direção política tem conexão estreita com a distribuição das funções normativas no corpo do Estado.²⁷⁴ E o Legislativo, com frequência, não tem interesse no exercício de iniciativas ou participação mais ativa na formulação ou nas decisões de políticas públicas que possam acarretar ônus eleitorais, na hipótese de insucesso ou sucesso apenas parcial de sua implementação.²⁷⁵

pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI ; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Redação do art. 61, § 1º, com as alterações das Emenda Constitucional nºs 18, de 1998, e 32, de 2001).

²⁷² José Afonso da Silva, ob. cit. Ver também Fernando Limongi e Argelina Figueiredo. Processo orçamentário e comportamento legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. In *Dados. Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, outubro/dezembro 2005, pp. 737-776, e Luiz Gustavo Bambini de Assis, *Processo Legislativo e Orçamento Público. Função de Controle do Parlamento*. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁷³ Joel de Menezes Niebuhr. *O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

²⁷⁴ Pitruzzella, ob. cit., p. 5.

²⁷⁵ Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999, pp. 155-156. A gama de indagações que orienta a extensa e aprofundada pesquisa empírica dos autores demonstra a superficialidade da recusa apriorística à interpenetração no exercício das funções políticas executiva e legislativa. “Na consolidação de uma ordem democrática, qual o equilíbrio ótimo entre as funções básicas — legislativa e executiva — de governo? Na organização do sistema decisório nacional, como garantir eficiência governamental e ao mesmo tempo atender à diversidade de interesses

Nos regimes parlamentaristas, é ainda menos controversa a iniciativa governamental, considerando que o governo é eleito para executar programa aprovado pelo Parlamento. A atividade legislativa do governo nesse caso, não só pelo exercício da iniciativa, mas também em virtude da habilitação conferida pelo Legislativo, consubstancia um fenômeno de expansão da atividade governativa. Esse alargamento decorre da definição constitucional das atribuições do governo, que se ampliam tanto em relação à função administrativa, como sobre a função política, não mais reservada ao chefe de Estado.²⁷⁶

“A Constituição exigia mais do Estado, e só o Governo parecia possuir condições para corresponder, de forma eficaz e em tempo útil, às exigências constitucionais, pelo que queria e necessitava de mais meios de intervenção. O Governo almejava o Poder Legislativo. [...] Assim, a pressão induzida pelo aumento e complexização das tarefas a cargo do Estado, acompanhada por alterações na estrutura e funções desempenhadas pelo Parlamento, praticamente forçou a abertura, ao Governo, do exercício direto e autônomo da função legislativa, ainda que prevendo a necessidade de autorização parlamentar para esse efeito, ou a ocorrência de situações excepcionais de crise e urgência, ou ainda reservas mais ou menos extensas de matérias imunes à atividade legislativa governamental. Alguns ordenamentos admitem hoje, claramente, o exercício autônomo, pelo Governo, de competência legislativa; outros, pretendendo resguardar-se formalmente através de cláusulas que apenas permitem o exercício excepcional dessa competência, acabam por assistir a uma interpretação muito alargada e flexível dos pressupostos da atuação legislativa governamental, quando não ao seu abuso e manipulação; outros ainda, pragmaticamente, mudam a designação das leis para regulamentos, através da restrição do âmbito das primeiras a um pequeno núcleo de matérias, ficando o resto aberto à competência regulamentar.”²⁷⁷

O instituto das medidas provisórias, cuja lógica se harmoniza com o regime parlamentarista, é uma inovação jurídica com forte repercussão política. A medida provisória é inspirada no mecanismo do decreto-lei da Constituição italiana de 1947, a qual, por sua vez, orientou-se por mecanismos similares

representados no Congresso Nacional? Como formar maiorias numa instituição onde cada um de seus membros tem mandatos que lhes garantem direitos iguais? Qual o equilíbrio ótimo entre a formação de maiorias e a garantia dos direitos de uma minoria?” (p. 8) O balanço entre os poderes, conforme demonstram os autores, é algo que depende da combinação específica de regras que definem o controle sobre a agenda legislativa, que na Constituição de 1988 teriam favorecido amplamente a iniciativa do Poder Executivo sobre o legislativo.

²⁷⁶ Jaime Valle. *A Participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*. cit., pp. 10-11.

²⁷⁷ Idem, *ibidem*.

adotados em outras experiências constitucionais européias, algumas consolidadas há longo tempo, como a a Áustria e a Dinamarca, e outras mais recentes, como Grécia, Portugal e Espanha.²⁷⁸ Os países que não admitem o instituto dos “provimentos provisórios com força de lei” nem por isso deixam de criar formas de legitimação da função normativa do Poder Executivo, seja pela legislação delegada, seja pela ampliação do poder regulamentar do governo.²⁷⁹

Do ponto de vista constitucional formal, são requisitos para as medidas provisórias a relevância e a urgência,²⁸⁰ a qual é ínsita ao instituto do governo, que vive o paradoxo da necessidade de inovação com institucionalização.²⁸¹ O prazo dos governos, por princípio, é exíguo, em vista do desejo da colheita dos resultados previstos nas medidas sob o seu patrocínio ou iniciativa. O que não justifica, evidentemente, suprimir a competência própria da representação política, no Parlamento.

A principal perturbação conceitual da medida provisória em relação ao processo legislativo clássico não reside tanto na iniciativa governamental, mas no regime de vigência imediata, que confere ao Executivo um poder qualitativamente distinto da mera iniciativa, posto que baseado na configuração de situações de fato, com a inversão do ônus político, que passa a ter que ser exercido pela oposição, caso haja interesse no desfazimento da medida provisória e eventualmente na reversão de seus efeitos, ainda mais tormentosa.

Os principais fatores a inspirar a ampliação do “Poder Legislativo” do governo no parlamentarismo rigorosamente não são distintos de movimentos análogos nos regimes presidencialistas, entre eles o tempo e a crescente tecnicidade das normas.²⁸²

²⁷⁸ Giovanni Pitruzzella. *La Legge di Conversione del Decreto Legge*. Padova: CEDAM, 1989. Na Áustria, desde a Constituição de 1920, art. 18, com as modificações introduzidas em 1929; na Dinamarca, desde 1953.

²⁷⁹ Pitruzzella, ob. cit.

²⁸⁰ Art. 62 da Constituição Federal, com as limitações introduzidas pela Emenda Constitucional 32, de 2001.

²⁸¹ Ver item 1.1., supra.

²⁸² “Essa evolução foi potenciada ou, pelo menos, facilitada pelas dificuldades experimentadas pelo Parlamento na sua afirmação perante o Governo no novo contexto social e político, em particular no que respeita no exercício da função legislativa, que não se compadece com uma

O crescimento das normas técnicas em volume e em importância é um fenômeno à parte, embora muito característico das pressões pela despolíticação da gênese do direito, que passa a depender muito, especialmente no campo da regulação econômica, de normas técnicas. Assim, se discrepava da teoria política o exercício da função legislativa pelo governo, isso ocorre de maneira ainda mais acentuada na transferência da função normativa para corpos privados ou pelo menos não exclusivamente públicos, em que se definem os contornos e condições do exercício de direitos.²⁸³

A dimensão técnica do processo legislativo realça um outro aspecto, que é o da técnica normativa em si, independentemente do aspecto da distribuição do poder normativo entre os corpos estatais. Na União Européia, a partir da primeira década do séc. XXI, com a apresentação do Relatório Mandelkern e do *Better Regulation Action Plan* passa-se a valorizar a técnica legislativa, a chamada “legística”.²⁸⁴

A evolução das funções do Estado, com a valorização dos papéis de articulação e coordenação, em lugar dos modos de atuação unilaterais que vigoravam nas fases iniciais do direito público, corresponde a um padrão normativo típico, caracterizado pela utilização frequente de normas permissivas. Para implementar mecanismos de indução, o governo se vale tanto de sanções premiaias, como de “certificações de *status*” atribuídas por órgãos públicos, as quais, por sua vez, atuam como requisitos para o gozo de benefícios públicos. Nesse sentido, ganha relevância a condição de órgãos e instâncias governamentais de expedir tais declarações e disciplinar os efeitos premiaias subsequentes, o que requer refinamento e precisão não apenas do desenho institucional, mas das regras que calibram os requisitos, benefícios, bem como os efeitos de cumprimento e descumprimento das normas.²⁸⁵ A emulação de

estrutura procedimental morosa e conflitual, e pouco adequada ao tratamento de questões evadas de um alto grau de complexidade e tecnicidade.” Pitruzzella, ob. cit.

²⁸³ Olivier Borraz. Les normes: instruments dépolitisés de l’action publique. In *Gouverner par les Instruments*. Pierre Lascombes e Patrick Le Galès (orgs.). Paris: Presses de Sciences Po, 2004, pp. 123-162.

²⁸⁴ Carlos Blanco de Morais. *Manual de Legística. Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*. Portugal: Editorial Verbo, 2007.

²⁸⁵ Há inúmeros exemplos de aplicação dessa técnica normativa, podendo-se referir, entre eles, um dos mecanismos de repasse de recursos na área da saúde, que o condiciona a aprovação pelo

padrões, bastante utilizada na prática, merece estudo e trabalho sistemático, no campo da técnica normativa empregada pelo governo para a formação e execução das políticas públicas.²⁸⁶

**c. Processos de alocação de meios para a ação governamental.
Arenas e temporalidades.**

A alocação de meios para as políticas públicas abrange possibilidades amplas e diversas, além dos recursos orçamentários. Os meios públicos disponíveis para a implementação de uma política pública podem compreender também créditos fiscais, empréstimos públicos, cessão de uso de áreas ou bens públicos e recursos humanos e materiais. Todas essas possibilidades, evidentemente, sujeitas aos princípios e regramentos do direito público.

O processo decisório envolvendo a alocação de meios sob o monopólio do Poder Público assume relevância, ainda mais em face da crescente “economização” das relações sociais e políticas, a despeito do escamoteamento que a visão mais liberal faz dessa questão, quando sugere a possibilidade de diminuição do papel do Estado nas políticas públicas. O problema jurídico desse tópico não diz respeito apenas à disciplina das disputas por uma fração dos recursos públicos, mas deve considerar também, no sentido inverso, a influência que tais decisões exercem sobre o contexto político e jurídico mais amplo.

Estudo clássico de Theodore Lowi²⁸⁷ analisa os vários padrões de distribuição de meios para a execução de programas governamentais, cada um deles associado a um tipo ou estágio de amadurecimento das relações políticas, de maneira elucidativa para a incidência do conceito de relação processual aplicada, tal como proposto neste capítulo. Lowi refere-se aos diferentes processos políticos como “arenas de poder”, classificadas em distributiva, regulatória e redistributiva, cada uma ilustrada por um estudo de caso que

Conselho de Saúde competente. Nesse caso, embora à primeira vista pareça que o Conselho fortalece a política, o sentido inverso é muito forte, isto é, a política favorece o Conselho. Outro exemplo é a utilização de indicadores de avaliação para a concessão de determinadas linhas de financiamento a municipalidades.

²⁸⁶ Ver item 3.2.a e b, supra.

²⁸⁷ Theodore J. Lowi. *Distribution, regulation, redistribution: the functions of government*. In *Public Policies and their Politics*. Ripley R. (org.). New York: Norton & Co., 1966. (tradução de André Villalobos)

demonstra as dificuldades e os diferentes graus de politização na institucionalização dos processos de alocação de meios públicos para as políticas.

O processo “distributivo” é aquele em que as políticas beneficiam grupos ou indivíduos de maneira isolada, na forma de clientelismo ou “patronagem”. Os “recursos são dispensados de forma atomizada a unidades isoladas, sem obediência a qualquer critério mais geral e universalista”.²⁸⁸ Não há confronto direto entre os favorecidos e não favorecidos, uma vez que esses últimos não são identificados como grupo e eventualmente podem vir a ser acomodados por outras decisões de cunho individual no futuro.²⁸⁹ “Como não existe base real para se definir quem deve ou não ser beneficiado (favorecido) [...], o Congresso procura apoio político ‘oferecendo alguma projeção (tolerância, favorecimento) a todos os interesses com força suficiente para oferecer grande resistência’. [...] Quando uma dotação de um bilhão de dólares pode ser desagregada para atender a inúmeros itens de pequeno custo, cada um desses itens podendo ser considerado independentemente dos outros, é inevitável a multiplicidade de interesses e de possibilidades de acesso e, conseqüentemente, a redução do conflito.”²⁹⁰ A arena preferencial para esse tipo de decisão, segundo o estudo, são as comissões do Congresso.

No processo de tipo “regulatório”, as decisões são de âmbito setorial e pautam-se por algum grau de generalidade e abstração. Nesse caso atuam os grupos de pressão; do conflito entre os vários interesses nascem as coalizões entre grupos. Isso ocorre nas disputas entre grupos empresariais privados por condições oferecidas pelo Estado (era o caso da disputa entre as tecelagens da nova Inglaterra e as ferrovias do leste). A política tarifária, que até os anos 1930 era clientelista (“distributiva”), após esse período deixa de sê-lo, tornando-se um meio de regulação da economia interna, com finalidades ligadas à política externa dos EUA, então potência mundial emergente. A arena regulatória

²⁸⁸ Lowi, ob. cit.

²⁸⁹ A descrição é ilustrada por um estudo de caso sobre a política tarifária nos EUA nos anos 1920 e como as decisões a ela relacionadas foram se deslocando de um cunho absolutamente individualista até os anos 1930, quando passaram a ser tratadas como tema de interesse do país. Outros exemplos desse tipo de processo são programas de desenvolvimento de regiões rurais, melhoramentos hidropojuários, algumas práticas de isenção de impostos.

²⁹⁰ Lowi, ob. cit., p. 4.

primordial, nesse sentido, é o Congresso, onde se dá o conflito mais aberto, público, e portanto mais politizado.²⁹¹

Finalmente, o processo de tipo “redistributivo” caracteriza-se pelas clivagens sociais mais significativas, definidas como conflitos entre “fornecedores e demandadores de serviços”, como no exemplo da disputa pela criação do seguro social nos EUA em 1934, em que o debate mais complexo foi feito no Comitê de Seguridade Econômica, no interior do Poder Executivo, entendendo Lowi que o Congresso não teria condições de atuar em questões redistributivas, que exigem um processo complexo de balanceamento de interesses conflitantes numa escala mais ampla.²⁹²

O uso das várias formas de alocação de meios como mecanismos de cooptação e indução, é talvez o recurso clássico e imediato de exercício de influência política em processos institucionalizados. E não é por outra razão que a racionalização do poder passa pelo esforço de disciplinar a alocação de meios, apresentando de maneira transparente não apenas as decisões alocativas, mas os processos e as condições subjacentes a essas escolhas, o que demonstra a pertinência da noção de relação jurídica nesse contexto.

Processo orçamentário. Elaboração e execução do orçamento. A dificuldade de gastar o recurso público.

Não é propósito deste tópico expor em minúcia o processo orçamentário, para o quê existe bibliografia especializada.²⁹³ Há uma especificidade das formas

²⁹¹ Lowi, ob. cit., passim.

²⁹² Lowi, ob. cit., p. 17: “Aplica-se aqui o que foi dito por William H. Riker sobre o processo de orçamentação: ‘[...] num sistema de governo em que as decisões orçamentárias sejam da alçada do Legislativo, cabendo às lideranças partidárias proceder a consolidações financeiras a partir de disputas e entendimentos em nível do próprio Legislativo, não há condições adequadas para a elaboração e implementação do orçamento governamental. Num sistema fiscal complexo, julgamentos legislativos até certo ponto casuais não podem conduzir, nem mesmo grosso modo, a uma correspondência adequada entre a receita e o gasto público. É essa a razão pela qual se introduziu o processo de elaboração da proposta orçamentária como prerrogativa do Executivo, com o que se transfere o controle financeiro para o responsável pela elaboração do orçamento [...]’”.

²⁹³ A bibliografia existente é escassa, diga-se, naquilo que importa para as políticas públicas. O orçamento é, na realidade, prática para entendidos, dado que a legislação de regência, a Lei nº 4.320, de 1964, está reconhecidamente defasada em relação às práticas de execução orçamentária e seus “vazios normativos” são preenchidos pelo Manual Técnico do Orçamento, editado anualmente pelo governo federal e outras normas técnicas do mesmo gênero. Além dele

de elaboração e aprovação da lei orçamentária e um certo insulamento dos estudos orçamentários em relação a matérias conexas, mesmo em campos transdisciplinares, em que a realização dos direitos e o seu financiamento são inseparáveis, tais como a saúde pública, a previdência, a educação etc.. Trata-se, portanto, de tentar superar a barreira, para compreender as influências e conexões dos processos de formulação e execução de políticas públicas, de um lado, e orçamentário, de outro, para o quê são especialmente ilustrativas os tópicos da execução orçamentária e das emendas ao orçamento.

A elaboração da proposta de orçamento anual do governo tem início em cada unidade orçamentária e vai sendo agregada, nos níveis hierárquicos superiores, até ser composta no Ministério e finalmente consolidada pela área responsável pelo orçamento no governo.²⁹⁴ Essa fase de elaboração toma aproximadamente meio ano, até o envio ao Poder Legislativo, no qual decorre pouco menos que esse prazo até a aprovação final da lei orçamentária anual, que segue à sanção presidencial, como todas as demais leis.

A execução orçamentária é especialmente importante entre nós, dado o caráter autorizativo do orçamento. O orçamento efetivamente executado é bastante distinto do orçamento autorizado, correspondendo a uma parcela desse. Dadas as injunções que se apresentam na fase de execução, no entanto, a alteração desse caráter e adoção do orçamento impositivo, na linha de diversas propostas em curso no Congresso Nacional, por si só, dificilmente alteraria o estado de coisas.

É extremamente trabalhoso gastar legalmente o dinheiro público, do que resulta difícil a execução orçamentária. Os passos previstos na legislação para efetivamente executar a despesa (empenho, liquidação e pagamento) pressupõem a existência de projetos razoavelmente estruturados — no caso de

há disposições sobre o trabalho das comissões especializadas no Congresso Nacional, a Comissão de Tributação e Finanças da Câmara Federal e a Comissão Mista de Orçamento. Há estudos especializados de consultores legislativos e assessores profissionalmente ligados à área, como é o caso, entre outros, de Eber Zoehler Santa Helena. *Competência Parlamentar para Geração e Controle de Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado e de Gastos Tributários*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, e Edilberto Carlos Pontes Lima. *Algumas Observações sobre o Orçamento Impositivo no Brasil. Planejamento e Políticas Públicas*, Revista do IPEA, n° 26, 2003, pp.

²⁹⁴ Atualmente a Secretaria de Orçamento e Finanças (SOF) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

obras, que representam parcela considerável do investimento público, projeto básico e projeto executivo— passíveis de embasar a licitação, contratação e execução da obra. E a qualidade do processo de licitação e contratação, conduzido pelo Poder Público, mas executado pela iniciativa privada, influi sobre a capacidade de sua sustentação diante de questionamentos, seja de eventuais licitantes vencidos, seja dos órgãos de controle ou do Poder Judiciário.

A racionalidade das regras de contratação pública evidentemente também influi sobre a celeridade e a economia proporcionadas aos contratos, a chamada “qualidade do gasto público”. É notória, nesse sentido, a economia proporcionada aos cofres públicos, em tempo e recursos financeiros, com o advento de modalidades mais ágeis e simplificadas de contratação, como é o caso do pregão. Curiosamente, a sua mais importante inovação, a inversão das fases de habilitação e propostas, com a apreciação do preço antecedendo a comprovação dos requisitos de capacidade para contratar com o Poder Público, que poderia ser aplicável também a outros contratos além daqueles relacionados diretamente a “bens e serviços comuns” (os contratos de obras, pelo menos no que se refere a obras mais simples, passíveis de padronização, que poderiam ser qualificadas como “comuns”), tem obstado o andamento de projeto de alteração da Lei de Licitações, a lei nº 8.666, de 1993, no Congresso Nacional.

Há uma irracionalidade no padrão de certas contratações, que embora tenha evoluído muito nos últimos anos, ainda tem longo percurso a traçar. Não apenas as obras são prejudicadas por essas dificuldades. A contratação de serviços de tecnologia da informação no país, a qual deveria ser feita em grande escala, por todo o território nacional, abrangendo desde grandes órgãos repassadores a pequenos centros de execução, sofre com imensas dificuldades. Pois não há consenso no nível central de execução, o Ministério do Planejamento, sobre a possibilidade de considerar esses “bens e serviços comuns” passíveis de contratação por meio de pregão. Também não há consenso com os órgãos de controle sobre a métrica de remuneração de tais contratos, daí decorrendo não só a dificuldade de elaborá-los, mas a vulnerabilidade dos agentes públicos e das próprias contratações frente à possibilidade de anulação dos contratos e penalização dos responsáveis. E o resultado final é a lentidão na implantação de

rotinas e padrões informatizados e passíveis de acompanhamento pelo público, via internet, o que contribuiria para a agilidade e transparência do gasto.

Emendas parlamentares, limites e contingenciamento.

A mecânica oficial dos limites de empenho e pagamento está prevista na legislação de responsabilidade fiscal.²⁹⁵ Para tanto, a cada início de ano, edita-se um decreto de programação orçamentária e financeira, mais conhecido como “decreto de contingenciamento”, cujo objetivo é estabelecer um cronograma de compromissos (empenhos) e liberação (pagamento) dos recursos financeiros para o governo federal. Simultaneamente, publica-se portaria interministerial detalhando os valores autorizados para movimentação e empenho e para pagamentos no decorrer do exercício.²⁹⁶

Em tese, o contingenciamento não é linear, atingindo diferentemente os vários órgãos, ações e programas, com base em indicadores referentes à capacidade institucional e ao histórico de execução orçamentária. Os critérios de contingenciamento, contudo, são, além de arbitrários, pouco transparentes, tanto na relação com o público, como com os órgãos afetados pelos limites. Os interessados diretos na elaboração e execução do orçamento não participam da sua definição. Assim, a despeito de se tratar de processos repetidos anualmente, resta pouco aprendizado institucional, de modo que a cada ano se renovam as tensões em torno dos limites.

Além disso, a cultura inflacionária que vigorou até os anos 1990, agravada pela tônica conservadora que orientou a implantação da desejável responsabilidade fiscal, a partir do final da década e dos anos 2000, consagraram um padrão de execução orçamentária muito pouco racional. Uma das características mais marcantes desse padrão é o desbalanceamento entre a forte contenção orçamentária exercida nos nove ou dez primeiros meses do exercício fiscal e a liberação desordenada de montante próximo ao daquele período nos dois ou três meses finais do ano. A reiteração desse padrão de execução — conhecido por todos os agentes envolvidos no processo — dá lugar a diversos

²⁹⁵ Lei Complementar 101, de 2001 (LRF), art. 9º.

²⁹⁶ *Manual Técnico do Orçamento*. Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Acesso em 13.04.2011.

expedientes para contornar as dificuldades de execução em prazo curto, um dos quais é o repasse a terceiras entidades, tais como fundações de apoio de instituições públicas de educação, associações de amigos de museus e congêneres, por “convênios”, cuja finalidade é apenas “proteger” o recurso do retorno aos cofres públicos ao final do exercício, por inexecução.

O problema das emendas orçamentárias, de autoria dos parlamentares individualmente ou das bancadas, se agrava muito em face desse padrão de execução, pois o parlamentar deve negociar no Congresso Nacional a aprovação da emenda e depois, numa “segunda rodada” voltar a negociar, agora no âmbito do Executivo, a liberação da emenda de interesse de sua base eleitoral para execução, o que afinal, lhe conferirá efetividade e visibilidade aos olhos do público.

O poder de barganha de ambas as partes se trava, em grande medida, na fase de execução do orçamento, com atenção às emendas. A emenda parlamentar é considerada o instrumento de que o Congresso Nacional dispõe para participar da elaboração do orçamento anual. Na verdade, antes dela, debate-se a lei de diretrizes orçamentárias, instrumento criado pela Constituição de 1988 para que o Congresso tivesse a oportunidade de atuar na definição das grandes linhas e critérios de alocação dos recursos orçamentários. Entretanto, a vinculação imediata do parlamentar com sua base, devido às características do processo eleitoral, não se dá em virtude dos debates de maior amplitude, mas depende muito dessa atribuição orçamentária pulverizada nas emendas,²⁹⁷ que dá ensejo à participação do parlamentar em inaugurações de obras e ocasiões que auxiliam a fixação de seu nome pelo eleitorado.

“Apesar de estarem previstas na legislação, as emendas parlamentares constituem um assunto polêmico entre os analistas. Há quem defenda que tais emendas representam uma ação política, paroquial e eleitoreira. Para outros, elas são a oportunidade que os pequenos municípios têm de receber benfeitorias da União, como hospitais, presídios, postos de saúde, quadras esportivas e outras obras do gênero.

²⁹⁷ Fernando Limongi e Argelina Figueiredo ressaltam que com as alterações no processamento da lei orçamentária introduzidas no Brasil depois da Comissão Parlamentar de Inquérito d’os Anões do Orçamento”, nos anos 1990, o processo passou a ficar mais concentrado nas lideranças partidárias, retirando expressão das emendas individuais.

Não é de hoje que, para o governo federal, as emendas parlamentares significam úteis ocasiões de negociar com os congressistas o apoio em futuros projetos. Como o Orçamento da União é autorizativo, e não impositivo, os governos costumam liberar as emendas dos parlamentares fiéis e desconsiderar, ou atender com menor afincio, as demandas dos parlamentares que lhe fazem oposição. [...] Muitas vezes, determinados políticos solicitam ao ministério liberação de verba para os estados e localidades que representam, deixando os mais necessitados de fora da lista dos beneficiados. Resultado: ganham os municípios com maior força política dentro do Congresso.”²⁹⁸

Em resumo, o artificialismo que cerca o processo orçamentário, cujos problemas mais agudos não estão apenas na fase de elaboração, mas relacionam-se fortemente a padrões irracionais de execução, está na base de problemas jurídicos das políticas públicas. A despeito disso, o direito financeiro ainda é relativamente pobre em estudos sobre esse tema, o que reflete a fragmentação da disciplina orçamentária no país.

Desconexão dos processos legislativo e orçamentário. O problema do crescimento inercial das despesas continuadas obrigatórias e a despolitização involuntária do orçamento.

Outro ponto que merece destaque é a desconexão entre o processo legislativo-orçamentário e o processo legislativo ordinário, por meio do qual são instituídas despesas de caráter continuado não previstas na lei orçamentária.

“O cerne da questão [...] situa-se na formulação de políticas públicas pelo Estado por meio da edição de legislação permanente, que cria para ele obrigação continuada de realização de despesas, as quais não se submetem à revisão anual pelo processo legislativo-orçamentário, por terem sua origem e foro no processo legislativo ordinário. Nesse processo legislativo misturam-se diplomas legais exclusivamente normativos, sem caráter financeiro, com atos legislativos de natureza essencialmente financeira, como a criação

²⁹⁸ A Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, formada por onze senadores e trinta e um deputados federais, emite parecer sobre os projetos orçamentários e respectivas emendas. As emendas, quanto à forma de apresentação, classificam-se em: a) individuais- com limite de número de emendas, no máximo vinte e cinco, por parlamentar, e de valor, que era de R\$ 6 seis milhões de reais, em 2006, passando a R\$ 12,5 milhões, em, 2010, e R\$ 13 milhões, em 2011; b) coletivas; c) de Comissão, em correlação com as áreas e as subáreas temáticas que lhes são afetas; d) de bancada estadual (Resolução nº 1/2006-CN). Cleonir Bassani. *Emendas Parlamentares: uma Análise à luz dos Princípios Constitucionais*. <http://www.lume.ufrgs.br>, acesso em 13.04.2011.

de cargos ou funções públicas ou a concessão de benefícios previdenciários ou assistenciais.”²⁹⁹

Essa desconexão se apresenta de maneira severa na criação de despesas obrigatórias de caráter continuado, as quais, nos termos da legislação de responsabilidade fiscal, devem ser inscritas obrigatoriamente nos orçamentos, em vista de seu caráter rígido e praticamente perpétuo.³⁰⁰ O descompasso entre a criação de despesas obrigatórias e o necessário suporte orçamentário pode ser agravado com expedientes de “proteção de receitas”, utilizados para escapar-se dos mecanismos ordinários de limitação e contingenciamento.³⁰¹ Isso ocorre, por exemplo, quando se lança mão da figura da renúncia de receita, cuja transparência é muito menor que a disciplina própria das despesas obrigatórias continuadas.³⁰²

Dado o elevado comprometimento do orçamento com as despesas obrigatórias, na verdade a margem de discricionariedade para a criação de despesas novas é bastante reduzida e a competição imensa. Portanto, o “carimbo” de um dispêndio como despesa obrigatória continuada “protege”, do ponto de vista financeiro, o recurso, ao mesmo tempo em que o blinda, politicamente, da reivindicação de setores concorrentes, dispensando a demonstração da relevância daquela ação.³⁰³ Isso, paradoxalmente, resulta de uma “politização seletiva” do orçamento, que o subtrai da política real, em que as prioridades são apresentadas a debate e escolha.

Uma circunstância importante nesse ponto é o reflexo sobre a composição de quadros técnicos para a formulação e execução de políticas públicas, uma vez que os recursos humanos, que ensejam despesas incompressíveis, diante da irredutibilidade de vencimentos e da permanência da despesa no tempo, até o momento da aposentadoria do servidor, são também elementos essenciais para a estruturação necessária ao funcionamento dos programas governamentais.

²⁹⁹ Eber Zoehler Santa Helena. *Competência Parlamentar para Geração e Controle de Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado e de Gastos Tributários*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p. 23.

³⁰⁰ Lei Complementar 101, de 2000, art. 17.

³⁰¹ Santa Helena, ob. cit., p. 23.

³⁰² Lei Complementar 101, de 2000, art. 14.

³⁰³ Santa Helena, ob. cit., p. 28.

A resposta ao problema das despesas permanentes não pode se dar de modo simplista, como apenas uma questão de opção política de tipo estatista ou na linha oposta, pelo Estado mínimo. O equacionamento do problema depende, tanto no plano da gestão pública como no da política — que a ela se vincula, nessa matéria — de uma forma de organização ou coordenação de demandas e meios.

Planejamento: indução à ação coordenada de longo prazo.

O tema do planejamento é aquele em que, por excelência, se dá a relação entre a economia e a política, no plano institucional. Rigorosamente, o planejamento, sem adjetivos, é uma das expressões da política no plano macro-institucional. Contudo, por uma razão sistemática, considerando que o planejamento, na prática, perdeu em parte seu papel macro-estruturante, pelas razões que se verá, optou-se por tratar do tema neste tópico, em conjunto com as questões processuais relacionadas às decisões contingentes sobre a alocação de meios.

Historicamente, o planejamento é tido como clivagem política que separa, de um lado, os liberais, contrários a qualquer forma de direção política sobre a economia — em razão dos riscos de deformidades e privilégio na escolha dos setores e agentes beneficiados por recursos públicos — e de outro, aqueles favoráveis às formas de dirigismo econômico e social que integram o instrumental do planejamento. Dentre os últimos, haveria matizes, mais tendentes a uma versão autoritária ou democrática do processo de planejamento.³⁰⁴

A formulação do planejamento como forma de direção da economia data dos anos 1920, com a experiência russa da Nova Economia Planificada (NEP), reconhecidamente malograda, seja do ponto de vista de seus objetivos imediatos, uma vez que coincidiu com o agravamento da fome e da desorganização do processo produtivo, seja como modelo institucional definidor de papéis do Estado e dos setores produtivos. A economia planificada, com metas de produção

³⁰⁴ Francisco de Oliveira, ob. cit., p. 14.

para os agentes econômicos tornou-se o símbolo do sistema soviético e seus satélites.

Essa carga simbólica, contudo, não faz jus ao significado que na prática o planejamento teve na segunda metade do século XX. As experiências mais amplas e estruturadas, do ponto de vista institucional, são as que se seguem à segunda guerra mundial, conduzindo o processo de reconstrução dos países cujas estruturas produtivas haviam sido destruídas, tendo como referências mais notórias o Japão e a França.³⁰⁵ No caso do Japão, é pela via do planejamento conduzido pelo Ministério da Indústria, MITI, que se define um modelo de conglomeração de empresas não mais na forma usual antes da guerra, mas formando um conjunto dinâmico, em torno de um banco. A França, sob a direção de Jean Monnet, instituiu uma sistemática de planejamento cuja fórmula se mantém até hoje. Ambas as experiências expressam a característica do planejamento de transcender os limites do Estado. Mais que um documento de orientação do Estado, o planejamento é a expressão de um pacto que envolve as forças econômicas e o setor produtivo, na medida em que define um caminho de evolução, na forma de ação concertada.

Antes disso, os anos 1930 consagraram forte participação do Estado na economia dos Estados Unidos, como resposta do governo Franklin Roosevelt à crise de 1929, que a obra contemporânea de Keynes explica e fundamenta. Sem que se tratasse de planificação econômica, em sentido estrito, desenvolveu-se uma forma nova de intervenção do Estado sobre a economia, que à época provocou a renovação da indústria, que pode se preparar para o esforço de guerra que se avizinhava. Apesar dessa experiência crucial, no símbolo e motor da economia capitalista do século XX, do ponto de vista político-econômico, restou uma carga simbólico-ideológica da intervenção do Estado associada ao planejamento, por oposição à orientação liberal da economia.

³⁰⁵ Maria da Conceição Tavares. O planejamento em economias mistas. Registro de apresentação no *Seminário Estado e Planejamento: os Sonhos e a Realidade*, comemorativo dos vinte anos do Centro de Treinamento para o Desenvolvimento Econômico (CENDEC). Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA), Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN), projeto Gerenciamento do Setor Público, Banco Mundial, 1986, pp. 23-52.

Nos exemplos citados, tanto os Estados Unidos, no contexto da crise de 29, como a França e o Japão, no panorama do esforço de reconstrução do pós-guerra, viviam circunstâncias políticas e econômicas muito propícias ao planejamento ou às formas de intervenção estatal na economia. Trata-se de fases em que o ponto de partida está economicamente deprimido e o movimento é de crescimento. Diante disso, as resistências de setores instalados são muito diminuídas. Há um mecanismo de legitimação política peculiar, difícil de repetir em circunstâncias normais da vida política e econômica de um país.

A escola estruturalista da CEPAL, nos anos 1950, sob a liderança de Raul Prebisch e com o trabalho de Celso Furtado, confere uma noção própria ao sentido do planejamento no contexto dos países subdesenvolvidos, e considera a ação estatal planejada como único mecanismo capaz de, com o uso da força política do Estado, quebrar as estruturas que produziam e reproduziam o atraso econômico e social. O subdesenvolvimento não seria uma etapa de transição para o desenvolvimento, mas um mecanismo de causação circular e cumulativa típico das economias periféricas do capitalismo.

Sob influência dessa linha de pensamento, o Brasil viveu experiências de planejamento central importantes entre os anos 1950-70, com o Plano de Metas, do governo Juscelino Kubistcheck, cuja gestação foi iniciada no BNDE sob Celso Furtado, anos antes. Houve o Plano Salte e o II PND, mas depois dos anos 1980, o planejamento como abordagem da economia entra em franco declínio. Essas experiências estiveram ligadas ao processo de industrialização brasileiro, que dependia da criação de uma série de condições, especialmente de infra-estrutura, como por exemplo no campo da energia, da siderurgia, dos transportes, todas intensivas em capital, sem as quais não seria possível deslanchar a criação de um parque industrial brasileiro.³⁰⁶

O pensamento desenvolvimentista, preocupado com a industrialização e como sinônimo de inserção da economia brasileira na ordem capitalista mundial, não considerava a questão social como inerente ao desenvolvimento. Essa última reclama formas de intervenção estatal específicas, não se ajustando aos

³⁰⁶ Sonia Draibe. *Rumos e Metamorfoses. Um Estudo sobre a Constituição do Estado e as Alternativas da Industrialização no Brasil. 1930-1960.* São Paulo: Paz e Terra, 1985.

instrumentos de desenvolvimento industrial, como bancos de fomento, ou de impulso regional.

“Na verdade, os grandes bancos, as grandes corporações de fomento servem para financiar o grande capital, a reestruturação industrial, para apoiar a indústria pesada. Na hora em que se pede para apoiar a ‘miséria’, normalmente ocorre o fracasso. A miséria é outro assunto.

O problema social é na verdade a discussão dos grandes reformistas do norte europeu, porque enquanto os economistas do centro da Europa estavam discutindo a grande indústria pesada obsoleta, a estatização das ferrovias, o aço etc., os do norte estavam discutindo: vamos fazer reformas sociais, vamos fazer pleno emprego, vamos fazer *welfare state*. As três vertentes do debate do pós-guerra são as seguintes: no caso americano, reprivatização da grande indústria moderna feita pelo Estado americano na guerra; na Europa, reconstrução *versus* pleno emprego e Estado interventor industrializante *versus welfare state*. As grandes vertentes são o Estado do bem-estar social e o Estado desenvolvimentista, industrialista, interventor.

Obviamente pode-se perguntar: qual foi o modelo adotado na América Latina, no Brasil em particular? O do Estado desenvolvimentista interventor. O negócio agora parece ser o *welfare state*, o social é a meta. Mas já estamos com cinquenta anos de atraso.”³⁰⁷

Embora constitucionalmente a distinção políticas sociais/políticas de desenvolvimento (como industrialização e infra-estrutura econômica) não tenha grande relevância, uma vez que ambas são diretrizes impositivas, os direitos sociais, de realização progressiva são problemáticos para o pensamento jurídico tradicional, mas as iniciativas econômicas promotoras de desenvolvimento não são menos complexas, considerando que se trata de medidas de longa maturação, que transcendem a duração de um governo, cuja institucionalização, combinando meios públicos e iniciativa privada, também depende de construções jurídicas consistentes e sustentáveis, social, política e juridicamente.

Entre os poucos autores que trataram do tema do planejamento pelo ângulo do direito, no Brasil, Eros Roberto Grau expõe como noções distintas o planejamento do desenvolvimento nacional e o planejamento da ação estatal. Este, de alcance mais amplo, seria o modo de instrumentalizar a Constituição dirigente:

³⁰⁷ Maria da Conceição Tavares, ob. cit., p. 39.

“Isso importa que o Direito já não seja mais apenas a representação da ordem estabelecida, a defesa do presente, mas também a formulação de uma ordem futura, a antecipação do porvir. É o planejamento que confere consistência racional à atuação do Estado (previsão de comportamentos, formulação de objetivos, disposição de meios), instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte do longo prazo, voltadas à condução da sociedade a um determinado destino.”³⁰⁸

Tem-se de certa maneira como superada a concepção relacionada às experiências históricas da economia socialista, em que a economia planificada corresponde à “centralização econômica, que importa a substituição do mercado, como mecanismo de coordenação do processo econômico pelo plano”.³⁰⁹ Admitido o regime de mercado, retoma-se o planejamento como “técnica de ação racional”, ainda que com os propósitos de coordenação do constitucionalismo dirigente.

Na sistemática constitucional de 1988, estabelece-se uma correlação entre o processo orçamentário, de prazo imediato, e o processo de planejamento, de horizonte temporal mais largo e definições mais abrangentes no que diz respeito aos atores do processo. O chamado processo orçamentário implica a elaboração de três leis, todas de iniciativa do Poder Executivo, o plano plurianual (PPA), de periodicidade quadrienal, a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária (LOA), ambas anuais. Entretanto, na prática o processo de planejamento se viu reduzido aos instrumentos orçamentários, em especial o PPA.³¹⁰

Com o prolongamento do processo inflacionário por quase três décadas, o país perdeu a condição essencial para a realização do planejamento, em qualquer dimensão da vida nacional. A conjuntura inflacionária gerou hábitos de comportamento reativos e de defesa imediata frente às ameaças da inflação que afetaram a organização produtiva e econômica. O país passou, nos anos 1970 a

³⁰⁸ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 318-319. “Um dos desafios para a implementação desse planejamento da ação estatal é discutir o como reorganizar as funções públicas do Estado, mas também e prioritariamente o que organizar.”

³⁰⁹ Eros Roberto Grau, *ob. cit.*, pp. 282-283.

³¹⁰ Gilberto Bercovici. O planejamento e a Constituição de 1988. *In Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a Partir da Constituição de 1988*. Gilberto Bercovici. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 69-86.

1990, a ter dificuldades para produzir projeções críveis sobre a expansão ou evolução de qualquer setor econômico ou social. A estabilização econômica alcançada nos anos 2000 explica, em parte, a retomada do planejamento atada ao processo orçamentário.

Diferentemente do que ocorre na França, o planejamento no Brasil perde até mesmo sua localização institucional, tendo deixado de ser competência de uma Secretaria ligada à Presidência da República, para se tornar subtema de uma Secretaria do Ministério do Planejamento,³¹¹ cujo escopo central e imediato é conformar os valores de investimento às restrições orçamentárias da legislação de responsabilidade fiscal. A retomada do tema do planejamento ainda se dá de forma incipiente; essa é uma das mais evidentes “letras mortas” da Constituição de 1988.

Diante das dificuldades da implantação de um processo centralizado de planejamento, em face da debilidade e descoordenação dos instrumentos de ação do Estado brasileiro, a formulação e implementação das políticas públicas se explica como forma de ação que viabiliza o planejamento como atividade de baixa institucionalidade, referida a setores específicos, dependente da capacidade de articulação do Estado localizada e em períodos determinados. As políticas públicas resultam de ação coordenada pelo Estado, mas de forma limitada, o que, paradoxalmente, viabiliza algum grau de planejamento, ainda que de forma particularizada sobre cada programa ou conjunto de programas de ação.

d. Processo judicial: “processualização” dos parâmetros de controle das políticas públicas e as condições para os “diálogos institucionais”.

Não é propósito deste tópico discorrer sobre o tema do controle judicial de políticas públicas de maneira ampla, o que já foi feito em trabalhos

³¹¹ A Secretaria de Planejamento e Investimento. Como referência comparativa, interessante saber que em outros países, como a Índia, por exemplo, a coordenação dos processos de elaboração e execução do planejamento cabe ao titular da coordenação política, o Primeiro Ministro.

anteriores,³¹² mas examinar o aspecto processual específico subjacente ao problema.

A própria existência da chamada “judicialização da política” é um fator que por si demonstra a processualidade das políticas públicas, na medida em que maior número de conflitos sociais passa a ser submetido à lógica processual, submetido ao Poder Judiciário, uma vez que o modelo jurídico da Constituição favorece a admissão do conflito e não sua rejeição. O processo judicial vem-se modernizando e atualizando, não apenas no Brasil, de modo a buscar corresponder ao anseio social. São exemplos disso os processos coletivos, a abertura ao tratamento dos interesses difusos e coletivos, a adoção das tecnologias de informação e comunicação, e uma série de inovações processuais e procedimentais que decorrem da litigiosidade de massa, isto é, a ampliação das formas de acesso à justiça e, ligada a isto, o aumento da importância social dessas formas de solução de controvérsias, em busca de maior amplitude e eficácia.

A questão, conforme o amadurecimento do debate sobre o tema indica — e trata-se de tema sobre o qual tem se desenvolvido muito a bibliografia jurídica em políticas públicas — não é se pode ou não haver controle judicial,³¹³ mas qual o seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial. “A grande inovação que [as políticas públicas] trazem é imputar consequências, dentro de determinados parâmetros — ainda não estabilizados e definidos de maneira sistemática (e aí está o problema) — para a inércia ou incúria dos governos em implementar as políticas públicas ou medidas necessárias para a efetivação dos direitos.”³¹⁴

A apreciação judicial hoje é permeada por um sentido material, que caracteriza a inflexão da justiça brasileira a partir dos anos 1990, com a redução de formalismos vazios, em favor da justiça efetiva. Longas querelas processuais que marcavam as lides judiciais do passado não mais prosperam hoje.

³¹² Dallari Bucci, *O conceito de política pública em direito*, cit., item 4.2., pp. 31-36, e *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*, cit.

³¹³ Isto é certo, em virtude da Constituição Federal, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, embora se possa discutir o objeto do controle, se a política pública ou os atos que a compõem. No segundo caso, trata-se apenas da ampliação da perspectiva de fundo da cognição judicial, para o processamento da lide de acordo com os conceitos jurídicos estabelecidos.

³¹⁴ Dallari Bucci, *Controle judicial...*, cit., p. 701.

Os marcos dessa evolução são basicamente legislativos. Em 1985, edita-se a Lei da Ação Civil Pública, lei nº 7.347, que inaugura entre nós o paradigma das ações coletivas. Embora o objetivo da lei fosse a disciplina da ação de responsabilidade por danos, a grande força dessa norma é extraída da institucionalização da figura da medida cautelar para prevenção dos danos, prevista no art. 4º, cujo objeto são obrigações de fazer ou não fazer, isoladamente ou combinadas com penas pecuniárias por descumprimento de determinação judicial. O universo de bens tutelados pela lei — originalmente meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico — amplia-se com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 1990, que estende as hipóteses de cabimento da ação civil pública aos casos de infração da ordem econômica e da economia popular, além da tutela da ordem urbanística ou “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

A noção de interesse difuso ou coletivo constitui uma das mais importantes inovações do CDC, que também previu os interesses individuais homogêneos, e permitiu superar definitivamente a concepção restritiva da legitimação processual contida no art. 6º do Código de Processo Civil (CPC), viabilizando a adoção das ações coletivas em grande escala. O CDC forneceu a referência normativa, posteriormente aplicada, por emulação, a outras leis, entre elas a lei de processo administrativo, que possibilitou a procedimentalização jurídica, no âmbito administrativo, da tutela de interesses relevantes do ponto de vista social.

No campo judicial mais estrito, a inovação processual que alterou substancialmente a relação da política com a justiça foi a ampliação da tutela de urgência. Embora o direito tradicional previsse a figura da liminar já na legislação do mandado de segurança, de 1951, para a proteção de “direito líquido e certo”, juntamente com a medida cautelar do CPC (art. 888), para “evitar o perecimento de direito”, desde meados da década de 1980, o emprego desse tipo de tutela judicial veio crescendo em quantidade e tipos de casos, de maneira visível. Isso por força da cautelar prevista na lei da ação civil pública, já referida, e também da nova configuração do Ministério Público na Constituição de 1988.

Posteriormente, em 1994, nova disposição legal reforça o escopo dos provimentos de urgência, ao tratar da antecipação de tutela: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.³¹⁵ A atuação jurisdicional é ainda mais fortalecida com a criação, em 2002, da tutela de evidência: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.³¹⁶

A recuperação desse percurso histórico é interessante para desfazer um senso comum que se criou sobre o hipotético “ativismo judicial”. Se existe um controle judicial mais presente (e incômodo, em certa medida, para os gestores públicos) sobre a atuação governamental, não se trata de exercício de voluntarismo por integrantes da magistratura, mas de um movimento consistente, formalizado pelo Poder Legislativo, cujo sentido claro é o de evitar a procrastinação das decisões sobre os conflitos, sustentando a decidibilidade judicial mais célere e eficaz. Esse sentido acompanha movimento análogo em diversos países, que fizeram do Judiciário o foro natural onde deságua boa parte dos conflitos da sociedade, o que requer, evidentemente, que o Judiciário tenha condições de prover respostas em prazo considerado razoável pelos destinatários do serviço jurisdicional.

Ainda a justificar a atuação da magistratura no controle da ação governamental, é preciso lembrarmos que se ativismo há, isso ocorre mais por contraposição a um estado de “passividade judicial” que vigia até a edição da Constituição. O que houve foi a descoberta do “poder dos juízes”.³¹⁷ Mais importante, essa nova abordagem foi amparada por um arcabouço legal que veio sendo aprovado pelo Legislativo em sucessivas oportunidades.

A ação civil pública é o instrumento por excelência da tutela de interesses coletivos inatendidos. Entretanto, após uma primeira fase de grande utilização dessa figura, que coincidia com o novo papel do Ministério Público,

³¹⁵ Art. 273 do CPC, com a redação dada pela lei nº 8.952, de 13.12.1994.

³¹⁶ § 6º do art. 273 do CPC, acrescentado pela lei nº 10.444, de 7.5.2002.

³¹⁷ Dalmo Dallari. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

caracterizando-se pela judicialização em ampla escala de ações para defesa de direitos, em especial direitos sociais, com uma certa euforia por parte dos movimentos pró-direitos, novos desafios, político-institucionais e jurídicos, se apresentam.

Do ponto de vista político, há crescente rejeição à atuação considerada excessiva ou personalista de alguns membros do Ministério Público que adotam iniciativas típicas de agentes investidos de legitimação política, requisito que o *parquet* não detém. Argumenta-se que essas iniciativas visam preencher “vazios” deixados pela autoridade política e administrativa. Mas o fato é que as vitórias judiciais têm sido relativamente modestas, em comparação com a expectativa criada. Esse problema decorre, em parte, da estruturação do Ministério Público. Em virtude da “captura política” que havia no passado, a Constituição de 1988 optou por um modelo de autonomia e independência funcional praticamente absoluta, por emulação direta das condições dos juízes. Não há hierarquia em relação a chefias, o que previne, até certo ponto, a manipulação política do direito de ação e intervenção ampliados com os novos instrumentos. Contudo, isso gerou um “vácuo de coordenação” no âmbito interno do Ministério Público, com a pulverização de ações ancoradas muitas vezes exclusivamente na visão pessoal do autor-promotor, nem sempre relevantes ao que seria de se esperar em termos de controle de políticas públicas.

De outro lado, as queixas provenientes dos integrantes do pólo passivo das demandas, autoridades públicas municipais, estaduais e federais em sua maioria, devem também ser vistas sob a perspectiva do problema de coordenação ou de falta de meios, o que reclama compreensão institucional.

Um componente relevante é o temporal. A disseminação do uso das figuras de tutela de urgência nos processos altera de maneira relevante o exercício do contraditório. A decisão de maior impacto é a proferida em caráter liminar, em relação à qual as partes dedicam grandes esforços, aí compreendida a decisão dos recursos, nas sucessivas instâncias. A fase de produção de provas, na qual o contraditório ocorre em sua plenitude, tem seu sentido reduzido ante uma decisão proferida com antecedência e cujos efeitos já se fizeram sentir por

algum tempo. O problema aqui, pode-se dizer, reside na coordenação na dimensão temporal.

O alargamento das formas e do uso da tutela de urgência, com a amplitude que vem sendo concedida pelo Judiciário, inspira uma nova cultura processual, que valoriza as provas pré-constituídas e a persuasão sobre a questão de fundo da lide. Cumpre ao autor da ação, quando invoca a inércia do Poder Público, a execução parcial ou incompleta da política ou a ausência da destinação de recursos, demonstrar que a expectativa é legítima, no quadro de funcionamento dos poderes da República.

Em defesa, cabe ao agente governamental demonstrar a existência de plano, a adoção ou encaminhamento das medidas pertinentes e a reserva dos recursos. O Poder Público não deve “se esconder” atrás do processo ou conduzi-lo burocraticamente. Ao contrário, deve conduzi-lo como um diálogo, materialmente informado, sobre a questão de fundo posta na ação.

E a decisão judicial há de ser baseada na confrontação do dever existente com a real competência do agente público para a implementação da política.

Esse é o sentido político-institucional do controle judicial de políticas públicas num cenário democrático. Não se trata de conceber o Poder Judiciário como mera arena de conflitos, mas respeitar que a exigência judicial de direitos seja uma alternativa possível. Diante dela, cabe à autoridade prestar contas, informar como está sendo planejado o enfrentamento da questão, quais os meios imediatamente disponíveis, quais os resultados a serem obtidos ao longo do tempo. Só desse modo se terá o verdadeiro escrutínio da conduta do Poder Público, sem *parti pris*, seja de um lado ou de outro.

Curiosamente, pode-se dizer que o problema que a judicialização das políticas públicas hoje enfrenta decorre da falta de procedimento e não de excesso desse.

Há um processo de aprendizagem institucional a ser promovido pelas partes envolvidas, em especial o Ministério Público, detentor, por substituição, de parcela do “contraditório social”, com base na compreensão sistemática do sentido e alcance das ações e medidas intentadas. É preciso compor um acervo

de casos, a partir de uma metodologia controlada, e identificar as variáveis que devem ser modificadas. Por meio desse trabalho, poderá ser refinada a proceduralização das medidas relacionadas às ações judiciais que tratam de políticas públicas, especialmente às concernentes à fase preparatória, do inquérito civil, que ainda deixa vários pontos em aberto, pendentes de definição caso a caso. Sem perder a flexibilidade que convém à formulação de soluções negociadas, que culminam na celebração de termos de ajustamento de conduta, algumas indicações poderiam servir de guias de orientação. Entre essas, a preferência pela abordagem indutiva, que, aliás, já é característica desse tipo de ajuste, a fixação de parâmetros de prazo, e, sempre que possível, a definição de um quadro ideal de ação fixado não por um indivíduo, mas coletivamente, por membros do Ministério Público em conjunto, em instâncias de coordenação ou articulação.³¹⁸ Complementarmente, é preciso que uma visão estratégica projete o efeito do conjunto de ações no tempo.³¹⁹

Mas é preciso também traçar uma linha divisória entre o que caracteriza a suficiência do cumprimento e, por oposição, o estado de desídia ou omissão que dispara o processo de responsabilização por descumprimento. A concretização de direitos é remetida pela Constituição a níveis jurídicos hierarquicamente inferiores, deixando margem a que a efetivação se faça de maneira gradativa, condicionada à existência e disponibilidade de meios, seguindo a concepção dos direitos “de realização progressiva”, referida no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. A questão é definir os modos de efetivação, o tempo, e o alcance da norma, no que diz respeito aos seus beneficiários. Há um atrelamento ou “empacotamento” dos temas tradicionalmente integrantes do

³¹⁸ Geisa de Assis Rodrigues. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006. A autora refere e insere como Anexo II da obra documento contendo as “Conclusões da Comissão da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente sobre Compromisso de Ajustamento de Conduta”.

³¹⁹ Luis Roberto Proença. *Inquérito Civil. Atuação Investigativa do Ministério Público a Serviço da Ampliação do Acesso à Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 149 e ss. O autor refere iniciativa de articulação estratégica do Ministério Público do Estado de São Paulo na área ambiental, por meio do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, “no sentido de formular uma política institucional abrangente para a área ambiental, antecipando-se às demandas pontuais, com a criação de grupos de trabalho temáticos (de preservação da Mata Atlântica, dos recursos hídricos, de controle de poluição, de áreas mineradas etc.), os quais vêm procurando desenvolver linhas de ação unitária no Estado, a partir da análise do contexto fático de cada um dos temas escolhidos.”

domínio exclusivo da política por regras e procedimentos jurídicos e também por considerações econômicas e fiscais.

Ilustrativas desse dilema são as ações que postulam direito a vagas em creches, matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que deferiu a postulação dos autores em favor do atendimento ao pleito pela criação de creches pela municipalidade. O argumento da decisão judicial repousa sobre o caráter obrigatório da disposição constitucional. Mas, em que pese seu caráter mandatório, a decisão concreta, naquilo que tange ao interesse das crianças e de seus pais, é remetida novamente à primeira instância, dependendo da execução da decisão e seus incidentes — e nem poderia ser de outra forma. E os incidentes da execução, a despeito dos mecanismos processuais coercitivos — até mesmo a sanção penal por descumprimento de determinação judicial — estarão condicionados à elaboração do projeto de lei orçamentária pelo Poder Executivo, aprovação da lei orçamentária pelo Poder Legislativo, devolução da matéria ao Executivo para execução do orçamento, empenho de recursos, abertura de licitação, realização do processo licitatório, superação da fase de possível contestação judicial do processo licitatório por interessados potenciais ou atuais, início da obra e assim por diante. Há um longo percurso intra-estatal da ação até que o resultado esperado — no caso, a frequência à creche pelas crianças — veja a luz. Os percalços e insucessos na ação administrativa, involuntários ou provocados, são incontáveis.

O caminho que se vislumbra, portanto, é a “processualização” das iniciativas objeto dos processos judiciais, isto é, a criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de “diálogos institucionais” que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas.

Poder-se-ia cogitar da adoção das chamadas soluções alternativas de controvérsias no setor público, seguindo linha presente no âmbito seja do processo civil, com a adoção da mediação e da conciliação, seja do processo penal, com as penas alternativas. Isso requer técnicas de negociação e de mediação, e seu devido planejamento, implicando estratégias de tempo, de poder e de informação. A questão remete ao problema dos pressupostos da mediação

ou da negociação, compreendendo-se nessa expressão as partes admitidas à mesa de negociação, o objeto e seus limites, a decisão esperada e as válvulas para a hipótese de insucesso da negociação, sejam temporais, sejam de conteúdo, de tal forma que se isso ocorrer, não se valorize a frustração do processo, mas o resultado obtido, no limite possível, como etapa inicial de um processo continuado.

e. Processo político-eleitoral e influências recíprocas sobre o processo governamental.

Não é possível compreender as relações entre a base política de um governo e o sucesso de iniciativas que dependem de sua configuração técnico-jurídica sem estabelecer algumas relações com o processo eleitoral. O propósito de tratar de tema tão complexo e extenso neste tópico limita-se a ordenar algumas idéias relativas aos efeitos reflexos do processo eleitoral sobre a formulação e implementação dos programas de ação governamental. O tema é, por si só, jurídico e político.

Não obstante, trata-se de tema que ilustra a linha de desenvolvimento deste capítulo, na medida em que se busca aplicar aos diversos processos o esquema cognitivo da relação jurídica processual, com base no exercício do contraditório — adotando as figuras das partes, objeto e pressupostos do processo — como uma perspectiva estruturada para compreender as tensões entre os interesses presentes nas decisões governamentais sobre políticas públicas.

O processo eleitoral é distinto dos processos até aqui analisados, porque nele o contraditório e as tensões sociais não visam obter a decisão governamental. Ao contrário, trata-se de tensões sociais minuciosamente procedimentalizadas pelo direito, de modo que se expresse a decisão popular, fonte de legitimidade dos atos governamentais que se lhe sucederão. O contraditório político se dá principalmente entre a “situação” e a “oposição”, embora o processo eleitoral possa moldar a composição de blocos e forças de apoio.

A função da legislação eleitoral é disciplinar e detalhar a organização do processo, por meio do procedimento, de modo que as eleições se realizem como “pequenas rupturas institucionalizadas” da relação de poder expressa na política vigente, possibilitando reacomodar, de forma periódica e programada, as bases de sustentação do Poder Público, não apenas considerando os agrupamentos e partidos, mas levando em conta as idéias-força que os mobilizam e em torno das quais se organizam. Entretanto, num sistema eleitoral em que o programa não tem vinculatividade, as eleições pouco contribuem para a racionalidade do processo governamental. Nos regimes parlamentaristas, o governo está atado ao programa apresentado por ocasião das eleições, o que não ocorre no presidencialismo, em vista da ausência de mecanismos de responsabilidade política.³²⁰

Essas rupturas mostram que a criação do poder não se dá exclusivamente a partir da “base política instalada”, mas pode ser produzida a partir de resultados da gestão governamental. O governo deixa de ser apenas foro de “consumo” de poder político, com o usufruto das benesses por ele conferidas, mas passa a ser, potencialmente, *locus* de “produção” de poder, com a modificação de estruturas e a geração de bem estar que não existiriam sem a ação governamental.

No regime presidencialista, em que o mandato governamental tem prazo certo de duração, é um lugar comum da política adotar as medidas de maior impacto no início do mandato, geralmente no primeiro ano, quando a legitimação recente e fresca é capaz de suportar as decepções que a “vida real política”, isto é, as constrações econômicas, sociais e institucionais à ação, impõem às expectativas de eleitores. Essa dinâmica se explica porque a partir daí o processo governamental passa a ter a possibilidade de ser fonte da própria legitimação. Isso idealmente ocorre num sentido de racionalização, próprio das democracias maduras, em que os resultados dos programas de ação produzem justiça social, inclusão ou indicam a criação de condições para isso, por meio de modernização institucional, reformas produtivas, melhoria do sistema de financiamento de

³²⁰ Ver item 1.4., supra.

políticas estruturais e assim por diante. O aumento de legitimidade resulta, nesse caso, da ação governamental, que passa a se retroalimentar, criando condições não apenas para a sustentação daquela ação, mas para o seu desdobramento em outras ações, conexas ou não. Isto é o que explica a demanda por uma gestão técnica, sem ser tecnocrática.

Esse processo, é verdade, pode se apresentar também em sua versão degenerada, no que se refere à alimentação recíproca dos processos político e de gestão governamental. Nos estágios mais primitivos da política, em que o poder se divide mais com base em fatores de cunho “antropológico”, do recorte entre grupos, os instrumentos do governo consistem no “butim” a ser apropriado pelo grupo vencedor das eleições. Estas, por sua vez, devem produzir a legitimação desse comportamento apontando os líderes que serão capazes de dividir satisfatoriamente os “despojos”.³²¹

Mas o processo governamental pode se apresentar numa versão intermediária, nem inteiramente ideal nem completamente corrompida. Dadas as limitações do governo, sendo inevitáveis frustrações, o saldo político ao final do mandato corresponde às ações executadas com base em opções, orientadas pelo juízo político como mais interessantes, ou menos desgastantes, ou mais viáveis, no campo da gestão. Uma das dimensões novas no processo eleitoral brasileiro, que ironicamente veio a ser reforçada com o instituto da reeleição para cargos do Poder Executivo, foi a valorização da gestão, no sentido acima apontado, que tende a renovar os mandatos dos chefes de Executivos vistos como gestores competentes. Evidentemente outros fatores pesam, como é o caso da proximidade do político em relação ao governo federal e a fontes repassadoras de verbas públicas. Também não se pode minimizar o papel das circunstâncias econômicas, que em condições de crescimento da atividade e do emprego em geral militam em favor da permanência da situação.

³²¹ Cabe lembrar o *spoils system* norte americano do século XIX, cf. item supra. A esse respeito, escrevia Weber, no início do séc. XX: “As lutas partidárias não são, portanto, apenas lutas para consecução de metas objetivas, mas são, a par disso, e sobretudo, rivalidades para controlar a distribuição de empregos. [...] Os partidos se irritam muito mais com arranhões ao direito de distribuição de empregos do que com desvios de programas.” A política como vocação, cit., p. 69. Cf. item 1.2.b, supra.