

Cristiana Fortini  
Júlio César dos Santos Esteves  
Maria Tereza Fonseca Dias  
*Organizadores*

# POLÍTICAS PÚBLICAS

*possibilidades e limites*

*Prefácio*  
Clovís Bezanos

*Apresentação*  
Júlio César dos Santos Esteves

Belo Horizonte

 **Editora Fórum**  
2008

# Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas

Maria Paula Dallari Bucci

*Mestre e Doutora em Direito pela USP. Consultora Jurídica do Ministério da Educação. Autora de Direito administrativo e políticas públicas (Saravia, 2000) e Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico (Org.) (Saravia, 2006).*

**Sumário:** 1 A necessária reflexão metodológica para o diálogo interdisciplinar - 2 O debate sobre o Estado como referência para a compreensão dos propósitos e abrangência da análise de políticas públicas - 3 O institucionalismo, ou os institucionalismos, como ponto de conexão entre as várias ciências que se ocupam da análise de políticas públicas - 3.1 O neo-institucionalismo histórico - 3.2 A teoria das organizações - 3.3 A escolha racional - 3.4 Os institucionalismos jurídicos e as instituições do direito - 3.5 Desafios metodológicos explicitados pelo trânsito entre as várias noções de instituição na Ciência Política e no Direito - 4 Convecionando a linha de trabalho para uma metodologia de análise jurídica de políticas públicas - Referências

## 1 A necessária reflexão metodológica para o diálogo interdisciplinar

Políticos, jornalistas, cientistas sociais e agentes governamentais falam mais e mais em políticas públicas. Passados alguns

anos da edição da Constituição de 1988, esses atores sociais e os militantes do Direito em geral, especialmente os que se preocupam com a efetivação das promessas constitucionais, procuram uma fórmula que permita acomodar deveres legais, demandas sociais e limitações econômicas. As políticas públicas parecem encerrar essa fórmula, embora não seja preciso o conteúdo da expressão.

Em trabalho anterior, dediquei-me, com um grupo de pesquisadores, à busca de um conceito de política pública que pudesse ser válido para aplicação no esforço jurídico de implementação dos direitos sociais, expressão do Estado Social no direito positivo.<sup>1</sup>

Ao final desse trabalho, concluí ser infutútera a proposição de um conceito *jurídico* de política pública, considerando que se trata de uma noção, por definição, interdisciplinar.<sup>2</sup>

Embora necessária, a conceituação não é o problema central. Mais importante é o estabelecimento de uma metodologia de análise jurídica. Essa metodologia se faz necessária não apenas para

<sup>1</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. Naquela texto, formulei o seguinte conceito: "Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados." A proposição era contextualizada com a afirmação do caráter interdisciplinar da noção: "As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo Direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a Ciência do Direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico".

<sup>2</sup> A questão interdisciplinar se apresentara naquela ocasião, considerando que os programas de ação governamental são, na pirâmide da teoria administrativa, o ponto mais baixo, inferior às estratégias e às políticas. Portanto, equiparar política pública e programa seria um erro. Então passei a adotar, a partir do presente texto, um conceito para uso em Direito, estipulado como "arranjos institucionais complexos".

o aprofundamento teórico da noção e a construção do diálogo com a Ciência Política, a Ciência da Administração e a Economia, mas também para a construção das estruturas analíticas que serão demandadas como suporte para as abordagens práticas.

A apresentação e descrição das políticas públicas, segundo as visões das várias ciências envolvidas, são heterogêneas e fôgem de um padrão pré-estabelecido. As políticas públicas são interdisciplinares por definição.

A análise desse objeto multifacetado combina técnicas das Ciências Sociais Aplicadas, oriundas da Ciência Política, com desdobramentos nos campos da Economia e da Ciência da Administração Pública, visando à aproximação do problema central, o processo decisório governamental. A clareza sobre o método de análise jurídica é necessária para que se supere o sincretismo metodológico e se componha um olhar especificamente jurídico, adequado ao diálogo multidisciplinar.

Tanto a formulação como a análise de políticas públicas empregam técnicas de quantificação e constituem vasto campo de trabalho interdisciplinar da Economia e da Ciência Política. As medições econômicas, que examinam a escassez de meios em vista dos objetivos definidos, orientam diferentes estratégias e trajetórias para a condução do processo de decisão. Por essa razão, o uso de indicadores estatísticos é essencial para a formulação e especialmente para o acompanhamento e avaliação de qualquer política pública. Nesse ponto, aliás, reside um dos elementos que diferencia as políticas públicas da política, em sentido amplo, visto que a estatística confere destaque ao aspecto contingencial das ações governamentais.

Do lado da gestão pública, o tema das políticas públicas representa a racionalização da atividade política no interior do aparelho estatal. A abordagem das políticas públicas nasce quase ao mesmo tempo que a Administração como ciência, já que essa se

anuncia como abordagem racional e previsível da atuação estatal em resposta ao impulso governamental, fenômeno político na sua dimensão concretizada.

No que diz respeito à abordagem jurídica, destaca-se que o aparelho estatal é constituído de instituições jurídicas, criadas e conformadas pelo Direito, por assim dizer, a “ossatura e a musculatura” da ação do Poder Público. O princípio da legalidade administrativa sintetiza esse traço, vinculando toda ação administrativa à existência de prévio fundamento legal.

Na perspectiva de cada campo teórico, cabe estabelecer os pontos de contato, as condições para o diálogo interdisciplinar, de modo que as compreensões específicas possam compor um quadro mais rico, que possibilite o entendimento da realidade do Estado de forma mais profunda e mais próxima de sua complexidade.

O desafio reside em estabelecer uma metodologia apropriada para o trabalho jurídico, que permita descrever e compreender, segundo as categorias do Direito, uma ação governamental determinada e analisada juridicamente o seu processo de formação e implementação. O material analítico construído com base nesse método deverá permitir que se façam, de modo juridicamente estruturado, comparações e críticas aos modos de ação governamental. O método será particularmente útil como ferramenta para o desenvolvimento da chamada arquitetura institucional, a partir da construção de um acervo de modelos de ação, identificando-se estruturas e funções de cada um, suas instituições, organizações e dinâmicas.

Finalmente, uma metodologia jurídica bem-sucedida esclarecerá as formas próprias de incidência dos controles, sejam judiciais ou não, sobre os elementos que compõem a política pública ou sobre as omissões que a cercam, tema de grande interesse dos atores jurídicos no período mais recente.

## 2 O debate sobre o Estado como referência para a compreensão dos propósitos e abrangência da análise de políticas públicas

A locução “políticas públicas” é uma expressão multívoca. A consulta a obras de referência demonstra como são múltiplos os seus sentidos, podendo partir de arranjos governamentais a significações amplas, como a noção de desenvolvimento, por exemplo.

A gênese da abordagem é difícil de ser precisada. É fixada por alguns na década de 30 do século XX, a partir da demanda de compreensão do novo papel do Estado intervencionista, com o advento do *New Deal*. A obra de Harold Lasswell, de 1930, seria pioneira ao fixar uma linha de trabalho em Ciência Política, que se desenvolveria até os anos 50, combinando empirismo, pluridisciplinaridade e enfoque aplicado aos problemas da coletividade.<sup>3</sup> A condução dos assuntos públicos passa a ser tratada, a partir daí, segundo uma ótica de *policy-making process*, num contexto de racionalização do Estado e da política.

Antes disso, no final do século XIX até os anos 1930, ocorre o grande desenvolvimento da administração como prática científica, orientada segundo princípios racionais, não apenas a partir da obra de Max Weber, que fixa os conceitos de burocracia e de racionalidade legal, mas também com os trabalhos fundadores da teoria da administração, de Taylor e posteriormente de Fayol. Woodrow Wilson, professor de Ciência Política em Princeton e posteriormente presidente dos Estados Unidos, publicara, alguns anos antes, em 1885, o que seria a base para a criação de uma burocracia apartidária, selecionada com base no mérito e

<sup>3</sup> DURAN, Patrice. Genèse de l'analyse des politiques publiques. In: BOUSSAQUET, Laurier; JACQUOT, Sophie; RAWINET, Pauline (Org.). *Dictionnaire des Politiques Publiques*. Paris: Presses de Sciences Po, 2004. p. 232-241.

capaz de superar o *spoil system* então ainda imperante na política norte-americana.<sup>4</sup>

Cabe registrar, como nota, que esse movimento corresponde, no mundo latino, à autonomização do aparelho administrativo de sua matriz jurídica, que a partir daí passa inexoravelmente a perder centralidade.<sup>5</sup>

Pierre Muller e Yves Surel expõem os vínculos epistemológicos entre as várias abordagens que fundamentam o trabalho teórico sobre as políticas públicas, destacando as tradições européia e americana (estadunidense) na teoria e na sociologia do Estado, a partir da discussão fundamental sobre a relação entre Estado e sociedade civil. A tradição européia, especialmente a partir de Hegel, assume a centralidade do papel do Estado, e a americana desenvolve processos próprios da sociedade civil, em face do Estado, a chamada concepção pluralista, com apoio na obra de Dahl, entre outros.<sup>6</sup>

Na tradição européia, o Estado é produto de uma relação dialética com a sociedade; é a realização da sociedade civil, em sua unidade. A ação do Estado transcende os interesses particulares múltiplos da sociedade civil, concorrendo para a formulação de um interesse comum; a sociedade moderna não existe sem o Estado.

<sup>4</sup> SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 22.

<sup>5</sup> Pierre Muller, no prefácio ao *Dicionário de Políticas Públicas* de Laurie Boussoquet e outras (cit.), observa que a análise de políticas públicas é uma abordagem genuinamente norte-americana e a menos francesa das disciplinas da Ciência Política, exatamente porque a adoção de seus conceitos contribuiu para “[...] fazer voar em pedaços a tradição francesa da administração pública originada no direito público”. Outros autores, como Beatriz Währlich, registram a importância do elemento jurídico na conformação da administração pública, em suas origens, posteriormente alimentado pela contribuição das teorias da organização e administração.

<sup>6</sup> MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *L'Analyse des Politiques Publiques*. Paris: Montchrestien, 1998.

A contribuição da Sociologia auxilia a compreensão das funções do Estado. Durkheim associa os processos de desenvolvimento das sociedades e dos Estados; nas sociedades desenvolvidas, os Estados tendem a sê-lo também, na medida em que suas funções se multiplicam e penetram as outras funções sociais. O Estado se autonomiza progressivamente, por meio da produção de regras e órgãos separados e passa a desempenhar uma função orgânica de centralização e racionalização, buscando a coerência e a coordenação das funções sociais. Weber teoriza sobre os processos de racionalização, diretamente vinculados ao modo de dominação legal, típico do Estado moderno, marcados pela formação progressiva de um aparelho burocrático. O Estado é definido como uma “[...] empresa política de caráter institucional na medida em que sua direção administrativa reivindica com sucesso, na aplicação dos regulamentos, o monopólio da violência física legítima”.

De outro lado, a tradição americana na ciência política, especialmente a partir do trabalho de Robert Dahl, desenvolve uma concepção pluralista, na qual se destaca a análise dos processos de decisão. Os processos sociais são irreduzíveis ao processo estatal. O Estado, na verdade, seria produto da interação de grupos formados livremente e constituiria uma espécie de véu totalmente permeável aos interesses e à competição de grupos que caracterizam a lógica social. Essa visão foi refinada, com a assunção da desigualdade estrutural entre os grupos de interesse e com a aceitação da idéia de que a ação administrativa poderia contribuir para reinterpretar e modificar o conteúdo das demandas dirigidas ao Estado pelos grupos.

No paradigma pluralista, o conteúdo da política é resultado das diferentes pressões realizadas pelos grupos de interesse envolvidos. Com a sociologia dos interesses e as escolhas da escolha racional e da escolha pública (*public choice*), o tema da

representação dos interesses sociais ganha relevo, e a burocracia passa a ser vista criticamente, não como corpo neutro no interior do Estado, mas como elemento cujas características de formação e tensões internas pesam sobre o resultado dos processos de decisão. Isso enfraquece a noção de interesse geral, tão cara à tradição europeia.<sup>7</sup>

Na apreciação de Muller e Surel, há uma proximidade inegável entre a abordagem pluralista do Estado e os fundamentos da análise das políticas públicas, em razão do interesse dessa última “em abrir a caixa preta do aparelho político-administrativo”, e operar uma “desconstrução” analítica do Estado, expondo a multiplicidade de racionalidades concorrentes no seu interior. De um lado, o Estado, nas sociedades modernas, é o lugar onde se constrói a representação que uma sociedade faz de si mesma, situada no tempo e no espaço. De outro, há um caráter inelutavelmente contraditório na ação pública, submetida a uma multiplicidade de exigências antagônicas, o que faz improvável uma direção homogênea. A análise das políticas públicas reconhece a complexidade da ação pública, bem como a tensão entre as visões da unidade ou da fragmentação do Estado.<sup>8</sup>

A partir dos anos 1970, a teoria do Estado, que passara por relativo declínio, ganha nova ênfase, com o desafio da redefinição dos papéis do Estado, desencadeado tanto pela crise do Estado-providência quanto pelos movimentos de desregulação e privatizações. O debate teórico a respeito das políticas públicas, embora restrito a certos círculos de pesquisa, enriquece os temas e debates sobre a natureza da intermediação contemporânea entre o Estado e os grupos de interesse na produção da ação pública.

<sup>7</sup> DOWNS, 1957; BUCHANAN, TULLOCK, 1962; RIKER, ORDERSHOOK, 1973, apud MULLER, SUREL. Op. cit., p. 33-47.

<sup>8</sup> MULLER, SUREL. Op. cit., p. 33-47.

### 3 O institucionalismo, ou os institucionalismos, como ponto de conexão entre as várias ciências que se ocupam da análise de políticas públicas

Uma estratégia possível para uma metodologia de análise jurídica de políticas públicas é identificar noções ou abordagens comuns em relação aos ramos do conhecimento envolvidos, buscando estabelecer correspondências epistemológicas.

Uma noção que parece viabilizar essa conexão é a de instituição, adotada pelas escolas neo-institucionalistas da Ciência Política recente como base para a fundamentação teórica da análise de políticas públicas. O neo-institucionalismo retoma o estudo sobre o papel das instituições, bastante antigo no pensamento político e que tem enraizamento no campo do Direito, como adiante ver-se-á.

Entretanto, alguns cuidados se fazem necessários para esse diálogo interdisciplinar. Em primeiro lugar, não há correspondência direta entre políticas públicas e institucionalismo; há trabalhos sobre políticas públicas que não se ocupam de instituições, assim como há obras neo-institucionalistas que não debatem políticas públicas.

Em segundo lugar, as instituições, quase na mesma medida que as políticas públicas, são noções movédicas, usadas em acepções bastante diferentes conforme a época e a linha epistemológica em questão. Na verdade, há várias correntes e tradições institucionalistas, com referências conceituais próprias. Não há unidade sequer no neo-institucionalismo, que se ramifica em “escolas”, cujas tônicas principais são a escolha racional, a teoria da organização e o institucionalismo histórico.

O uso do conceito de instituição no Direito também é um tanto controverso, uma vez que as leituras e aplicações da noção foram as mais diversas, tanto no aspecto teórico, relativo a sua abrangência e aplicação, como no aspecto político das visões a que esteve associada como referencial epistemológico.

Ainda assim, há de se reconhecer que é exatamente esse acúmulo histórico que sugere a riqueza da figura institucional como ponte entre os vários campos das Ciências Sociais Aplicadas. O importante é que as aproximações conceituais respeitem a peculiaridade de cada uma dessas tradições.

A hipótese de trabalho é que a noção de instituição tem sido utilizada, nesses diferentes contextos, como elemento de conexão entre diversos campos do saber, a Ciência Política e a Economia (escolha pública); a Gestão Pública, a Sociologia das Organizações e a Ciência Política (neo-institucionalismo organizacional); a Ciência Política, a História e a Sociologia (neo-institucionalismo histórico); o Direito e a Economia e assim por diante. Não é casual a referência à noção de instituição como suporte para o trabalho teórico com políticas públicas, considerando que o mais tormentoso desafio é exatamente compor as contribuições dos diversos campos do conhecimento em totalidades articuladas.

O novo institucionalismo se justifica como retomada da abordagem institucionalista, que sofreu refluxo com o movimento behaviorista dos anos 1950 e 60 na Ciência Política americana. O behaviorismo partia da premissa de que as decisões coletivas são resultantes de uma agregação de decisões individuais e pretendia testar hipóteses observáveis empiricamente, relacionadas ao comportamento dos agentes políticos, como os eleitores, os políticos, etc., quantificando-as rigorosamente.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Colêânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 155-195. A autora aponta a questão metodológica como limitação importante também no caso do behaviorismo: "Assim como o novo institucionalismo, o movimento behaviorista foi criticado porque não deixava inteiramente claro quais métodos, teorias e tópicos de pesquisa esta abordagem 'comportamental' abrangia. Nem a expressão 'comportamento político' era particularmente definitiva, visto que (como o termo 'instituição') poderia abarcar quase qualquer coisa. Ao resumir essas controvérsias [...] Robert Dahl reconheceu que o movimento behaviorista poderia ser caracterizado como um 'estado de espírito'. Qualquer semelhança com o que ocorre em relação ao movimento das políticas públicas no Direito não é mera coincidência. Trabalhar a partir de um estatuto metodológico definido é condição essencial para o desenvolvimento dessa abordagem (p. 156).

A crítica dos neo-institucionalistas ao comportamentalismo ou behaviorismo sobre o que se considera artificial na compreensão dos mecanismos de agregação de interesses: as decisões coletivas não são a soma de interesses individuais, mas a integração desses, modelados na decisão coletiva.<sup>10</sup> Segundo o institucionalismo, os processos de decisão coletiva, isso é, as instituições, não são neutros, mas produzem desvios sobre as preferências individuais singelamente consideradas.<sup>11</sup>

Para Ellen Immergut, o interesse pelo processo de decisão, com atenção a "procedimentos formais que podem ser usados para definir a justiça substantiva", alimenta uma tradição institucionalista de cunho normativista, que perpassa a obra de autores tão díspares como Tocqueville, Weber, Rawls, Habermas e Lowi. No entanto, o apego a padrões procedimentais vincula o institucionalismo à sua base liberal, que limita sua utilização para uma visão substantiva da política; "[...] o institucionalismo não é capaz de fornecer uma teoria positiva de padrões que possa ser usada para avaliar as escolhas e os resultados políticos".<sup>12</sup>

### 3.1 O neo-institucionalismo histórico

A linha do institucionalismo histórico, à qual se filia Ellen Immergut, desenvolve estudos sobre circunstâncias político-sociais peculiares, com o uso de metodologia comparada, como,

<sup>10</sup> IMMERGUT, Op. cit., p. 158. "Para colocar esse ponto mais concretamente, considere-mos a relação entre os eleitores e as políticas públicas. Se os eleitores pudessem expressar plena e livremente suas opiniões sobre cada política pública, o resultado seria, provavelmente, um caos de opiniões ao invés de um consenso com relação a essas políticas. Os procedimentos políticos [...] impõem limites ao processo político, que permitem as tomadas de decisão, mesmo onde não há equilíbrio natural de preferências".

<sup>11</sup> IMMERGUT, Op. cit. Segundo a autora, essa visão institucionalista, de que o processo altera o resultado da decisão, já estava presente em Rousseau, para quem: "As leis e os costumes moldaram as preferências do homem e institucionalizaram o poder e o privilégio". A noção de vontade geral, em oposição à soma de vontades dos indivíduos, expressa a raiz institucionalista desse autor.

<sup>12</sup> IMMERGUT, Op. cit., p. 164.

por exemplo, sobre os sistemas de saúde na França, Suíça e Suécia, ou as políticas de transporte ferroviário nos Estados Unidos e na Prússia, a formação da classe trabalhadora na Inglaterra e nos Estados Unidos e assim por diante.<sup>13</sup> Trata-se de análises empíricas, que compõem uma visão indutiva sobre o peso das instituições em relação às decisões de interesse coletivo.

Kathlen Thelen e Sven Steinmo consideram que a “rede-coberta” das instituições abre uma nova agenda de pesquisa em política comparada. Há uma evidente inspiração na velha tradição institucionalista na Economia, Ciência Política e Sociologia. No entanto, o que há de novo é o interesse em questões que se situam no espaço intermediário entre a “macropolítica” e os micro-processos decisórios no interior do aparelho do Estado. As instituições de relevo para essa corrente são, por exemplo, as regras eleitorais, a estrutura dos partidos políticos, as relações entre os vários ramos do governo, os sindicatos, etc. São particularmente significativas as contingências históricas e o condicionamento pelo percurso (*path dependency*), que auxilia a compreensão de como as lutas políticas são mediadas pelo cenário institucional.

A visão dessa escola provê um interessante leque de explicações que, a rigor, é compatível tanto com uma visão do Estado de base marxista como com a abordagem do pluralismo e a dinâmica dos grupos de interesse.

Os institucionalistas históricos invocam a filiação a autores como Max Weber, Karl Polanyi e Reinhard Bendix, entre outros. Embora reconheçam uma certa linha de continuidade com o “velho” institucionalismo, rejeitam a idéia de estudos normativos, baseados na descrição e comparação de estruturas legais, administrativas e políticas. A antiga abordagem não facilitava o desenvolvimento das categorias intermediárias e conceitos que

<sup>13</sup> STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge University Press, 1992.

realmente viabilizassem a pesquisa comparada e o aparecimento de teorias explanatórias.

A corrente behaviorista dos anos 1950 e 60 representou justamente a rejeição desse velho institucionalismo, na medida em que o conhecimento das leis formais, regras e estruturas administrativas não era suficiente para explicar o comportamento político real e seus efeitos políticos. De acordo com os behavioristas, era preciso olhar além dos atributos formais das instituições governamentais, para as distribuições informais de poder, as atitudes e o comportamento político.<sup>14</sup>

Para a corrente do neo-institucionalismo histórico, a análise das instituições de nível intermediário permite examinar as diferenças entre situações em que as macroestruturas se equivalem, como por exemplo, a organização capitalista nos Estados Unidos e na Suécia, compreendendo as especificidades do processo político-institucional que levam a resultados distintos. E daí que a adoção de um conceito mais limitado de instituição está em consonância com uma estratégia de pesquisa voltada às instituições de nível intermediário, que mediam os efeitos das estruturas socioeconômicas de nível macro, como as classes, por exemplo.<sup>15</sup>

O institucionalismo histórico considera que uma parte da constância e da repetibilidade da vida social organizada é explicada não apenas pelos comportamentos individuais, maximizadores de interesses, mas pela persistência de práticas baseadas, em grande medida, em estruturas que são auto-sustentáveis, regras definidas societalmente.<sup>16</sup>

Thelen e Steinmo preocupam-se em partir de uma definição razoavelmente estruturada de instituições, que abarque tanto as

<sup>14</sup> THELEN, Kathleen; STEINMO, Sven. *Historical Institutionalism in comparative politics*. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge University Press, 1992. p. 4.

<sup>15</sup> THELEN, STEINMO. Op., p. 11.

<sup>16</sup> POWELL, DI MAGGIO apud THELEN; STEINMO. Op. cit., p. 8.

organizações formais como as regras informais e os processos que estruturam a conduta. Há uma definição amplamente utilizada, de Peter Hall, nos seguintes termos: “[...] regras formais, procedimentos de adequação (*compliance procedures*), e práticas reiteradas que estruturam as relações entre indivíduos nas várias unidades da Política e da Economia”.<sup>17</sup>

### 3.2 A teoria das organizações

Uma outra corrente neo-institucionalista, referida ao trabalho de March e Olsen,<sup>18</sup> adota como marco as organizações, num diálogo que realça os vínculos entre a Sociologia e a Ciência da Gestão Pública, a partir de formulações da Ciência Política.

A separação entre o institucionalismo histórico e das organizações é um tanto esquemática, uma vez que ambas bebem na fonte da mesma tradição sociológica. Há uma diferença de ênfase, já que o institucionalismo organizacional aproxima-se mais do “[...] problema da racionalidade e as formas em que as regras e os procedimentos organizacionais coordenam a ação de indivíduos independentes, e os institucionalistas históricos concentram-se de forma mais direta nos temas relativos a poder e interesses”.<sup>19</sup>

O institucionalismo organizacional, segundo March e Olsen, propõe as instituições como um fator de ordem essencial, que define os quadros em que se desenvolvem os comportamentos individuais, a ação coletiva e as políticas públicas.

<sup>17</sup> THELEN; STEINMO: “institutional factors play two fundamental roles in this model. On the one hand, the organization of policy-making affects the degree of power that any set of actors has over the policy outcomes... On the other hand, organizational position also influences as actor’s definition of his own interests, by establishing his institutional responsibilities and relationship to other actors. In this way, organizational factors affect both the degree of pressure an actor can bring to bear on policy and the likely direction of that pressure.”

<sup>18</sup> MARCH, James; OLSEN, Johan. *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*. New York: The Free Press, 1989.

<sup>19</sup> IMMERGUT. Op. cit., p. 171.

Nas teorias políticas contemporâneas, as instituições políticas tradicionais, como a legislação, o sistema jurídico e o Estado, bem como as instituições econômicas tradicionais, como a empresa, passaram a ser vistas como meras arenas em que o comportamento político ocorre. De um ponto de vista normativo, idéias que insinuavam moralidade nas instituições, tais como direito ou burocracia e que enfatizavam cidadania ou comunidade como fundações da identidade política, cederam lugar ao individualismo moral, com ênfase na barganha entre os interesses em conflito.<sup>20</sup>

A perspectiva institucional ressurge, na Ciência Política recente, refletindo o fato de que a organização da vida política faz diferença. Esse movimento é uma resposta aos rumos que a Ciência Política tomara a partir dos anos 1950, e que teria as seguintes características: 1) *contextual* - a política seria subordinada às forças sociais; o Estado perderia centralidade e não haveria diferença entre a *policy* e o resto da sociedade; 2) *realista* - os fenômenos políticos seriam consequência do agregado de comportamentos individuais e não resultados políticos de estruturas organizacionais e regras de conduta; 3) *utilitária* - a ação seria provocada por um cálculo de interesses, não em resposta a deveres e obrigações. A ênfase recairia sobre o processo de decisão deliberada, atenuando-se o peso das estruturas institucionais, regras, expectativas e tradições. A racionalidade da escolha (eleitores, legisladores, etc.) realçaria o poder de informação e da expertise (Crozier); 4) *instrumentalista* - o processo de decisão e alocação de recursos seria o centro da vida política, em detrimento da construção de sentidos através de símbolos, rituais e cerimônias; 5) *funcionalista* - haveria pouca relevância nas peculiaridades do desenvolvimento histórico, considerada a crença na evolução em direção ao equilíbrio.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> MARCH; OLSEN. Op. cit.

<sup>21</sup> MARCH; OLSEN. Op. cit.

Em resposta a isso, a perspectiva neo-institucionalista propõe a relativização da dependência do sistema político em relação à sociedade, em benefício de uma interdependência entre as instituições sociais e políticas relativamente autônomas. As instituições não são concebidas como um espelho da sociedade ou simples produto das lógicas individuais. Elas formam, ao contrário, um quadro evolutivo das interações, cujas formas e modalidades mudam progressivamente, por efeito dessas mesmas alterações.<sup>22</sup>

### 3.3 A escolha racional

A escola histórica compartilha com a escola da escolha racional o ponto de partida institucionalista. Para ambas as instituições modelam as estratégias e influenciam os resultados políticos.

Para a escolha racional, as instituições são importantes como características de um contexto estratégico, que impõe restrições ao comportamento auto-interessado. As decisões resultam de um cálculo racional com relação a estratégias de maximização de bem-estar. Na medida em que reduzem custos de transação entre indivíduos e grupos, são soluções para problemas de ação coletiva e aumentam a eficiência.<sup>23</sup>

Das correntes neo-institucionalistas destacadas, essa é a mais próxima da tradição behaviorista, na medida em que dá

<sup>22</sup> MULLER; SUREL. Op. cit. John Kingdon, na segunda edição de *Agendas, alternatives and public policies*, introduz o seguinte comentário, a respeito da compreensão do papel das instituições como elementos relativamente autônomos no processo político: "Various versions of the 'new institutionalism' have been prominent in political science over the last couple of decades. The notion is that government is not simply pushed and pulled around by societal or economic forces, but has its own autonomy. Government isn't simply the product of the class structure, for instance, or the handmaiden of public opinion or pressure groups. In this telling, institutions, constitutions, procedures, governmental structures, and government officials themselves affect the political, social, and economic systems as much as the other way around. One need not assume that the state is some sort of reified unitary actor to appreciate the importance of governmental actors and institutions themselves in the setting of policy agendas" (p. 229).

<sup>23</sup> THELEN; STEINMO. Op. cit., p. 8.<sup>1</sup>

grande ênfase ao cálculo individual no processo de tomada de decisões. A noção de custo de informação e a custo de transação, no entanto, demonstram a presença do componente institucional no processo decisório.

Segundo James Buchanan,<sup>24</sup> a teoria da escolha pública (*public choice*) — que consiste numa ramificação da escola da escolha racional — baseada na teoria das falhas de governo, em paralelo com teoria das falhas de mercado —, os processos decisórios no governo e organizações políticas apresentariam falhas na eficiência alocativa e distributiva de recursos.

Buchanan destaca a questão metodológica envolvida na abordagem da escolha pública, que seria uma subdisciplina entre a Economia e a Ciência Política. A comparação das instituições sociais e as expectativas quanto a sua operação real demanda metodologia própria. A teoria da escolha pública toma os instrumentos e métodos de abordagem desenvolvidos em níveis analíticos sofisticados na teoria econômica e aplica-os aos setores político e governamental, à política e à economia pública, buscando descrever, explicar, compreender as complexas interações institucionais que ocorrem no mundo político.

Trata-se de uma teoria individualista da política; suas unidades são as pessoas e não unidades orgânicas, como partidos, províncias ou nações. Os indivíduos são maximizadores de utilidade, em termos de preferências.

As trocas políticas, em paralelo com a Economia, são vistas como o comércio para a vantagem mútua. Todavia, o processo de trocas políticas é mais complexo que o das trocas econômicas em mercados organizados. Haveria, de um lado, uma teoria política das instituições, que compreenderia uma teoria das regras de

<sup>24</sup> BUCHANAN, James. Politics Without Romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert D. (Org.). *The Theory of Public Choice II*. Michigan: The University of Michigan Press, 1996. p. 11-22. (artigo publicado originalmente em 1979).

votação, teorias eleitorais e de competição entre partidos e teorias da burocracia. De outro lado, haveria uma teoria econômica das constituições, cujos fundamentos encontram-se na teoria do contrato social e na filosofia política de Rawls, que, baseada na teoria do contrato social, colocaria o problema da legitimidade da ordem política: o que confere a alguns homens direito para governar os outros?

Trata-se de visão liberal, voltada ao estudo da estrutura legal que estabelece direitos individuais de propriedade, contratos privados e limita o poder do governo. Na conclusão do trabalho citado, Buchanan propõe reintroduzir limites constitucionais ao governo, além dos impostos pelas regras da democracia eleitoral, considerando a necessidade de impor limitações ao crescimento do gasto governamental e ao aumento de impostos.

### 3.4 Os institucionalismos jurídicos e as instituições do direito

No campo jurídico, embora haja diversas incursões pelo tema do institucionalismo, seria mais apropriado usar o termo no plural, dada a relativa autonomia de cada uma dessas formulações.

São referências, entre outros, os trabalhos de Maurice Hauriou, na França, e Santi Romano, na Itália, no início do século XX. Ambos são autores ligados à gênese do direito público, e no caso de Hauriou, ao Direito Administrativo, em sentido estrito.

Outra referência é a obra de Karl Renner, que na mesma época propõe uma leitura marxista do direito, em *Instituições de direito privado e suas funções sociais*.<sup>25</sup> Renner refere-se às instituições como elemento de aproximação entre o Direito e a

Economia, tomando por base as instituições de direito privado. Destaca-se a questão metodológica, entendendo o autor como problemática a aproximação entre Direito e Economia, dada a falta de correspondência ponto-a-ponto entre as instituições jurídicas e econômicas. A fusão de métodos entre a Economia e o Direito, aceita pelos economistas, deve ser rejeitada pelos juristas, com base no direito positivo: “Não há maior pedra no caminho do conhecimento do que misturar vários métodos. A unidade de uma instituição jurídica deriva do caráter unitário das normas de que ela é feita”.<sup>26</sup>

Na teoria geral do direito mais recente, o escocês Neil MacCormick propõe uma teoria institucional do Direito, com base numa visão positivista. Em *Law as Institutional Fact*, de 1973,<sup>27</sup> define as instituições como sistemas de regras, a partir da tradição do direito privado, contrato, propriedade, testamento, direitos sucessórios, incorporação, personalidade, obrigações de reparação, casamento, etc.

MacCormick aproxima a noção de instituição à de conceito jurídico, no sentido do conjunto de premissas subjacentes ao trabalho dos juristas, cuja atenção concreta se volta à estrutura do sistema em si e aos tipos de regras, primárias ou secundárias, impositoras de deveres ou atribuidoras de competências, numa referência ao positivismo de Hart. Esses conceitos-premissas atuariam como conjuntos coerentes de regras interrelacionadas,

<sup>25</sup> RENNER. Op. cit., p. 51. “There is no greater stumbling block in the path of knowledge than the mingling of various methods. The unity of a legal institution derives from the unitary character of the norms from which it is built up”. José Reinaldo Lima Lopes traduz a expressão como “pedra de tropeço”. “Os mesmos propósitos econômicos podem ser atingidos por várias instituições jurídicas. A discrepância entre uma instituição legal e seus efeitos extra-jurídicos nos dá uma pista sobre a razão pela qual muitas leis são supérfluas ou inefetivas. Essa discrepância, a constante divergência entre a norma jurídica e a eficácia social, fornece a única explicação para a evolução do direito.”

<sup>27</sup> MACCORMICK, Neil. Law as Institutional Fact. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht, Holanda: D. Reidel Publishing Company, 1992. p. 49-76.

<sup>25</sup> RENNER, Karl. *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. London: Routledge and Kegan Paul Limited, 1949. A primeira versão da obra é de 1904, posteriormente revista em 1929. A edição inglesa é de 1949.

de forma que as instituições permaneceriam como referências prévias e posteriores à criação e aplicação do direito.

Com base nessa idéia, propõe a organização sistemática dos conceitos jurídicos em conjuntos de regras, agrupando-as em três categorias: 1) regras institutivas, 2) regras consequenciais e 3) regras terminativas. As regras institutivas são aquelas que desencadeiam a aplicação da norma, aproximam-se da figura familiar à nossa tradição jurídica da hipótese de incidência normativa. As regras consequenciais correspondem ao que, na nossa tradição compreendemos com a expressão “regime jurídico”, uma vez que abrangem o conjunto de consequências produzidas pela aplicação da norma, em termos de direitos e deveres, poderes e responsabilidades. As regras terminativas fazem cessar a relação jurídica, como ocorre no caso dos distratos, da dissolução das companhias e do divórcio.

As categorias institucionais são usadas para organizar e conectar diferentes conjuntos de regras institutivas, consequenciais e terminativas e, nesse sentido, permitem simplificar a sua complexidade. Pode haver também uma inter-relação de instituições em cadeias complexas. As instituições proveem certo grau de certeza e razoável clareza para a organização de uma sociedade complexa, ao mesmo tempo em que provêem flexibilidade e capacidade de responder à mudança das condições sociais e valores, também necessários para um sistema jurídico. As normas como fatos institucionais são parte importante do direito nos sistemas desenvolvidos.

As instituições são conceitos jurídicos *in abstracto*, gerando “instâncias” concretas, à medida que se faz a aplicação do direito em cada caso. Assim, o contrato, como conceito, não se confunde com o contrato de compra e venda X do imóvel Y, por exemplo. A instituição como conceito precede, evidentemente, a de qualquer instância dessa.

Distinguem-se as instituições jurídicas das instituições sociais, tais como as universidades, escolas, hospitais, cortes, parlamentos, etc. As instituições jurídicas são sistemas de regras, que apresentam uma identidade jurídica; as instituições sociais são sistemas ou subsistemas sociais, que apresentam identidade organizacional.

A unidade coerente dos princípios e regras jurídicas depende de uma compreensão mais global do modo de operação das instituições sociais incumbidas das tarefas de elaboração, sustentação, interpretação, aplicação e efetivação do direito.

A teoria institucional do direito oferece à Sociologia do Direito uma ontologia das normas e ao mesmo tempo uma epistemologia da dogmática jurídica e permite uma visão detalhada sobre o papel dos conceitos-instituições e suas propriedades estruturantes no pensamento jurídico. MacCormick reconhece os antecedentes teóricos do trato com instituições, na Sociologia e em outras disciplinas e formula não uma teoria sobre instituições sociais, mas uma Teoria do Direito como sistema social normativo, bastante próxima da Sociologia das Instituições.<sup>28</sup>

MacCormick dialoga com a teoria das instituições de Maurice Hauriou (*La théorie de l'institution et de la fondation*). Para Hauriou, há uma idéia-diretriz (idéia motora, *idée directrice*) que faz da instituição um elemento funcional relativamente estável da realidade social, provedor da força necessária a ela. A organização do poder pela idéia motora dá à sociedade um sentido de comunidade. Não são as normas que constituem as instituições, mas ao contrário, as instituições que dão às normas sua força.

Criticando e atualizando Hauriou, MacCormick propõe a reconstrução hermenêutica da esfera de regras, objetivos e valores que é a base das instituições, fazendo-o em termos das

<sup>28</sup> MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht, Holanda: D. Reidel Publishing Company, 1992. p. 1-30.

necessidades sociais a que se voltam, os grupos plurais e classes existentes na sociedade e os corpos de pensamento que modelam as sociedades e suas transformações. Não apenas a questão da legitimação, mas os sistemas de deliberação e controle construídos pela ação social e interação.

### 3.5 Desafios metodológicos explicitados pelo trânsito entre as várias noções de instituição na Ciência Política e no Direito

Como se destacou, o diálogo interdisciplinar a partir da noção de instituição não dispensa a construção de uma metodologia compreensiva da especificidade de cada um dos campos envolvidos.

Chama atenção a associação, presente em vários textos de Ciência Política, entre instituições e normas. “As instituições — principalmente as leis e a Constituição — desempenham, portanto, duplo papel. Elas restringem e corrompem o comportamento humano. Porém, fornecem também os meios de liberação do vínculo social”.<sup>29</sup>

Ou, como afirma Douglas North, partindo de um olhar que combina a Ciência Política e a História Econômica: “Instituições são a regra do jogo em uma sociedade”.<sup>30</sup>

Essa associação aponta um problema grave para o diálogo interdisciplinar, considerando que no contexto jurídico, em que pesem diferenças significativas entre os diversos institucionalismos jurídicos, o conceito de instituição representa uma alternativa ou alargamento em relação ao horizonte puramente normativo do Direito, como adiante se verá. No contexto do Direito, instituições não são normas ou pelo menos não são simplesmente normas.

Aproximam-se mais da figura das organizações, o que todavia, conflita com a visão mais corrente na Ciência Política. North considera que as organizações são concretizações pontuais das instituições.<sup>31</sup>

Fica evidente para o olhar jurídico a falta de refinamento dessa definição, que impede a abrir a “caixa preta do direito do Estado”, para reconhecer o papel e os modos peculiares de atuação de normas, organizações e costumes conformados pelo Direito, os quais, nas definições referidas no âmbito da Ciência Política encontram-se amalgamadas num todo único. A análise de políticas públicas no campo do Direito pretende exatamente abrir a “caixa preta”, ordenando a compreensão, especificamente jurídica, das estruturas e processos de tomada de decisões governamentais.

Alguns criticam a formulação de “neo-institucionalismo”, que rigorosamente não traria nada de novo. Além disso, a debilidade metodológica da produção desse grupo de autores enfraqueceria o peso de sua contribuição.

As instituições, certamente, têm sido foco das ciências políticas desde o seu nascimento. Na Europa, o Estado tem sido, sistematicamente, elemento central no estudo da política e, por isso, os planos de trazê-lo de volta não parecem particularmente inovadores. A questão torna-se ainda mais confusa porque os novos institucionalistas não propõem uma definição de instituição que seja amplamente aceita e tampouco parecem partilhar de um mesmo programa de pesquisa ou de uma metodologia comum.<sup>32</sup>

Com essa raiz, é na verdade espantosa a ausência do elemento jurídico ou o seu pouco peso nas construções da Ciência Política de referência para as políticas públicas. No caso do

<sup>29</sup> NORTH. Op. cit.

<sup>29</sup> IMMERGUT. Op. cit., p. 160.

<sup>30</sup> NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. London: Cambridge University Press, 1990.

<sup>31</sup> NORTH. Op. cit.

<sup>32</sup> IMMERGUT. Op. cit., p. 155. A questão metodológica é séria e recorrente. Segundo Immergut, a mesma crítica se fazia ao movimento behaviorista da ciência política americana dos anos 1950 e 60, que não deixava claros seus métodos, teorias e tópicos de pesquisa.

neo-institucionalismo, especialmente nas vertentes organizacional e histórica, a omissão é gritante, especialmente se pensarmos no peso do elemento jurídico nos micro-processos envolvidos na formulação e implementação das políticas públicas.

A “institucionalização” de medidas adotadas no processo decisório governamental é uma estratégia conhecida de atribuição de caráter permanente e rotineiro a um determinado padrão de ação. Essa institucionalização se assenta, necessariamente, sobre componentes de natureza jurídica, consistindo na cristalização dos padrões de ação em normas ou organizações; essas, por sua vez, estabelecidas e conformadas por regras jurídicas. Dito de outro modo, a institucionalização de determinado programa de ação ou política pública está vinculada a normas de conduta ou de organização, para referir a dualidade hartiana.

As expressões “arquitetura institucional” ou “engenharia institucional”, raramente empregadas de modo explícito no jargão jurídico, deveriam incorporar-se a ele com mais frequência e com mais clareza, considerando que os tijolos, o cimento e todo o material de que são feitos os edifícios institucionais se constituem de componentes jurídicos.

#### 4 Convecionando a linha de trabalho para uma metodologia de análise jurídica de políticas públicas

Partindo da convicção de que a aplicação da noção de políticas públicas auxilia a compreensão de fenômenos jurídico-institucionais, importa estipular com que sentido a noção deve ser utilizada, no âmbito jurídico. Essa estipulação envolverá os dois enfoques referidos inicialmente, isso é, a compreensão teórica do papel do direito na estruturação e dinâmica das políticas públicas e a proposição de modelos jurídicos para a construção de novos arranjos.

A noção de políticas públicas traz duplo ganho para a reflexão jurídica, tanto teórica, quanto aplicada. De um lado, permite buscar uma linha de racionalidade que relacione as diversas componentes, aparentemente dispersas, de uma ação pública determinada. É verdade que nem sempre essa racionalidade é encontrada ou mesmo encontrável. A racionalidade da ação governamental está no plano ideal-típico, isso é, trata-se de algo que a ação pública persegue, permeada por múltiplas linhas de tensão, que atuam em sentidos diversos e contrapostos. O ambiente em que se dá a ação governamental é fragmentado e beira o caótico,<sup>33</sup> daí que a compreensão de suas componentes jurídico-institucionais pode representar um diferencial de melhoria das políticas públicas que nele se desenvolvem.

Essa análise oferece referenciais para uma nova relação do pesquisador com o objeto jurídico, menos restrita ao direito posto e sua aplicação, e mais voltada aos processos de produção das decisões governamentais, com ênfase no elemento jurídico que conforma a ação governamental.

Como consequência, a elaboração analítica em torno dos modelos de ação juridicamente sistematizados passa a ter uma tradução prescritiva, como referencial de orientação para a elaboração das políticas públicas em si.

Nesse sentido, a análise retrospectiva, pós-legislada, a partir do direito posto, cede espaço para uma visão prospectiva, por assim dizer, pré-legislada, mais atenta aos processos de formação da norma e das instituições jurídicas.

<sup>33</sup> A compreensão de que a ação pública se desenvolve a partir de uma “anarquia organizada” levou Cohen, March e Olsen a desenvolver uma teoria de decisão organizacional chamada de “modelo da lata de lixo”: “[...] a organização é um amontoado de idéias soltas [mais que] uma estrutura coerente; ela descobre preferências através da ação, mais do que atua com base em preferências.” COHEN, Michael; MARCH, James e OLSEN, Johan. *A garbage can model of organizational choice. Administrative Science Quarterly*, p. 1-25, 17 Mar. 1972 apud KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives and Public Policies*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Harper Collins College Publishers, 1995. p. 84-86.

As políticas públicas permitem um trabalho mais prospectivo do que retrospectivo no Direito, o que é interessante, uma vez que a Teoria Geral do Direito, desenvolvida nos moldes da predominância do direito privado, tem seu foco no momento da aplicação da lei, especialmente no dizer o direito pelos tribunais. Uma Teoria Geral do Direito Público que analise e sistematize o que ocorre no Estado antes da edição da lei, ou o processo, em sentido amplo, que leva à decisão acerca da propositura de um projeto de lei, e ainda as mediações necessárias, tanto no aparelho do Estado, como no meio social, para a efetivação das disposições constitucionais, é algo que ainda está por ser construído.

O importante é a abordagem multidisciplinar e o método para analisar as componentes jurídicas. A matriz conceitual do trabalho deve ser encontrada na Ciência Política. Isso porque as inovações significativas na área da gestão pública também lidam com noções forjadas na Ciência Política. E quando se constrói, a partir da base, o método para uma nova visão sobre a realidade jurídico-institucional, é preciso que os conceitos fundadores sejam sólidos o suficiente para suportar uma elaboração sistemática razoavelmente consistente. Há um risco de barateamento conceitual, para o trabalho com categorias de pouca densidade, que pouco dizem para um aprofundamento da reflexão jurídica.

Convém fixar as premissas para esse trabalho.

#### a) *Premissas*

##### a.1) *Políticas públicas como arranjos institucionais complexos*

A riqueza conceitual das políticas públicas reside em seu caráter de arranjos complexos, compostos de elementos de naturezas diversas, que balizam a decisão e o uso dos meios à disposição do Poder Público. É importante, contudo, que a abordagem não perca de vista as diferentes premissas e as particularidades epistemológicas de cada uma das áreas.

Assim, considerando que uma política pública é um aglutinado de dados e processos, a qualidade, tanto do arranjo em si, como dos expedientes de compreensão e análise, está na razão direta da adequação dos métodos utilizados.

Em resumo, políticas públicas são arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins.

As políticas públicas são arranjos da realidade institucional e, enquanto tais, eleitas como objeto de pesquisa na área das Ciências Sociais Aplicadas, não estão dadas, mas são construídas a partir da observação. A grande dificuldade, do ponto de vista metodológico, é “recortar” cada política, isso é, separar o que deve ser considerado como objeto de estudo. A liberdade de estipular a abrangência conceitual não dispensa o estudioso da necessidade de justificar a delimitação do objeto, de maneira que os mesmos critérios possam ser aplicados a outras políticas que venham a ser postas sob foco.

##### a.2) *A decisão governamental como problema central da análise de políticas públicas*

A análise de políticas públicas tem como centro a ação do Poder Público. A articulação das ações privadas, parte necessariamente integrante de arranjos complexos e amplos, é vista sob o prisma da mediação estatal.

As decisões relevantes ao olhar das políticas públicas acontecem no seio do poder governamental. O balanço entre a parcela da decisão que recai sobre o Executivo e o Legislativo depende de vários fatores, até mesmo do regime de governo. Nos regimes parlamentaristas, naturalmente o Parlamento tem grande influência sobre as linhas principais das políticas públicas adotadas pelo governo. Nos regimes presidencialistas,

isso depende do vigor da representação política no Poder Legislativo. Quanto mais o Parlamento corresponder ao espaço de representação das forças sociais, maior tende a ser o seu peso na escolha dos vetores das políticas públicas. Ao reverso, quanto mais débil ou mais artificial ou ainda mais segmentada em benefício de classes ou grupos sociais for a representação parlamentar, mais o embate entre interesses fundamentadores de políticas públicas tende a se deslocar para o interior do aparelho administrativo.

Trata-se de “abrir a caixa preta” do Estado, no que concerne aos processos jurídico-institucionais de construção e implementação das decisões governamentais.

### *a.3) Estipulação da ação racional, estratégica e em escala ampla como identificadora de políticas públicas*

Considerando que a noção de política pública é um constructo de pesquisa, importa adotar, para fins de análise, os arranjos institucionais complexos que atendam requisitos de racionalidade, estratégia e amplitude de escala.

Devem ser deslocadas do plano central da análise, utilizadas apenas em contraste ao objeto definido como central, as situações de não-ação, isto é, as omissões do Poder Público em relação a deveres constitucionais, legais — juridicamente muito relevantes, especialmente no que toca ao controle.

O componente da estratégia é intrínseco à idéia de política pública. A ação do governo em movimento, numa direção racionalmente concebida, compreende a concepção dos passos em que se desdobra a ação, com alguma clareza sobre os atores envolvidos em cada passo, as relações entre eles e assim por diante.

A idéia de ação estratégica é desenvolvida por Charles Lindblom em *Still Muddling Through*, de 1958, em que formula a abordagem conhecida como incrementalismo. Lindblom propõe

uma estruturação da análise do processo de decisão governamental que culmina na noção de análise estratégica, assimilada às ferramentas de trabalho do administrador público e privado. Lindblom refuta a acusação de conservadorismo, daqueles que criticavam a impossibilidade de alterações estruturais significativas no cenário incremental, afirmando que “[...] uma sequência rápida de pequenas mudanças pode produzir uma alteração drástica do *status quo* mais rápida que uma alteração maior brusca”.<sup>34</sup>

O fato é que a possibilidade de alterações estruturais profundas, por força da ação planejada do Estado, na realidade que sucede as economias planificadas do século XX, é menor do que se postula, em parte devido à existência de espaços institucionais previamente preenchidos por organizações e processos minuciosamente e pesadamente regulados pelo direito. O “macroplanejamento”, portanto, é obrigatoriamente complementado por definições setoriais e locais que podem ser racionalmente programadas e arranjadas ou não. No primeiro caso, estaremos diante de políticas públicas.

Abre-se espaço para uma discussão sobre os câmbios estruturais versus alterações contingenciais, mas essa discussão é mais extensa do que o que se propõe aqui.

Importa fixar, por fim, que as políticas públicas ocupam um espaço intermediário entre as decisões estruturais do processo de planejamento e as decisões de alcance individual ou de grupos, característica, por exemplo, da atividade jurisdicional típica. Isso porque a política pública se caracteriza pela amplitude de escala. As decisões de alcance meramente individual ou muito restrito, no que concerne ao universo de beneficiários, se exclui do âmbito de interesse do estudioso de políticas públicas.

<sup>34</sup> LINDBLOM, Charles. Todavía tratando de salir del paso. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 99-122.

### b) *Premissas negativas*

Situadas as bases sobre as quais se desenvolverá o trabalho, cabe definir os seus limites, ou aquilo que será deliberadamente excluído da estipulação metodológica proposta.

#### b.1) *As políticas públicas não podem e não devem ser reduzidas às disposições jurídicas com as quais se relacionam*

Um equívoco frequente é tomar como sinónimos os direitos sociais, de base constitucional, e as políticas públicas destinadas a implementá-los. A cautela que se recomenda, nesse ponto, é de tal ordem, que nem mesmo as medidas concretas de implementação do direito se pode qualificar automaticamente de política pública.

Salvo duas exceções, que são o STUS e o Fundeb, entendendo que a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas. Assim, política pública não é sinónimo de direito nem pode ser reduzida a disposições jurídicas, em particular a disposições constitucionais.

O ponto de partida do estudioso do Direito deve ser o de que os arranjos institucionais complexos considerados como políticas públicas são conformados pelo Direito, embora não reduíveis a ele.

As dimensões da Gestão Pública, da Política, da Economia, da cultura, da História, da Geografia e tantas outras convivem com a dimensão jurídica de uma política pública.

#### b.2) *As políticas públicas permanecem como categoria de análise e estruturação da atuação do Estado, mesmo superado o paradigma do Estado de bem-estar social*

Embora a noção de política pública tenha se forjado no contexto do Estado Social, como modalidade de intervenção do Estado,<sup>35</sup> a modificação do paradigma do Estado de bem-estar

social (nunca implementado no Brasil ou nos países periféricos, é verdade) para um “Estado regulador” não é suficiente para a superação desse paradigma jurídico, irreversivelmente incorporado ao modo de atuação do Estado pós-liberal.

Além disso, em determinado contexto, trata-se de uma expressão datada, associada aos vários modos de intervenção do Estado no *welfare state*. A Ciência Política francesa utiliza o conceito de regulação, como noção evoluída das políticas públicas no sentido contemporâneo. Outros autores valem-se do conceito de governança, que também tem pontos de contato.

#### b.3) *As políticas públicas não se reduzem às políticas sociais*

A abordagem estrutural que se propõe pode se aplicar indistintamente a qualquer política, incluindo as políticas de infra-estrutura e quaisquer outras em que se revele a ação do governo como condutora das decisões que moldam a relação com o mercado e a sociedade civil.

Do ponto de vista da estrutura e da dinâmica jurídicas, não há razão para segregar as políticas sociais. Embora elas possam e devam ser vistas como espécies de um gênero de ações governamentais que se baseia em estratégias de prestação de serviços, indução e fomento, para a abordagem a que se propõe este trabalho, o enfrentamento metodológico é exatamente o mesmo.

#### c) *Diretrizes metodológicas*

##### c.1) *Não criar um “direito das políticas públicas”*

No campo do Direito, é preciso fugir de algumas armadilhas. A primeira delas, bastante familiar, seria pretender criar uma nova área ou disciplina, o “Direito das políticas públicas”, quando é certo que a maior riqueza dessa aproximação é exatamente permitir olhar o processo decisório governamental segundo diversas óticas epistemológicas combinadas, dentro e fora do Direito.

<sup>35</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *L'Action. Publique: Sociologie et Politique*. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

As políticas públicas não configuram um conceito jurídico e cabe dizer que nem mesmo seria imprescindível utilizar-se a figura das políticas públicas como referencial para a abordagem interdisciplinar aqui proposta.

É forçoso reconhecer razão à crítica de meu amigo Gilberto Bercovici quanto a minha proposta de reorganização do direito público a partir da noção de políticas públicas, pelo menos até que se organize um arsenal teórico suficiente para compreender, analítica e prescritivamente, os mecanismos da ação governamental como propulsores da ação coletiva. Dessa compreensão acumulada poderá resultar o entendimento mais rico dos múltiplos mecanismos de ação do Estado e essa noção central, sim, poderá ensejar uma reordenação do direito público. Antes disso, esse debate será mera retórica.

### *c.2) Não tomar a noção de política pública como categoria jurídica*

A segunda armadilha, conexa com a primeira, seria pretender “encapsular” a noção de políticas públicas em uma categoria jurídica artificial. A política pública não configura uma categoria jurídica. Um saber jurídico no campo das políticas públicas deve conseguir relacionar os aspectos econômicos, políticos e de gestão inerentes à abordagem com outras categorias jurídicas além das normas, tais como os processos, as instituições e a cultura jurídica.<sup>36</sup>

### *c.3) Realizar aproximações com campos ou temas estabelecidos na teoria jurídica*

Uma abordagem analítica juridicamente estruturada consiste em examinar a noção de políticas públicas a partir dos campos que definem, na sua gênese, a particularidade do

Direito, a teoria geral do Direito e a teoria do Estado. Isso é necessário, mas sem que se perca de vista as aproximações com os temas correlatos nos âmbitos da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública.

No Direito Econômico, cumpre localizar a figura das políticas públicas nas dinâmicas da atividade de planejamento e sua relação com a temática do desenvolvimento.

Já no campo do Direito Administrativo, é o caso de aproximar a figura com as funções administrativas associadas aos seus instrumentos, construindo a chamada “caixa de ferramentas” do analista jurídico de políticas públicas, distinguindo as que se valem do poder de ordenação daquelas que se organizam sobre a prestação direta dos serviços do investimento ou fomento públicos.

A partir desse mesmo raciocínio, outras abordagens podem ser intentadas em outros campos estabelecidos, como o Direito Financeiro, o Direito Processual e até mesmo campo menos permeado diretamente pelo direito público, como o Direito Internacional e assim por diante.

A relevância da metodologia jurídica de análise das políticas públicas depende de saber se esse conjunto de abordagens será suficientemente consistente para superar as limitações presentes em cada um desses campos do conhecimento hoje.

### *c.4) Formular uma metodologia geral, a partir da sistematização de estudos de caso, com base na análise na estruturação e no funcionamento jurídicos de políticas públicas selecionadas*

Uma outra diretriz consiste em estudar, pelo prisma jurídico, as políticas públicas de implementação do direito à saúde, à educação, à assistência social, à segurança pública, e outras, por meio de comparações entre a institucionalização de cada uma delas e análise das estratégias jurídicas de conformação e implementação, identificando modelos de intervenção, com base na observação das experiências concretas. Assim como se fala

<sup>36</sup> Expuls as razões dessa convicção de maneira mais extensa em “O conceito de política pública em direito”, citado.

em uma economia da educação, economia da cultura, falar-se-ia num direito da educação, direito da saúde, direito da cultura e assim por diante.

A tônica não recairia mais sobre o direito subjetivo, o acesso ao direito — ter oportunidade de se educar ou não, ter acesso aos benefícios da assistência à saúde ou não —, mas ao modo de organização das estruturas jurídicas, internas ao Estado ou mediadas por ele (no sentido de sujeitas, com maior ou menor intensidade, à sua órbita jurídica), que fazem eficaz o exercício do direito.

O uso dessa técnica é bastante freqüente nos estudos sobre políticas públicas, o que gera a impressão de uma certa dispersão e falta de foco no material produzido. Não obstante, a observação dos modelos concretos é praticamente obrigatória para a análise de políticas públicas. A escola do institucionalismo histórico vale-se dessa abordagem. Ellen Immergut se preocupa em relativizar a tendência ao excesso de indução reforçada pelo olhar do institucionalismo histórico. Uma das respostas possíveis, a meu ver, seria verificar os elementos de repetição e estabilidade, providos exatamente pelo arcabouço jurídico das instituições.

Do ponto de vista estrutural, o desafio está em sistematizar as análises, segundo determinadas categorias, que permitirão identificar repetições históricas, semelhanças e dessemelhanças nos arranjos observados, extraindo conclusões a respeito dos processos decisórios governamentais especificamente considerados e suas componentes jurídicas.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Considero esse texto um primeiro esboço sobre a ideia de uma metodologia de análise jurídica de políticas públicas. A oportunidade de dialogar com a comunidade jurídica do Instituto Mineiro de Direito Administrativo e a necessidade de cumprimento de prazos me fizeram quebrar a resistência em divulgar um texto que considero inacabado. Os comentários e críticas que possam ser encaminhados serão bem-vindos, no endereço <mariaipaula@usp.br>.

## Referências

- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCHANAN, James. Politics Without Romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert D. (Org.). *The Theory of Public Choice II*. Michigan: The University of Michigan Press, 1996.
- DURAN, Patrice. Genèse de l'analyse des politiques publiques. In: BOUSSAQUET, Laurie; JACQUOT, Sophie; RAVINET, Pauline (Org.). *Dictionnaire des Politiques Publiques*. Paris: Presses de Sciences Po, 2004.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *L'Action Publique*. Sociologie et Politique. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.
- IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 155-195.
- KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives and Public Policies*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Harper Collins College Publishers, 1995.
- LINDBLOM, Charles. Todavía tratando de salir del paso. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 99-122.
- MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ora. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ora. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht, Holanda: D.Reidel Publishing Company, 1992. p. 1-30.
- MACCORMICK, Neil. Law as Institutional Fact. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ora. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht, Holanda: D.Reidel Publishing Company, 1992. p. 49-76.
- MARSH, James; OLSEN, Johan. *Rediscovering Institutions: the Organizational Basis of Politics*. New York: The Free Press, 1989.
- MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *L'Analyse des Politiques Publiques*. Paris: Moutchrestien, 1998.
- NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. London: Cambridge University Press, 1990.

- RENNER, Karl. *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. London: Routledge and Kegan Paul Limited, 1949.
- SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006.
- SMITH, Rogers. M. "Political jurisprudence. The "new institutionalism" and the future of public law". *American Political Science Review*, v. 82, n. 1, p. 89-108, Mar. 1988.
- STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics*. Historical Institutionalism in Comparative Analysis. Cambridge University Press, 1992.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 225-260. ISBN 978-85-7700-155-2.

## Políticas públicas e terceiro setor<sup>1</sup>

Maria Tereza Fonseca Dias

*Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora universitária. Procuradora-Geral Adjunta do Município de Contagem/MG.*

**Sumário:** 1 Introdução - 2 O setor público não-estatal e a redescoberta da sociedade civil - 3 Conceito de políticas públicas - 4 As políticas públicas estatais e o terceiro setor - 5 Considerações finais - Referências

### 1 Introdução

As últimas décadas registraram alterações profundas nas relações entre o Estado e o terceiro setor, conforme relatam as

<sup>1</sup> O desenvolvimento completo de algumas idéias expostas neste ensaio encontra-se nas obras: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação* – por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo no estudo da relação entre o estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A legitimidade das ações da administração pública em face dos cidadãos: desafio para um direito administrativo pós-moderno? *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix*, Nova Lima, v. 1, n. 1, p. 109-126, maio 2003.

