

<i>Direito público subjetivo e políticas educacionais</i> Clarice Seixas Duarte	267
<i>Política urbana e regulação urbanística no Brasil — conquistas e desafios de um modelo em construção</i> Renato Cymbalista	279
<i>Coordenação da ação pública. A experiência dos comitês de bacia hidrográfica</i> Maria Luiza Granziera	301

O conceito de política pública em direito

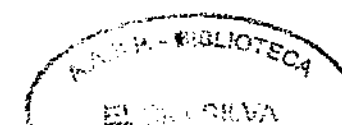
Maria Paula Dallari Bucci

Sumário: 1. A temática das políticas públicas como objeto de interesse para o direito. 2. Concretização dos direitos sociais: um novo problema que se apresenta para a teoria do direito. 2.1. Os direitos sociais como inovação no paradigma jurídico do Estado liberal. 2.2. Positivização constitucional dos direitos sociais. 3. Expressões jurídicas de políticas públicas. 3.1. Políticas com suporte legal. 3.2. Políticas no texto constitucional. 3.3. Políticas de Estado e políticas de governo. 3.4. Outros suportes jurídicos de políticas públicas. 4. Controle judicial de políticas públicas. 4.1. Objeto do controle judicial. 4.1.1. Política pública como atividade. 4.1.2. Política pública como norma. 4.2. Intervenção do Poder Judiciário na conformação ou aplicação de políticas públicas. 5. Formulação de um conceito jurídico de políticas públicas. 5.1. Programa. 5.2. Ação-coordenação. 5.3. Processo. 5.4. Metodologia jurídica de políticas públicas. Bibliografia.

1. A TEMÁTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO OBJETO DE INTERESSE PARA O DIREITO

As políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Seu campo de interesse — as relações entre a política e a ação do Poder Público — tem sido tratado até hoje, na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria do Estado, do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito financeiro. Na verdade, o fenômeno do direito, especialmente o direito público, é inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política. Daí ser compreensível, num primeiro momento, certa resistência ao que parece, à primeira vista, um modismo.

Não obstante, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade. Alguns institutos e categorias jurídicas tradicio-



nais, hoje despidos de seu sentido legitimador original, buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. Ter-se firmado como campo autônomo, dotado de "objetividade" e "cientificidade" — desafios do positivismo jurídico —, é um objetivo até certo ponto realizado pelo Direito, o que permite a seus pesquisadores voltar os olhos às demandas sociais que fundamentam a construção das formas jurídicas.

Do ponto de vista da atuação concreta do direito, a idéia de um sistema hierarquizado de normas jurídicas, sintetizado na figura da pirâmide normativa, tendo por ápice a norma fundamental hipotética — expressão formal do pacto fundamental de um povo, com a dimensão subjetivo-política da legitimidade, consubstanciada na sua efetivação —, dentro de certa medida, dá conta da operação cotidiana do sistema jurídico. Suas ulteriores evoluções, a percepção da complexidade normativa, diferenciando normas de conduta e organização, a introdução dos valores nos sistemas de direito positivo e todo o aparato jurídico conceitual construído a partir daí, não invalidam o modo de organização básico dos sistemas jurídicos.

Entretanto, o desafio atual é enfrentar o problema da "esterilização" do direito público em sua função de organização das relações entre Estado, Administração Pública e sociedade, processo que resultou do seu distanciamento em relação a uma realidade cambiante e dinâmica.

2. CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UM NOVO PROBLEMA QUE SE APRESENTA PARA A TEORIA DO DIREITO

2.1. Os direitos sociais como inovação no paradigma jurídico do Estado liberal

Há uma razão intrinsecamente jurídica que inspira o delineamento do espaço epistemológico dessa nova figura no direito. E essa razão relaciona-se à profunda transformação que se operou no universo jurídico do século XX, desde que as Constituições ultrapassaram os limites da estruturação do poder e das liberdades públicas e passaram a tratar dos direitos fundamentais em sentido amplo, dispondo especificamente sobre os direitos sociais.

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para

o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais.

A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais. Como se sabe, os chamados direitos humanos de primeira geração, os direitos individuais, consistem em direitos de liberdade, isto é, direitos cujo exercício pelo cidadão requer que o Estado e os concidadãos se abstenham de turbar. Em outras palavras, o direito de expressão, de associação, de manifestação do pensamento, o direito ao devido processo, todos eles se realizariam pelo exercício da liberdade, requerendo, se assim se pode falar, garantias negativas, ou seja, a segurança de que nenhuma instituição ou indivíduo perturbaria seu gozo.

Já os direitos sociais, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919 (entre nós, com a Constituição de 1934), são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como pode um sem-teto exercer o direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante do rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição. E assim sucessivamente.

Como se pode ver, os direitos sociais, ditos de segunda geração, que mais precisamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração. Da mesma forma, os direitos de terceira geração, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento, foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais, também em relação aos cidadãos ainda não nascidos, envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados "direitos transgeracionais". O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, dessa forma, se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais. Isso ao mesmo tempo em que se multiplicam as formas de opressão, tanto pelo Estado como pela economia.

A percepção dessa evolução evidencia que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.

Os críticos consideram ingênua a "inflação de direitos" promovida nesse processo. Alertam para o fato de que, como disse certa vez um jurista, "a Constituição não cabe no PIB". Haveria um excesso de direitos, correspondentes a aspirações sociais cuja satisfação depende da macroeconomia, da organização dos setores produtivos, da inserção do Estado na economia mundial, enfim, de variáveis estranhas ao direito. Para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis.

Mais do que isso, em certos momentos, como ocorreu nos anos 80 com o declínio do Estado de bem-estar nos países europeus, a multiplicação de direitos, particularmente os direitos sociais, seria um fator de perda de competitividade dos Estados, na medida em que tais direitos imporiam a criação e manutenção de pesadas e dispendiosas estruturas de serviços públicos de saúde, educação etc.

Deve-se, desde logo, relativizar a tradução dessa situação para os países periféricos na economia mundial, tendo em vista que neles não é o Estado social, mas a falta dele uma das responsáveis pela pequena competitividade. Hoje, quando o fator domínio tecnológico é um importante diferencial na concorrência entre empresas e Estados, a extensão do cumprimento do direito à educação (para citar apenas um) é uma das variáveis a definir a posição relativa de um Estado no cenário mundial, em termos de desenvolvimento.

Outros direitos sociais, como a saúde, a assistência social e hoje o direito ao meio ambiente, direito de terceira geração, são referenciais que permitem aferir a posição relativa de um país no cenário mundial, no que diz respeito ao desenvolvimento humano. Embora possa haver algum questionamento sobre o quesito competitividade entre os países que têm índices de desenvolvimento humano (IDH) elevados, é indubitável que o IDH baixo está associado a reduzida capacidade de competição e inserção na economia mundial.

Esse processo de ampliação de direitos, por demanda da cidadania, enseja um incremento da intervenção do Estado no domínio econômico. A intervenção do Estado na vida econômica e social é uma realidade, a partir do século XX. E apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal, que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretextos variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico.

A garantia dos direitos — também pela mediação do Estado — é a outra face dessa realidade.

No plano das relações jurídicas, cada um desses movimentos, com sua dinâmica própria, gerou um tipo de transformação para o direito. A Constituição brasileira de 1988, com seus capítulos sobre a Ordem Econômica e a Ordem Social, representa as duas faces dessa moeda.

O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas. A alteração na ordem jurídica que demanda essa nova conceituação provém da mesma fonte histórica, que é a formação do Estado intervencionista. Essa, embora tenha desenvolvimentos particulares em cada ordem jurídica nacional, pode-se demarcar a partir dos primeiros contratos de concessão de serviço público, no final do século XIX, de quando data, também, a primeira legislação antitruste, o *Sherman Act*, em 1890. Há um salto significativo na década de 1930, com o *New Deal* do governo Roosevelt e as políticas correspondentes em cada país (no Brasil, é o momento da industrialização), que irá desembocar nos chamados trinta anos gloriosos, que vão do fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, ao choque do petróleo, em 1974. Esse período do pós-guerra consagra o apogeu do Estado social, quando são formuladas as constituições que fornecem a matriz da Constituição brasileira de 1988 (embora o constitucionalismo brasileiro já viesse esboçando o caminho do Estado social desde 1934 e 1946).

O que há de inovador no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra, inaugurado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, não é apenas a estruturação em regras e princípios, nem a aparente generosidade com a referência a direitos, especialmente os direitos sociais.

O que realmente altera o paradigma do constitucionalismo é a instituição dos Tribunais Constitucionais, mais uma vez sob o pioneirismo do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1950.

Todas as experiências constitucionais importantes desse período realizaram a projeção institucional da nova força da constituição no Tribunal Constitucional. Alemanha, Portugal, Espanha incluíram no desenho institucional a atuação da corte especializada. Até mesmo a França, cuja tradição jurídica não incorpora o controle de constitucionalidade, instituiu a figura do Conselho Constitucional, de modo a conferir um acompanhamento efetivo do cumprimento da Constituição.

Um aspecto notável desse novo constitucionalismo reside justamente em introduzir a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário, ganham lugar privilegiado, nas arenas de socialização política, em especial o Poder Legislativo, mas também, de certa forma, o Poder Judiciário, os embates sociais por direitos.

E se há uma idéia que pode sintetizar, na ordem jurídica, essa nova visão, é a da “força normativa da Constituição”, título de uma conferência proferida por Konrad Hesse¹, juiz do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que expressa a valorização da efetividade das normas constitucionais, não mais expressões simbólicas do pacto político, mas prescrições com força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado.

O movimento de requalificação da presença do Estado nas décadas de 1980 e 1990, com as privatizações e o desenvolvimento da função de regulação, em lugar da prestação direta dos serviços públicos, não chega a alterar o paradigma das políticas públicas.

2.2. Positivização constitucional dos direitos sociais

Se o sentido político dos direitos sociais é de fácil apreensão, o mesmo não ocorre com a sua configuração jurídica.

A enunciação contida no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, art. 2º, é bastante ilustrativa da peculiaridade dessa categoria de direitos:

¹ *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Editor, 1991.

“Art. 2º-1. Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”².

Na verdade, a introdução dos direitos sociais representa uma tormentosa questão no panorama do sistema jurídico. A “realização progressiva” a que alude o Pacto sugere direitos enfraquecidos, na medida em que apenas enunciados, sem condição assegurada de exercício.

Isso porque, especialmente nas sociedades com menor tradição de garantia de liberdades e mais atrasadas do ponto de vista das condições econômicas e sociais de seu povo, a introdução dos direitos sociais só faz sentido, do ponto de vista normativo, se estiver associada a um conjunto de garantias equivalente ao que permitiu que os direitos individuais se transformassem em pilar e referencial político e jurídico dos Estados democráticos modernos.

A preservação da esfera individual de liberdade em face do Estado, a partir do século XVIII, foi possível graças à criação de estruturas e à formação de uma “consciência institucional garantística” que se inseriu de diferentes modos nas realidades de cada país. Na Inglaterra, graças à tradição liberal, pela via do Parlamento; nos Estados Unidos, pela Constituição.

Nos Estados que tardaram mais a criar as condições de funcionamento do Estado liberal, as demandas por liberdade vêm associadas a um pleito pela realização do Estado social. Isso explica que a tarefa constitucional nos Estados de democratização mais recente seja imensamente maior e mais onerosa do que nos Estados onde as tarefas básicas da civilização foram cumpridas há mais tempo, num período em que as relações sociais não haviam sido permeadas tão profundamente pelo direito, como ocorre hoje.

Mesmo a Alemanha, cuja reconstrução constitucional, após a experiência do nazismo, em 1949, serviu de modelo para a Constituição brasileira de 1988 — passando pela influência intermediária da Constituição portuguesa de 1976 — não foi muito longe em matéria de direitos sociais. Konrad Hesse, analisando o lugar central dos direitos fundamentais na Lei Fundamental, observa que o catálogo de direitos nela contido não é exaustivo, admitindo que outros direitos não enunciados como tais podem

² José Augusto Lindgren Alves. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*, São Paulo: FTD, 1997, p. 75 (grifo meu).

ser considerados como fundamentais, e adverte que “não obstante, considerados em conjunto, os direitos fundamentais da Lei Fundamental se circunscrevem basicamente aos clássicos direitos humanos e civis. Os constituintes de 1949 evitaram conscientemente incluir regulações da vida econômica, social e cultural que transcendem tais direitos, como se continham — ainda que só como programa não vinculante para o legislador, segundo a interpretação dominante — na Constituição do *Reich* de 1919”³.

O papel dos direitos fundamentais evolui no sentido de garantir a liberdade em face das ameaças perpetradas não mais pelo Estado, mas pelos poderes não estatais (como o poder econômico interno, além das forças econômicas e políticas exteriores ao Estado). Evolui também para a ampliação do seu sentido, que agrega às liberdades fundamentais os direitos de participação ou de prestação.

Há, no entanto, para Hesse, uma debilidade inerente aos direitos sociais no que tange ao seu estatuto constitucional, na medida em que esses, no seu entendimento, não consubstanciam direitos subjetivos — cujo descumprimento gera direito de ação frente ao Estado — mas direitos cuja realização depende de “tarefas de Estado”, programas de objetivos sujeitos a amplas margens legislativas e políticas de configuração⁴.

Ernest Benda considera a cláusula do Estado social na Lei Fundamental da Alemanha como “categoria jurídica voltada ao futuro”.

³ Konrad Hesse et al., “Significado de los derechos fundamentales”, in *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

⁴ Hesse, op. cit., p. 97. Ainda assim, o Tribunal Constitucional alemão, em sentença de 18-7-1972 sobre questionamento da limitação do acesso à Universidade, deixou assentada a correlação entre o avanço nas relações de liberdade entre Estado e cidadãos e “a exigência complementar de garantir como direito fundamental a participação em prestações estatais”. O comentário sobre essa sentença agrega o seguinte: “Se a Constituição impusesse ao processo de formação política de vontade não apenas objetivos e diretrizes, mas obrigações determinadas, se contrairia a ordem democrática da Lei Fundamental como marco do processo político em liberdade. Isso levaria a substituir a política — judicialmente fiscalizada — por uma execução da Lei Fundamental e, desse modo, a restringir decisivamente o campo em que deve formar-se a vontade parlamentar como fundamento de uma ordem democrática aberta. A contradição sistemática entre direitos fundamentais como direitos originários de participação e ordem democrática põe, em consequência, limites a tais direitos originários de participação constitucionalmente fundamentados. Não são adequados para fazer justiça à problemática dos direitos fundamentais em um Estado provedor de prestações”.

“A referência ao consenso e à capacidade para a mutação são condições essenciais para que os princípios constitucionais básicos conservem sua eficácia também na hipótese de mudanças. Para a cláusula do Estado social há consideráveis abertura e flexibilidade, com o que cumpre tais condições. O fato de que só em pequena medida caiba inferir diretamente respostas materiais é um inconveniente apenas em uma primeira e elementar aproximação. O mandamento constitucional continua existindo. Não cabe à discricção da maioria parlamentar executá-lo ou não. Mas o detalhe do que deva ser feito não está tão predeterminado que não exista margem para a busca da melhor alternativa”⁵.

Essas ressalvas não devem ser entendidas com olhos puramente liberais, como se os direitos sociais fossem normas sem eficácia. Importante a observação final de Benda, no sentido de que as normas constitucionais são ditames que devem (imperativamente) ser realizados. Quando o próprio texto constitucional não instituiu as tarefas de realização, cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Robert Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, após formular como idéia reitora a de que os direitos fundamentais “são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode recair em mãos de simples maiorias parlamentares”, sustenta a existência de direitos a prestações de diferentes tipos: 1) direitos a proteção; 2) direitos a organização e procedimento; e 3) direitos a prestações fáticas (prestações em sentido estrito). Dentre esses, ressalta o direito a prestações normativas e a medidas estatais de tipo organizativo⁶.

O próprio Alexy, no entanto, reconhece o caráter polêmico do debate sobre direitos a prestações, referindo algumas decisões do Tribunal Constitucional que indicam um desenvolvimento do tema mais rico do que enuncia o texto da Lei Fundamental:

“Se se inclui o Tribunal entre os participantes dessa discussão, pode dizer-se que ocupa uma posição intermediária no espectro de opiniões que se estende desde uma ampla rejeição: ‘Os direitos fundamentais não podem ser ambas as coisas [...] direitos a uma ação estatal e sua negação’, até sua aceitação mais ampla: ‘Em uma sociedade industrial sumamente complexa, os direitos fundamentais são direitos de participação ou não existem’.

⁵ “El estado social de derecho”, in *Manual de Derecho Constitucional*, cit.

⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 419-501.

A polêmica sobre os direitos a prestações está caracterizada por diferenças de opinião sobre o caráter e as tarefas do Estado, do direito e da Constituição, inclusive os direitos fundamentais, como também sobre a avaliação da situação atual da sociedade. Como nela, entre outras coisas, se trata de problemas de redistribuição, sua 'explosividade política' é óbvia. Em nenhum outro âmbito é tão clara a conexão entre o resultado jurídico e as valorações gerais práticas ou políticas: em nenhum outro âmbito se discute tão tenazmente. É sintomático que nessa situação se fale — com intenção crítica ou positiva — da 'mudança de compreensão do direito fundamental' e se peça 'desdemonizar, desideologizar e desmotivizar o conceito dos direitos fundamentais sociais'⁷.

No contexto brasileiro, a polêmica é ainda mais acirrada. De um lado porque, a Constituição brasileira de 1988 foi carregada com os direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história. O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população.

De outro lado porque, sendo um texto mais recente, a implementação constitucional, no caso brasileiro, vale-se de figuras apenas esboçadas em outros contextos, nos quais a Constituição não tinha a centralidade na vida política que a Constituição brasileira de 1988 adquiriu.

Por essa razão, seria absolutamente frustrante, do ponto de vista político, aceitar a inexequibilidade dos direitos sociais. Do ponto de vista jurídico, isso representaria tornar inócuo o qualificativo de "Estado social de direito" afirmado no art. 1º da Constituição. Partindo da conhecida máxima de interpretação de que a lei não contém palavras inúteis, não se pode tomar tal locução como sinônimo de "Estado de Direito", omitindo a carga finalística do adjetivo "social" num Estado em que as tarefas sociais ainda estão por ser feitas.

Avançando a partir dessa discussão, o fato é que a Constituição brasileira enumerou um rol bastante generoso de liberdades e direitos, em especial os direitos sociais (arts. 6º e 7º), complementando esses últimos com as disposições pertinentes ao Título VIII, "Da ordem social", em que se definem os modos ou estruturas básicos de concretização dos direitos sociais (arts. 193 a 232).

⁷ Op. cit., p. 426-427.

3. EXPRESSÕES JURÍDICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O primeiro desafio para o trabalho sistemático com a categoria das políticas públicas em direito é identificar o objeto de que se está falando. Coloca-se o problema de saber qual a forma exterior, reconhecível pelo sistema jurídico, que assume uma política pública.

As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo.

Outra questão a observar são as menções normativas a "política" (política nacional de abastecimento, por exemplo) cuja classificação como política pública é discutível, visto não disporem sobre os meios de realização dos objetivos fixados, nem prescreverem metas ou resultados que, conforme se verá adiante, são elementos do programa de ação governamental.

Finalmente, deve-se afastar, para um trabalho mais sistemático de busca de um conceito ou padrão de política pública para análise jurídica, a consideração de que todo direito é permeado pela política. Conquanto inegavelmente verdadeira essa assertiva, ela remete à distinção entre os termos em inglês *politics* e *policy*. Enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais. E é desses últimos que se ocupa o presente estudo.

Façamos um sobrevôo pelo direito positivo brasileiro, a fim de verificar em que termos se expressam as políticas públicas. Adotemos como referencial a definição provisória de política pública como programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados.

3.1. Políticas com suporte legal

Na análise do direito positivo brasileiro, percebe-se a edição de grande número de normas gerais, leis-quadro, especialmente a partir da década de 1990, tendo por objeto a instituição de políticas setoriais.

E o caso, por exemplo, da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Segundo seu art. 1º, a Lei n. 6.938 "estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA" e dá outras providências. O art. 2º estatui os *objetivos* da PNMA, pormenorizados no art. 4º, e os incisos

do art. 2º explicitam os seus *princípios*. O art. 5º refere-se às *diretrizes* da PNMA, que “serão formuladas em *normas e planos*, destinados a orientar a ação (...)” de agentes públicos, segundo o *caput*, e de atividades empresariais públicas e privadas, segundo o parágrafo único. O art. 6º organiza entidades e órgãos do Poder Público nos diversos níveis federativos, na forma de um *sistema*, e finalmente o art. 9º cuida dos *instrumentos* da PNMA.

Assim, temos os elementos *fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos e sistema* como estruturantes da arquitetura jurídica da Política Nacional do Meio Ambiente na Lei n. 6.938. A lei não contém disposição específica sobre meios (pelo menos no que se refere a meios financeiros). Tampouco estabelece resultados ou metas a alcançar dentro de marcos temporais determinados. Ainda assim, poder-se-ia considerá-la suporte de uma política pública, a Política Nacional do Meio Ambiente, na medida em que organiza os meios estruturais para a concretização das disposições contidas nos arts. 23, VI e VII, e 235 da Constituição Federal.

Interessante cotejar essa estrutura com a da Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), regulamentando o art. 21, XIX, da Constituição. A lei dispõe sobre os *fundamentos* (art. 1º), *objetivos* (art. 2º), *diretrizes* gerais de ação (art. 3º) e *instrumentos* (art. 5º) da PNRH. Entre esses, arrolam-se os Planos de Recursos Hídricos, definidos no art. 6º como “*planos diretores* que visam a fundamentar e orientar a implementação da PNRH e o gerenciamento dos recursos hídricos”. Regulamentando essa figura, o art. 7º trata do seu conteúdo e, no *caput*, estabelece a seguinte referência temporal: “Os Planos de Recursos Hídricos são planos de longo prazo, com horizonte de planejamento compatível com o período de implantação de seus *programas e projetos* (...)”. Também se fala em Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Título II).

Portanto, além das noções-chave que apareciam na Política Nacional do Meio Ambiente — *objetivos, diretrizes, instrumentos e sistema* — aqui há referência a *planos, programas e projetos*, como formas de realização da política.

Vale a pena explorar uma modificação introduzida pela Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, que dispôs sobre a criação da Agência Nacional de Águas, e denota o caráter equívoco do termo *política* no contexto legal. Como vimos, a Lei n. 9.433 instituiu a PNRH (ementa da lei: “*Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos* ...”). Dito de outro modo, ela é a própria PNRH. Não obstante, a Lei n. 9.984 atribui ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos competência para “*formular a*

Política Nacional de Recursos Hídricos” (art. 2º), estabelecendo, portanto, uma outra política, cujo suporte serão as deliberações do Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

Abstraindo o problema das competências do Conselho ou eventuais atecnia da lei que não importa aqui considerar, o ponto digno de nota é a assunção da política ao mesmo tempo como gênero e espécie, ou, em outros termos, como norma macro (a PNRH, lei-quadro instituída pela Lei n. 9.433) e como norma ou decisão micro (as deliberações do CNRH, ações contingentes).

Por sua vez, em matéria de telecomunicações, a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações, que não é suporte de política, atribui à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) competência para “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações” (art. 19, I), cabendo ao Conselho Diretor da Agência “propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações” (art. 22, III) além do dever de executar as políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. A lei não explicita, contudo, qual o veículo, juridicamente considerado, de tais políticas.

Cabe o registro histórico do Plano Nacional de Viação, instituído pela Lei n. 5.917, de 10 de setembro de 1973, que contém as noções-chave de sistema, objetivos, coordenação de entes públicos. Destaque-se a previsão de revisão periódica, a cada cinco anos, constante do art. 9º.

Há outros exemplos de leis que, sem qualquer referência expressa a política setorial ou geral, realizam, concretamente, o fim de uma política pública. É o caso da Medida Provisória n. 213/04, convertida na Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni). Em termos de estrutura legislativa, a lei nada mais faz senão regulamentar a imunidade constitucional do art. 195, § 7º, para entidades educacionais beneficentes, e a disciplinar hipótese de isenção tributária para as demais instituições participantes. A lei também não explicita marcos temporais ou resultados. No entanto, concretiza um programa de inclusão de alunos pobres em universidades privadas, na medida em que estabelece condições estruturais (novas, esse talvez seja o ponto distintivo, em termos temporais), para o ingresso de alunos que preencham as condições do art. 2º da Lei n. 11.096/05 no ensino superior.

Considerando que a Lei n. 11.096/05 não contém metas ou resultados, traço definidor da política pública por excelência, o que se poderia reconhecer como sucedâneo desse elemento seria a “impressão digital

governamental" nela contida, isto é, o fato de se tratar de um programa de governo, com um vetor qualitativo ou ideológico (se assim se pode dizer) bastante nítido: a inclusão social, via aumento das oportunidades de acesso ao ensino superior de estudantes oriundos do ensino médio público, deficientes ou professores da rede pública carentes, segundo os limites de renda definidos no art. 1º da lei. Contudo, como se trata, do ponto de vista jurídico, de nada mais que a regulamentação de hipóteses de imunidade (instituições beneficentes) e isenção tributária (instituições com ou sem fins lucrativos), o programa passa a assumir, no sistema jurídico, feição permanente. Após a sua implantação, nada mais indica que se tratava de uma política pública. Do ponto de vista do direito, trata-se de uma lei como outra qualquer, associada a uma dimensão operativa particular (órgão ou sistema de acompanhamento), mas que também se consubstancia num conjunto de disposições jurídicas gerais.

Isso ilustra porque a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

3.2. Políticas no texto constitucional

Merece consideração à parte a situação das políticas públicas que têm por suporte normas constitucionais.

A Constituição portuguesa de 1976, Constituição de orientação socialista e feição dirigente, inspirou como modelo a Constituição brasileira de 1988, embora esta última tenha sido elaborada num ambiente político muito mais fragmentado, cuja *mainstream* política e ideológica era ocupada pelo chamado "Centrão", resultante, entre outras coisas, de uma deformação originária do Congresso com poderes constituintes, em lugar de uma Assembléia Constituinte.

Assim é que as referências que a Constituição portuguesa faz com clareza e organicidade aos planos (arts. 91 a 94⁸) e às políticas agrícola,

⁸ O art. 92, com a redação da LC 1989, teve suprimida a referência à força jurídica do plano (redação anterior: "1. O Plano tem caráter imperativo para o sector público estadual e é obrigatório, por força de contratos-programa, para outras actividades de interesse público. 2. O Plano tem caráter indicativo para os sectores público não estadual, privado e cooperativo, definindo o enquadramento a que hão de subme-

comercial e industrial (arts. 96, 101, 102 e 103), dentro da parte da Organização Econômica — bastante alteradas pelas revisões constitucionais de 1982 e 1989 —, são imitadas apenas em parte e sem o mesmo eixo estruturante na Constituição brasileira, o que faz oportuno buscar a racionalidade que resulta das diversas referências constitucionais ao termo política, tomado como sinônimo de política pública.

O primeiro destaque, como seria natural, é o que trata do Capítulo II, Das Finanças Públicas, do Título VI, Da Tributação e Orçamento, da Constituição Federal. Os instrumentos orçamentários dispostos na Constituição Federal, plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária podem ser considerados as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência. Essa vocação é da própria natureza do instrumento e já vinha afirmada no art. 2º da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, que se refere à "política econômico-financeira" e a "programa de trabalho do Governo", que vem a ser, aliás, a razão de ser da lei orçamentária:

"Art. 2º A Lei de Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade".

Curioso notar, todavia, que na dicção constitucional só o PPA e a LDO são tratados em termos propriamente políticos, isto é, referindo-se a objetivos, metas e prioridades da Administração Pública:

"Art. 165. (...) "

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas a programas de duração continuada.

ter-se as empresas desses sectores"). Ainda assim, mantém-se a centralidade e a racionalidade política do plano na redação em vigor: "Os planos de desenvolvimento econômico e social de médio prazo e o plano anual, que tem a sua expressão financeira no Orçamento do Estado e contém as orientações fundamentais dos planos sectoriais e regionais, a aprovar no desenvolvimento da política econômica, são elaborados pelo Governo, de acordo com o seu programa". Interessante observar a relação com o art. 91, que trata da "coordenação da política econômica com as políticas social, educacional e cultural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português".

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”.

Há uma explicação jurídico-política para esse tratamento:

“Não previu a Lei n. 4.320/64 a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias. A obrigatoriedade da elaboração dessa lei, nas três áreas do Governo federal, estadual e municipal, é uma inovação e imposição da Constituição Federal em vigor (art. 165, II). Na verdade, foi a Carta Constitucional da República de 1988 o primeiro texto constitucional pátrio a tratar da elaboração desta lei. Na prática, o objetivo maior a ser alcançado com a institucionalização da Lei de Diretrizes Orçamentárias é o de oferecer a oportunidade de permitir que o Poder Legislativo participe, de forma atuante juntamente com o Poder Executivo, na construção do Plano de Trabalho do Governo a ser posto em concreto, através da execução da Lei Orçamentária Anual. Tratará, a LDO, do estabelecimento, pelo Poder Legislativo, das regras de orientação obrigatória para a elaboração do orçamento anual”⁹.

Mas esse exemplo não esgota as referências constitucionais a políticas. Os Títulos da Ordem Econômica e da Ordem Social também contêm algumas referências, embora menos sistemáticas do que seria de se esperar. Constam do texto da Constituição menções à política urbana, política agrícola e política de saúde.

Comparando-se as estruturas dos Títulos VII, Da Ordem Econômica e Financeira, e VIII, Da Ordem Social da Constituição Federal, verifica-se que o segundo é ordenado *ratione materiae*, por direitos (seguridade social; educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente etc.), enquanto o primeiro apresenta uma diferenciação estrutural: Capítulo I — *princípios* gerais da atividade econômica; Capítulo II — *política* urbana; Capítulo III — *política* agrícola e fundiária e da reforma agrária; e Capítulo IV — *sistema* financeiro nacional.

Disciplinando a política urbana, o art. 182 da Constituição fixou: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo (...)”. A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que instituiu o Estatuto da

⁹ Afonso Gomes de Aguiar, *Lei n. 4.320 comentada ao alcance de todos*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 48-49.

Cidade, estabelece as *diretrizes* gerais da política urbana, disciplinando seus *instrumentos*, de forma semelhante, em termos estruturais, ao que ocorre com as leis da Política Nacional do Meio Ambiente e da Política Nacional de Recursos Hídricos, retrocitadas.

Quanto à política agrícola, limita-se o art. 187 a estabelecer que “será planejada e executada na forma da lei (...)”.

Outra acepção do termo *política* no texto constitucional aparece no art. 175, parágrafo único, inciso II, com referência à *política* tarifária nos contratos de concessão de serviço público. Poderia a norma constitucional ter se referido ao *regime* tarifário, de acordo com a terminologia mais estabelecida na tradição brasileira. Contudo, não apenas não o fez a Constituição, como também optou pelo termo *política* o legislador, na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cujo Capítulo IV disciplina a *política* tarifária. Talvez fosse mais preciso, do ponto de vista jurídico, falar-se em regime tarifário, uma vez que não há nada na lei que conote política (com base em elementos econômicos ou extrajurídicos) e que não possa ser suficientemente disciplinado em termos de regime jurídico. Tal conclusão é possível em vista da comparação com o texto do art. 3º, d, da Lei n. 5.917/73, que instituiu o Plano Nacional de Viação.

No que diz respeito à saúde, o art. 196 da Constituição dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Mas mais importante que essa definição é a própria estruturação das prestações estatais em matéria de saúde, que a Constituição Federal ordenou, de forma inédita, no Sistema Único de Saúde. Resultante de um aprimoramento de modelos anteriores à Constituição de 1988, a partir da evolução das primeiras propostas técnicas, mas, mais importante, agregando a mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde, o SUS é inscrito nos arts. 198 a 200 da Constituição, com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico.

Seria de se pensar se isso não desnaturaria seu caráter de política pública, que, como vimos, tem como nota distintiva atingir objetivos sociais em tempo e quantidade previamente determinados. O SUS não é um programa que visa resultados, mas uma nova conformação, de tipo estrutural, para o sistema de saúde, cujo objetivo é a coordenação da atuação governamental nos diversos níveis federativos no Brasil (“rede regionalizada e hierarquizada”, cf. art. 198 da CF), para a realização de três

diretrizes: descentralização, atendimento integral prioritariamente preventivo e participação da comunidade.

Há, ainda, exemplo de política consubstanciada em Emenda Constitucional, como é o caso da Emenda n. 29, de 13 de setembro de 2000, destinada a “assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde”. A Emenda n. 29, em seu art. 7º, vale-se de um expediente bastante discutível do ponto de vista da técnica constitucional, a alteração do Ato das Disposições Transitórias, para estabelecer obrigações delimitadas no tempo para União, Estados e Municípios em matéria de financiamento da saúde. Nesse sentido, é inquestionável que se trata de política pública, visto ser programa com resultados definidos, por meio do aumento da vinculação de recursos dos entes federativos à efetivação do direito à saúde.

O FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), criado pela Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, é outro exemplo de política pública com suporte constitucional. O FUNDEF também se valeu do expediente de alteração das Disposições Transitórias para, alterando o seu art. 60, passar a vincular as receitas da educação disciplinadas no art. 212, com vistas à universalização do atendimento à educação fundamental e à remuneração condigna do magistério, em outras palavras, à melhoria das condições da prestação do direito à educação.

É digno de nota o fato de que, em vias de expirar o prazo de dez anos estabelecido na Emenda 14 o governo que sucedeu o seu autor proponha a renovação do programa, agora ampliado para atender também o ensino médio (conforme a proposta original do Poder Executivo, por isso intitulado “Fundo da Educação Básica” — FUNDEB), a educação infantil e as creches, utilizando-se da mesma técnica de alteração das Disposições Transitórias, art. 60, para um objetivo de incremento e redistribuição dos orçamentos da educação no país.

3.3. Políticas de Estado e políticas de governo

Tão problemático é esse exemplo dentro da família normativa que se faz uma observação à parte sobre as chamadas “políticas de Estado”, que se oporiam às ditas “políticas de governo”¹⁰, estas últimas, os programas de ação governamental em sentido próprio.

¹⁰ Vejam-se os artigos de Sueli Gandolfi Dallari e Fernando Aith, neste volume.

A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas — são as chamadas “políticas de Estado” —, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”.

Se adotássemos o critério do suporte normativo das políticas, tenderíamos a dizer que as políticas constitucionalizadas seriam com certeza políticas de Estado, enquanto as políticas meramente legisladas seriam provavelmente políticas de Estado e as políticas com suportes infralegais seriam políticas de governo. Mas esse critério, é forçoso reconhecer, é um tanto falho.

Há quem defenda a supressão das políticas públicas da Constituição Federal, a fim de que o texto constitucional seja expurgado de elementos contingentes, expressivos, não dos valores fundamentais de determinada sociedade, mas de correlações de forças cambiantes e fortuitas¹¹.

Sobre essa objeção, podem-se fazer três comentários. O primeiro deles é que ela se inspira numa visão liberal, cujo ideal constitucional são os Estados Unidos, sempre lembrados como exemplo de país que logrou elaborar uma Constituição duradoura, mas nem sempre considerando o fato de que a Constituição americana é completada pela jurisprudência constitucional da Suprema Corte, intensa e vigorosa o suficiente para acomodar inflexões profundas na vida do país (como a abolição da escravidão, após a Guerra Civil, por exemplo), sem a ab-rogação da Lei Fundamental. Esse exemplo é único na história mundial e deve ser descartado como modelo, dadas as condições absolutamente peculiares de seu surgimento, no mundo pré-industrial do século XVIII e infinitamente menos complexo que o atual. Nenhuma Constituição dos países desenvolvidos seguiu esse padrão. Os países europeus em regra regem-se por Constituições do século XX, em textos reelaborados após períodos de trauma, como a Segunda Guerra Mundial (Alemanha, Itália, França), ou regimes ditatoriais (Espanha, Portugal), seguindo um padrão semelhante ao adotado pelas Constituições brasileiras promulgadas no século XX (1934, 1946 e 1988). Mesmo as Constituições outorgadas de 1937 e a Emenda Constitucional de 1969 seguem modelo analítico. Não há outros paradigmas de constituição sintética.

O segundo comentário diz respeito à questão da governabilidade e nesse sentido é procedente a objeção feita, na medida em que a constitu-

¹¹ Esse é o entendimento de Cláudio Couto, em artigo neste volume.

cionalização de matérias (que não foram consideradas fundamentais pelo constituinte originário), como expediente de reforço de garantias de certos mecanismos de implementação de direitos, propostos por determinado governo, resulta no "engessamento" do espaço de ação de governos futuros. O programa constitucionalizado ocuparia, dessa forma, o terreno próprio da política, que deveria ser preenchido segundo composições de forças e entendimentos a selar em cada questão contingente¹².

Finalmente, o terceiro comentário relaciona-se com os anteriores, na medida em que a constitucionalização das matérias consideradas mais importantes por determinados segmentos em momentos específicos da vida do país é um caminho político ambíguo e até mesmo contraditório. De um lado, revela a realização do ideal da "Constituição como norma", a norma primeira do Estado, dotada de caráter vinculante, e não apenas carga simbólica de compromisso político. De outro, provoca a banalização do texto constitucional, o que esvazia exatamente seu caráter de norma fundamental, na medida em que disposições contingentes (e portanto não "fundamentais") passam a ditar uma dinâmica de provisoriedade constitucional, cujo maior sintoma é o elevadíssimo número de emendas constitucionais¹³.

Não se pode desprezar o componente político e histórico indissociável de toda experiência constitucional. Não há Constituições em abstrato; cada constituição é expressão de uma dada composição social e política e espelha tanto as tensões existentes no seio dessa sociedade, como os espaços e mecanismos concebidos para a harmonização desses conflitos.

De todo modo, tanto do ponto de vista estritamente normativo clássico como do ponto de vista das políticas públicas, as chamadas políticas de Estado com assento constitucional integram uma categoria *sui generis*, não subsumível facilmente a nenhum dos dois gêneros.

¹² O exemplo mais eloquente dessa forma de constitucionalização foi a Emenda n. 29/2002, que instituiu a vinculação de receitas para o financiamento do Sistema Único de Saúde.

¹³ Também é preocupante a pouca densidade ou objetividade de certas propostas de emenda constitucional, algumas que chegam a se converter em texto definitivo. Há situações espantosas, do ponto de vista do processo jurídico-político, como é o caso da Emenda Constitucional n. 19, que tratou da reforma administrativa. Tal era a inadequação da proposta à compreensão do texto da Constituição de 1988 e tais foram os percalços da tramitação, a modificar e remodelar a redação da Emenda, que o resultado final restou inexecutável. A maior parte da Emenda n. 19 é até hoje letra morta.

3.4 Outros suportes jurídicos de políticas públicas

Exemplos da espécie normativa mais típica das políticas públicas encontram-se no Plano Diretor (CF, art. 182), nas Normas Operacionais Básicas de Saúde (NOB 1/93, NOB 2/96, NOAS 2000).

Outro tipo normativo dentro da mesma categoria são as diretivas adotadas pela União Européia em diversas matérias, tais como os contratos públicos. E ainda outros tipos, caracterizados pela indução à ação padronizada em relação a assuntos determinados, por meio da adoção de modelos de formalização e de institucionalização, como se poderia citar, por exemplo, o Decreto n. 82.597/78, que instituiu o Planasa — Plano Nacional de Saneamento.

Isto sem falar de programas instituídos por ato administrativo ou por programas que resultam de uma combinação de atos administrativos, ordenados em procedimento ou não. É o caso, por exemplo, de sistemas de transporte municipal nas grandes metrópoles, em que o formato jurídico dado aos contratos de concessão de serviço público, as cláusulas remuneratórias, as condições de oferta do serviço, podem atender ao interesse predominante das companhias de ônibus ou dos usuários, dessa combinação resultando a conformação da política pública de transporte municipal.

Ou a política de nacionalização de insumos ou bens, como foi o caso da encomenda de plataformas de exploração de petróleo pelo governo brasileiro, em que o edital definiu as condições de participação de empresas nacionais e estrangeiras, como medida de política de incentivo à indústria nacional e à criação de empregos no Brasil.

Todas essas situações são, até certo ponto, modalidades de *soft law*, isto é, situações em que a atuação do direito se faz não pela coação estatal (a violência legítima weberiana), mas pela indução à ação pré-definida. Trata-se do "Estado-incitador" a que alude Charles-Albert Morand, em *Le Droit Neo Moderne des Politiques Publiques*. A atuação das agências internacionais de fomento em relação às políticas dos Estados nacionais dá-se basicamente dessa forma¹⁴.

Há algumas conclusões possíveis a extrair desse singelo e despretenso rol.

A primeira delas é que nem o constituinte nem o legislador brasileiro utilizaram sistematicamente o termo política, não se podendo extrair

¹⁴ Como destaca Gilberto Rodrigues em artigo que compõe este volume.

esse caráter de disposições hauridas na linguagem natural e não na linguagem técnico-jurídica. Deve-se ponderar, no entanto, que se a prática do direito não tem pretensões de rigor científico, à ciência do direito não é negado ver além do fato posto, desvendando estruturas até então ocultas aos olhos do leigo.

Uma outra conclusão possível seria no sentido de traçar uma linha divisória mais rígida entre as *políticas*, tal como aparecem nos textos normativos, e as *políticas públicas*, verdadeiros programas de ação governamental, despidos de suas roupagens jurídicas. Nem tudo o que a lei chama de política é política pública.

Como já afirmei em outra passagem, a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Essa característica dificulta muito o trabalho sistemático do cientista do direito nesse campo, uma vez que o seu objeto é multiforme e com grandes áreas de interseção com outros domínios científicos.

No plano prático, coloca-se o problema da vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas — o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam — além da difícil solução do controle judicial das políticas públicas, isto é, os modos de exigir o seu cumprimento em juízo.

4. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema que mais tem despertado atenção dos estudiosos do direito, no que concerne às políticas públicas, é o seu controle judicial, da perspectiva da possibilidade e limites desse controle.

Cumprir ressaltar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo.

Entretanto, o debate judicial sobre a aplicação de políticas públicas é o que se revela mais intrinsecamente jurídico, porque é onde se leva ao limite a questão da vinculatividade, isto é, o poder de coerção da norma jurídica, em relação ao direito, em especial aos direitos sociais. E nesse debate se revela, como em nenhum outro, a característica ontologicamente particular dos direitos sociais, cuja implementação justifica que se considere que o seu surgimento define um novo paradigma no cenário jurídico.

Duas ordens de questões se apresentam. A primeira, no âmbito da teoria geral do direito, com relação à classificação jurídica do objeto que se submete ao controle. Abrem-se as alternativas de entender-se a política pública, de um lado, como categoria jurídica nova ou, de outro, como resultante da reorganização ou nova sistematização de categorias que integram a ordem jurídica tradicional, a partir de uma perspectiva de abertura do direito para a interação com fenômenos próprios da política, da economia e da dinâmica social.

A segunda ordem de questões é de cunho jurídico-institucional e decorre do problema da separação de poderes. Uma vez que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do Poder Público — e portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder —, como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo?

4.1. Objeto do controle judicial

4.1.1. Política pública como atividade

Ensaio pioneiro de Fábio Konder Comparato (“Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”) já detectara a dificuldade em estabelecer o conceito jurídico dessa figura.

“A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudencia* romana. Este ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois tradicionalmente o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como é sabido, normas e atos.

Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado ‘ato de comércio’) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal na economia.

A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de validade de uma política — seja ela empresarial ou governamental — não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado sem que nenhum dos atos administrativos, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais¹⁵.

Destaque-se a conclusão final do parágrafo transcrito, que sustenta a possibilidade de julgar determinada política inconstitucional, por descumprimento de normas ou diretrizes constitucionais, sem que os atos ou normas que a estruturam sejam, em si, inconstitucionais.

Segundo esse entendimento, estaríamos diante de uma categoria jurídica nova, a partir da noção de atividade. Tratar-se-ia, em consequência, de um novo instituto a ser descrito e analisado pela teoria geral do direito. Disso decorreria a existência de um regime jurídico próprio das políticas públicas¹⁶.

Esse ponto do raciocínio, com o profundo respeito que se deve a esse ensaio e a seu eminente autor, oferece um caminho extremamente espinhoso para o desenvolvimento do tema.

No corpo do texto citado, consta uma citação de Ruy Cirne Lima, bastante elucidativa para a reflexão em curso:

“A administração pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam. Essa atividade, entretanto, decompõe-se em fatos e em atos jurídicos, praticados, uns e outros, pelas pessoas administrativas e pelas pessoas privadas incumbidas da execução de serviços públicos”¹⁷.

¹⁵ Fábio Konder Comparato, “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba* (org. Celso Antônio Bandeira de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 353-354.

¹⁶ Idem, ibidem. No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, op. cit.

¹⁷ *Princípios de direito administrativo*, apud Comparato, op. cit., p. 353.

A atividade, portanto, de acordo com Cirne Lima, decompõe-se em fatos e atos jurídicos, de tal forma, concluímos, que a se falar em controle judicial da atividade, esse incidiria sobre os atos e fatos, conforme o regime jurídico tradicionalmente aplicável a tais atos e fatos. O conceito de atividade, portanto, não configuraria propriamente um novo regime, mas uma perspectiva de agregação, para análise e aplicação do direito, segundo um ponto de vista mais largo que aquele relacionado diretamente a cada ato ou fato.

Abrindo parênteses, a noção de serviço público, em direito administrativo, fornece um paralelo interessante. Trata-se de noção de tormentosa conceituação, mas cuja importância se mede pela prática. Dos três critérios adotados para a classificação de uma atividade como serviço público (subjetivo, material ou formal), o critério formal, isto é, o da disciplina legal, é o mais seguro ao tratamento jurídico. Do ponto de vista da técnica de organização e funcionamento do serviço público, o que gera o regime jurídico peculiar do serviço público é a sua definição formal como tal. O que não quer dizer, evidentemente, que seja irrelevante o caráter reconhecido como essencial de determinada atividade. O que sustento, ao contrário, é que essa essencialidade, do ponto de vista jurídico, deve traduzir-se numa disciplina jurídica que assim o expresse.

Feche-se o parêntese para concluir, neste ponto, que o entendimento da política pública como atividade administrativa redundaria, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, no conhecido tema do controle da discricionariedade administrativa, com seus também conhecidos problemas e limites. Daí, por esse prisma, não se reconhecer à noção de política pública o sentido de uma categoria nova no direito.

4.1.2. Política pública como norma

Outra hipótese de trabalho seria entender a política pública como categoria normativa.

A lei, como categoria jurídica, caracteriza-se pela generalidade e abstração. Embora tenha uma dimensão teleológica, isto é, vise atingir um fim, isso não lhe confere, necessariamente, “endereço certo”.

As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. “Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (*policies*) são proposições que descrevem objetivos”¹⁸.

¹⁸ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, p. 90.

Ronald Dworkin aprofundou esses conceitos em sua crítica ao positivismo jurídico, quando, na década de 1970, pretendeu demonstrar que a solução das questões jurídicas levava em conta mais do que regras, em sentido estrito. Em um ensaio de *Taking Rights Seriously* colocou lado a lado as figuras das regras, princípios e políticas (*policies*). O original nesse ensaio é exatamente a inclusão dessa última figura, que não integra as sistematizações consagradas das espécies jurídicas.

"(...) quando advogados raciocinam sobre ou questionam direitos ou obrigações, particularmente nos casos difíceis em que nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles usam padrões (*standards*) que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas (*policies*) e outras espécies de padrões. (...) Chamo política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo para ser atingido, geralmente uma melhoria de caráter econômico, político ou social na comunidade (...) e princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá proporcionar ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade"¹⁹.

O paralelo com essa discussão é limitado, para nós, uma vez que a crítica de Dworkin ao positivismo no ensaio em questão repousa sobre a convicção da insuficiência do sistema de regras, já que tanto os princípios quanto as políticas, parâmetros necessários para a solução de casos difíceis, estariam fora das regras. No caso brasileiro, a leitura deve ser outra, uma vez que há, num certo sentido, um excesso de direitos e princípios positivados (dentro do sistema de regras, portanto), embora permaneça o problema do critério a adotar para a realização efetiva dos direitos, com base em princípios ou políticas nos casos concretos (ou "casos difíceis").

Poder-se-ia dizer que as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados.

Caberia, então, encontrar lugar (ou melhorar os seus contornos) para uma categoria jurídico-formal, situada provavelmente abaixo das normas constitucionais e acima ou ao lado das infraconstitucionais. Por esse raciocínio, as políticas públicas corresponderiam, no plano jurídico, a diretrizes, normas de um tipo especial, na medida em que romperiam as amarras dos atributos de generalidade e abstração — que extremam as normas dos atos

¹⁹ Dworkin, "The model of rules I", p. 22.

jurídicos, esses sempre concretos —, para dispor sobre matérias contingentes. Na pirâmide kelseniana, tais normas não seriam de fácil acomodação.

Nos anos de 1960-70, época de grande prestígio da temática do planejamento, muito se discutiu sobre a natureza jurídica das normas do plano. O livro *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, escrito em 1978 pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, aprofundou-se no tema. Nele propõe-se uma tipologia das regras jurídicas que passaria a contemplar, além das normas de conduta descritas tradicionalmente e as normas de organização propostas por H. L. Hart, um terceiro tipo, as normas-objetivo, referidas no direito soviético, pelo jurista Chebanov, com base em texto de Pribulda:

"As normas-objetivo estabelecem os direitos e as obrigações dos diversos organismos, organizações e funcionários pela indicação de um resultado determinado, expresso sob forma monetária ou material, para cuja realização estes organismos e organizações devem administrar a utilização dos recursos e bens do Estado que estejam sob seus cuidados"²⁰.

Em que pese um inevitável olhar passadista sobre o contexto da economia planificada, o fato é que a discussão sobre a natureza e o regime das leis do plano não só permanece atual, como se aplica, em grande medida, à discussão sobre as políticas públicas e sua disciplina jurídica. As políticas públicas são, de certo modo, microplanos ou planos pontuais, que visam a racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados.

Outro paralelo evidente com a discussão das políticas públicas é o debate, intenso àquela época, sobre a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das medidas do plano, que tem similitude com a discussão acerca dos direitos sociais como direitos subjetivos e sua judicialidade.

Finalmente, outro aspecto cuja pertinência para o debate em questão merece destaque é o do caráter programático do plano, isto é, a adaptabilidade dos seus objetivos à realidade emergente²¹.

²⁰ Eros Roberto Grau. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 243.

²¹ Grau, op. cit. A discussão sobre a natureza e regime jurídico do plano se faz atualmente em relação ao Plano Diretor, para o que se destaca o trabalho de Victor Carvalho Pinto, *Direito urbanístico. Plano diretor e direito de propriedade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Nesse trabalho, o plano é definido como lei em sentido

Essa discussão nos remete ao problema da efetividade das chamadas normas programáticas, a partir do estudo clássico de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. O autor parte das lições do jurista Vezio Crisafulli, a propósito da Constituição italiana e suas disposições de princípio, com citações que vale aqui reproduzir:

"Para ele, inicialmente, elas constituíam um verdadeiro programa de ação (e, antes de tudo, de legislação): 'um programa tendo como objeto principal a disciplina das relações sociais, e, mais em geral, da ordenação da sociedade estatal, ou seja, do Estado em sentido amplo, segundo princípios democraticamente avançados e realistas, em coerência com a definição do art. 1º, pelo qual a República italiana é fundada sobre o trabalho'. Programáticas — define em outro lugar — são 'aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades'"²².

O que sempre causou polêmica, na discussão sobre as normas programáticas e induziu a reflexão mais aprofundada do autor, apresentada na 3ª edição da obra, foi a questão da efetividade das normas programáticas. Pois o fato de entender as normas programáticas como de eficácia limitada, isto é, carentes de normatividade ulterior integrativa de sua eficácia plena, sugeria, na opinião do próprio autor, a idéia de que não se trataria de autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade.

Na 3ª edição do livro, o ilustre publicista enfatiza o caráter vinculativo das normas programáticas, deixando claro que "o fato de dependerem de providências institucionais não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos"²³.

formal, comparado às leis-medida ou leis de efeitos concretos referidas por Hely Lopes Meirelles. E embora definido como instituto próprio do direito urbanístico, com base no art. 24 da Constituição Federal, para efeito de controle de legalidade, as disposições do plano podem ter natureza de ato normativo ou ato administrativo e a sua impugnação se faz pelos meios disponíveis para a contestação do ato administrativo (p. 236 e 251). As adaptações e alterações conjunturais também fazem parte da dinâmica do Plano Diretor.

²² José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 137-138.

²³ José Afonso da Silva, op. cit., p. 155.

E conclui:

"(...) as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

- I — estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II — condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III — informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV — constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V — condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI — criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem"²⁴.

Um dos efeitos da aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais. O direito processual que sanciona as omissões, enunciado na Constituição Federal (arts. 102, I, *q*, e 103, § 2º) seria um dos caminhos para a efetivação das normas programáticas, em face da inércia do Poder Público na iniciativa das medidas legislativas ou administrativas necessárias à implementação do direito. Há, entretanto, inúmeras dificuldades a transpor para o completo funcionamento de um modelo de sancionamento das omissões do Poder Público, ainda mais nas hipóteses em que tais omissões decorram de inequívocas limitações de meios, dado o reconhecimento da escassez de recursos para atendimento pleno e simultâneo de todas as demandas sociais decorrentes dos direitos afirmados na Constituição.

Em que pesem os esforços para a afirmação do caráter obrigatório das normas instituidoras de direitos a prestações, esses esforços têm cunho antes político ou jurídico-político, uma vez que demarcam o terreno que privilegia uma visão mais promocional e igualitarista do direito, do que jurídico, no sentido da teoria do direito.

O diálogo mantido entre o constitucionalista carioca Luís Roberto Barroso e o jurista lusitano Joaquim Gomes Canotilho, por ocasião do debate sobre a revisão da concepção da Constituição dirigente por este

²⁴ José Afonso da Silva, op. cit., p. 164.

último, é muito elucidativo sobre o caminho que se abre para uma formulação como a das políticas públicas em direito enquanto expediente capaz de transcender a limitação inerente às normas constitucionais definidoras de direitos a prestações, entre as quais os direitos sociais.

O questionamento de Barroso é feito nos seguintes termos:

"A única observação pontual que gostaria de fazer refere-se a uma passagem do seu *Prefácio*, em que o senhor critica a transposição do conceito de aplicabilidade direta e imediata para os direitos sociais. Eu então gostaria de entender se a sua posição é a de que as normas referentes a direitos sociais não deveriam estar lá, ou se é a de que os direitos sociais deveriam ser tratados como sendo juridicamente inferiores às outras posições jurídicas asseguradas pela Constituição, idéia com a qual — confesso — eu não estaria de acordo. Acho que foi uma vitória importante na experiência constitucional brasileira assegurar juridicidade a essas normas, e, ainda quando haja algum exagero, eu certamente consideraria um retrocesso nós abandonarmos essa idéia"²⁵.

Ao que responde o Professor Canotilho:

"(...) creio que precisamos de maior imaginação na captação normativa dos direitos sociais, na captação normativo-constitucional da socialidade. Penso que o nosso discurso está um pouco saturado e muitas vezes não conseguimos soluções concretas a partir de uma teoria constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais. (...)

Por outro lado, e esta é outra questão, quando dizemos que os direitos econômicos, sociais e culturais nunca são direitos originários, mas sempre direitos derivados do legislador, podemos não estar a aproximar-nos do âmago da problematidade. Penso que o direito ao trabalho, ou o direito à segurança social podem não ser concretizados diretamente pelas normas constitucionais, mas estas normas continuam a ser normas vinculativas e continuam a ser premissas importantes para as políticas legislativas. Portanto, se me pergunta se os direitos sociais devem ser retirados da Constituição, eu respondo que não. De modo algum. O que pode estar em causa são políticas de direitos sociais, mas não a negação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Uma terceira nota. É uma característica dos juristas discutir a estrutura dos direitos econômicos, sociais e culturais, e neste aspecto tenho dito que há aqui uma espécie de jogo de sombras que não são meramente

²⁵ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *Canotilho e a Constituição dirigente*, Rio de Janeiro—São Paulo: Renovar, 2003, p. 32.

chinesas. Qual é o jogo de sombras? Quando ouvimos dizer que os direitos econômicos, sociais e culturais não são verdadeiros direitos, porque não há poder subjetivo de obrigar à sua realização ou porque pressupõem sempre prestações estatais, recorta-se *a priori* uma estrutura de direito subjetivo pretensamente válida para todos os direitos e ramos do direito. (...) mesmo neste questionamento dogmático, não temos grandes certezas e é preciso aprofundar o tema"²⁶.

Nesse debate, delineia-se como linha de trabalho mais fecunda a da admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. 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.

4.2. Intervenção do Poder Judiciário na conformação ou aplicação de políticas públicas

A possibilidade de submeter uma política pública a controle jurisdicional é inquestionável, diante da garantia ampla constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A proposição constitucional centra-se na proteção a *direito*, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.

Nesse sentido, os modos de acionar o controle judicial das políticas públicas são vários. Alguns desses mais "compreensíveis" ou adequados à atuação do Poder Judiciário e outros menos.

As ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, a partir das *class actions* norte-americanas, são o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas.

²⁶ Coutinho, op. cit., p. 36.

É sem dúvida um marco no direito brasileiro a edição da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Conjugando-se com o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 1990, que deu grande amplitude à legitimação processual, com a adoção de um conceito amplo de interesse, alterou-se o paradigma da defesa judicial.

Os efeitos sociais mais significativos dessa legislação, no entanto, não repousam no horizonte temporal imediato. É menos importante o resultado de cada ação civil pública, em si, que a alteração de cultura que vá se produzir acerca da tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos e sua repercussão para a superação de uma cultura privatista, isto é, individualista e patrimonialista do direito.

Não por acaso, a elaboração mais desenvolvida no direito a respeito das políticas públicas não está no campo do direito público — como seria de se esperar, em virtude da interação obrigatória dos agentes públicos com os instrumentos jurídico-institucionais que balizam a atuação do Poder Público —, mas no campo processual.

E também não é por acaso que o Ministério Público tem a experiência mais consolidada neste campo, graças a instrumentos instituídos com o advento da Lei da Ação Civil Pública, o inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85) e o termo de ajustamento de conduta, que têm induzido comportamentos ativos, por parte dos titulares das competências para a formulação e implementação das políticas públicas, no sentido de superar omissões, dentro dos limites concretos postos para sua ação. Nesse sentido, o mecanismo do ajustamento de conduta parece, em geral, mais conveniente ao interesse público, porque insta o administrador público a agir, sem lhe tolher certa margem de discricionariedade, que lhe permita manter íntegra a lógica do conjunto da ação do governo ou do órgão público.

A pesquisa jurídica dessa matéria, no entanto, fica bastante prejudicada pelo fato de não se ter registro sistematizado e público dos termos de ajustamento de conduta firmados, ao contrário do que ocorre com a jurisprudência. Essa, além de ter o estatuto jurídico de fonte do direito, goza de autoridade estabelecida perante a comunidade jurídica, consistindo em manancial de consulta regular e sistemática, com base nos repertórios de jurisprudência. (Seria de se cogitar de publicação semelhante pelos órgãos do Ministério Público, o que contribuiria muito para a formação de uma cultura indutiva de efetivação de direitos.)

Entretanto, em que pese a importância do ajuizamento de ações para exigir a efetividade das normas asseguradoras de direitos, em especial os direitos fundamentais, a crítica que se pode fazer a essa forma de atuação diz respeito à possível ocorrência da concorrência entre direitos.

A atuação judicial, via de regra, tem o efeito de pulverizar os pleitos por direitos. Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as consequências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheio aos limites da lide são imprevisíveis.

Além disso, pode tomar corpo o fenômeno da judicialização da política²⁷, em que o ativismo judicial de promotores de justiça e juizes passa a se substituir à iniciativa do Poder Executivo, que tem título legal para o plano de governo (CF, art. 84, XI), além de iniciativa legislativa nas matérias em torno das quais se estrutura a realização de políticas públicas, notadamente orçamentária, administrativa e de serviços públicos (CF, art. 61, II, b). A despeito desse risco, não deve ser menosprezada a importância das ações civis públicas para a inclusão dos direitos fundamentais no cenário judicial. Essa atuação, em especial por iniciativa do Ministério Público, tem gerado um novo patamar jurídico de cidadania no Brasil.

Sobre isso, o juiz federal Eduardo Appio, que há muito vem se dedicando ao estudo do controle judicial das políticas públicas no Brasil, alerta:

“Um governo de juizes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. (...)”

Não há qualquer garantia de que um governo de juizes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos.

A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos²⁸.

²⁷ Ver artigo de Alcindo Gonçalves, neste volume.

²⁸ *Discricionariedade política do Poder Judiciário*, Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

Ainda é muito incipiente a jurisprudência brasileira em matéria de políticas públicas. Seja porque as decisões a elas relacionadas não são indevidas como tais, mas como questões de aplicação do direito comum, o que decorre do fato de não se reconhecerem tais questões como de políticas públicas, mas simplesmente questões legais, envolvendo competências dos Poderes Públicos —, seja porque a matéria de políticas públicas é decidida, comumente, em ações civis públicas e outras ações coletivas, sendo essa a jurisprudência que deve ser procurada.

Merecem destaque, no entanto, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Em especial, o Ministro Celso de Mello tem enfrentado o tema e em decisões sucessivas (ADPF 45, entre outras) tem buscado delinear os fundamentos e os limites do controle judicial de políticas públicas.

Na decisão de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5, o relatório, baseado na petição do Ministério Público Estadual agravante, põe em relevo não apenas o fundamento jurídico da limitação do Poder Judiciário para a ingerência no poder discricionário do Executivo — a separação, ou independência de poderes, nos termos do art. 2º da Constituição —, mas as limitações financeiras para a implementação do direito:

“(…) não há como se cobrar, somente do Município, a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil. A oferta de educação pública, obrigatória e gratuita, pois, é dever do Poder Público Federal, Estadual e Municipal, de acordo com o dispositivo da CF alterado pela Emenda Constitucional n. 14/96 (…).

Importam na situação de atendimento organizado a centenas de crianças a qualidade, a segurança e a proteção, dentro da razoabilidade que o orçamento público permite.

A carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitou o atendimento em todo o Município e a possibilidade de ampliação do atendimento em educação infantil.

(…) considerando a enorme demanda de crianças carentes de creches ou pré-escola no âmbito do Município, e considerando que as instituições de ensino público em funcionamento abrigam crianças matriculadas muito acima do limite de vagas e da capacidade das salas de aulas, em razão de dezenas de liminares judiciais, obviamente, há grande comprometimento do Erário, da ordem administrativa, da qualidade do ensino e da educação transmitida aos abrigados.

Os deferimentos das medidas liminares e das r. sentenças obrigando as matrículas das crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, não pode vigorar, pois essa disposição configura indevida ingerência do Poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, o que difere do poder jurisdicional daquele em analisar a legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração”.

Após a exposição de vasta fundamentação doutrinária, refutando os argumentos da Municipalidade, conclui o eminente ministro:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, como adverte a doutrina, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame”²⁹.

Os fundamentos jurídicos da decisão levaram em conta, de um lado, o caráter fundamental dos direitos em questão (direitos da criança e do adolescente, art. 208, IV, da CF; tratava-se da abertura de vagas em creches e escolas de educação infantil no Município de Santo André-SP, cuja oferta era insuficiente diante da enorme demanda de crianças carentes) e, de outro lado, o que poderíamos qualificar de “vícios do processo decisório legislativo-governamental”, que resultaram na omissão no cumprimento da disposição constitucional em exame.

A técnica decisória utilizada teria paralelo no controle judicial dos atos administrativos, em que são sindicáveis não o mérito do ato, mas os vícios alegados, como desvio de poder, por exemplo, de que há amostra jurisprudencial bastante representativa. No caso em questão, o trecho final da fundamentação deixa clara essa estratégia ao referir-se à “ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a

²⁹ Diário da Justiça de 3-2-2006; por medida de brevidade, suprimi as referências doutrinárias, que podem ser consultadas no texto do acórdão, disponível em www.stf.gov.br. No mesmo sentido, RE 436.996-AgRg/SP.

incapacidade de gerir recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes”.

Essa estratégia caracteriza um caminho que faz lembrar a célebre “Corte Warren”, a Suprema Corte americana, presidida pelo Juiz Earl Warren, nos Estados Unidos dos anos de 1950-60, cujo ativismo foi responsável por decisões, em matéria de eliminação do racismo, que implantaram o que nem a vitória do norte industrializado contra o sul racista na Guerra Civil havia conseguido, um século antes, como no caso *Brown x Board of Education*, de 1954.

A questão se coloca sob o prisma da “reserva do possível”, já identificada na jurisprudência constitucional alemã, que nada mais expressa senão o fato de que os direitos sociais têm custos e que, no limite, pode haver concorrência pelo atendimento de direitos. A pulverização dos conflitos na arena judicial, mesmo quando agregados os interesses coletivos sob a representação processual do Ministério Público, não impede que ocorra, de modo desordenado e sem uma racionalidade explícita e consciente, uma seleção de prioridades, segundo as condições concretas de cada grupo de interesse de se fazer defender perante o Poder Judiciário³⁰.

O efeito indesejado que pode decorrer desse fato é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define, como consequência, o orçamento público, segundo uma ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal).

³⁰ É sabido que o sucesso de certas medidas judiciais sobre políticas públicas se beneficia da afinidade política dos integrantes do tribunal ao governante que a implementa; isso não apenas no Brasil, como também em outros lugares, destacando-se os Estados Unidos. Entretanto, outro componente desse sucesso, nem sempre adequadamente considerado, é a capacidade de “assimilação” da medida judicial proposta pelo sistema jurídico.

5. FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito tem um papel na conformação das instituições que impulsionam, desenham e realizam as políticas públicas. As expressões da atuação governamental correspondem, em regra, a formas definidas e disciplinadas pelo direito.

A importância de se teorizar juridicamente o entendimento das políticas públicas reside no fato de que é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política. Trata-se, assim, da comunicação entre o Poder Legislativo, o governo (direção política) e a Administração Pública (estrutura burocrática), delimitada pelo regramento pertinente.

A confluência entre a política e o direito, nesse aspecto, dá-se num campo em que é mais nítida a participação de cada uma das linguagens. À política compete vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrando conflitos, de acordo com a distribuição do poder, além de equacionar a questão do tempo, distribuindo as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazos.

Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação. Até porque, nos termos do clássico princípio da legalidade, ao Estado só é facultado agir com base em habilitação legal. A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito — e gerar efeitos jurídicos — os atos e também as omissões que constituem cada política pública. O problema passa a ser, então, o de desenvolver a análise jurídica, “de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro”³¹.

O risco dessa interpenetração entre direito e política é a descaracterização da lei, em sua peculiaridade, pela lógica das políticas, como vetores de programas para a realização de direitos, como adverte Jürgen Habermas:

³¹ Comparato, *Juízo de constitucionalidade de políticas públicas*.

"Mesmo no Estado social, o direito não deve ser completamente reduzido à política se a tensão interna entre facticidade e validade, e dessa à normatividade da lei, não quiser ser extinta: 'A lei se torna um instrumento da política se a tensão interna, e ao mesmo tempo o próprio meio legal estipula as condições procedimentais sob as quais a política pode ter a lei à sua disposição'"³².

A generalização negativa, que recusa qualquer associação entre direito e política pública, é tão perniciosa quanto a generalização inversa, que associa todo direito público a uma política pública. Se essa última fosse verdadeira, seria rigorosamente desnecessária uma sistematização jurídica sobre a compreensão das políticas públicas. As categorias tradicionais da ciência do direito seriam suficientes a explicar e disciplinar os fenômenos políticos e não haveria sentido introduzir uma figura jurídica nova.

Uma coisa é aproveitar a aragem — entre nós nova, mas pelo menos trintenária (senão mais velha) nos Estados Unidos — de uma abordagem mais articulada entre direito e política para atualizar e revigorar o direito público, superando visões formalistas e que distanciam o direito público de seu objeto, o Estado e a Administração Pública. Coisa distinta é compactar as noções de política pública e direito público num todo indiviso e disforme, que perde a capacidade de explicar e organizar o conhecimento e a ação, seja num campo, seja no outro.

O trabalho de delinear um conceito só se justifica se agrega algo novo à capacidade de compreensão dos fenômenos tratados pelo conhecimento estabelecido.

Feitas essas ponderações, convém propor um conceito de política pública, que possa ser posto em prática e experimentado na atuação do sistema jurídico-institucional.

Em meu *Direito administrativo e políticas públicas*, formulei a seguinte proposição:

"Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"³³.

O princípio de reflexão alinhavado naquela oportunidade carecia de desenvolvimento sob o aspecto processual. Na verdade, a política pública

³² *Between facts and norms*, p. 428.

³³ *Op. cit.*, p. 239.

só pode ser compreendida como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos (e assim deve ser tratada também na esfera judicial).

O aspecto processual como elemento de conexão dos múltiplos componentes desse arranjo destaca-se na proposição de Jean-Claude Thöenig: "Programas de ação de autoridades governamentais formando um conjunto de processos e de interações concorrendo ao enfrentamento e à solução de um certo número de problemas postos na agenda das autoridades"³⁴.

A idéia de conjunto de processos está presente também na literatura norte-americana:

"Though a drastic oversimplification, public policy making can be considered to a set a processes, including at least (1) the setting of the agenda, (2) the specification of alternatives from which a choice is to be made, (3) an authoritative choice among those specified alternatives, as in a legislative vote or a presidential decision, and (4) the implementation of the decision"³⁵.

Agregando esse aspecto, a formulação original evoluiu para a seguinte proposição:

"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".

³⁴ Apud Jean-Louis Quermone, "Les politiques institutionnelles. Essai d'interprétation et de typologie", in Madeleine Grawitz e Jean Leca, *Traité de science politique. Les Politiques Publiques* (v. 4): "Programmes d'action des autorités gouvernementales en tant qu'ils forment un ensemble de processus et d'interactions concourant à la prise en charge et à la solution d'un certain nombre de problèmes placés sur l'agenda des autorités".

³⁵ John Kingdon, *Agendas, alternatives and public policies*, USA: Harper Collins College Publishers, 1995, p. 2-3.

Decompondo-se o conceito proposto, extraem-se os elementos de estruturação a seguir comentados: ação-coordenação, processo e programa.

5.1. Programa

O uso do termo *programa* é equívoco e controvertido. Autores mais cautelosos, no campo da ciência política, preferiram evitá-lo, utilizando, no lugar, a expressão “*outputs* da atividade política”³⁶, o que inteligentemente elimina o problema de se ter que adotar uma forma específica para a ação administrativa. Como se viu acima, dentre as várias expressões possíveis de uma política pública, nem todas se caracterizam como “programas”, em sentido estrito.

A utilidade do elemento *programa* é individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar.

Na literatura específica, o programa remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública. A definição prévia desse conteúdo se faz necessária não apenas quando se delineiam as alternativas, mas também quando se toma a decisão que redundará na implementação da política. Do mesmo modo, a fase de avaliação requer os contornos precisos dos resultados propostos na fase inicial.

O programa corresponde ao delineamento geral da política:

“Programa administrativo — desenho da política (*policy design*) — conjunto das normas e das diretivas federais e cantonais que os governos e os parlamentos consideram necessárias para aplicar a concepção da política pública por intermédio dos planos de ação e por uma regulamentação administrativa dos grupos-alvo. Esse programa administrativo deve respeitar o princípio da legalidade. As políticas públicas dispõem de programas administrativos mais ou menos detalhados (densidade regulamentar), mais ou menos centralizados (alta ou baixa densidade regulamentar da parte do programa administrativo gerado ao nível federal), e mais ou menos coerentes (adequação dos elementos constitutivos dos programas administrativos). Esses últimos compreendem a definição dos objetivos, os elementos de avaliação e operacionais (instrumentos de intervenção), as decisões sobre o arranjo político-administrativo, sobre os recursos, bem como sobre o procedimento e sobre as modalidades de intervenção administrativa”³⁷.

³⁶ Maria das Graças Rua, *Análise das políticas públicas: conceitos básicos* (mimeo, ENAP, 2004).

³⁷ Peter Knoepfel, et al., “Les politiques publiques comme objet d’évaluation”, in *Politiques publiques. Évaluation*, Paris: Economica, 1998, p. 67.

(...)

“Os objetivos e instrumentos de realização das políticas pertencem aos programas administrativos (*policy designs*). Esses definem, em termos jurídicos, os mandatos políticos formulados pelo legislador a título de solução do problema coletivo. Essas normas constituem a fonte de legitimação primeira de uma política pública. Do ponto de vista formal, elas se compõem de vários documentos escritos (antes de tudo leis, ordens de execução, diretivas administrativas). Do ponto de vista material, elas compreendem objetivos normativos da solução visada para resolver o problema, os meios postos à disposição para esse efeito, a organização administrativa da operação, bem como a definição dos grupos-alvo e de seu papel na realização da política pública”³⁸.

No núcleo do programa administrativo constam os objetivos concretos da política, nas suas camadas internas, os elementos operacionais (instrumentos) e os elementos de avaliação, e finalmente, nas camadas externas, os elementos instrumentais e procedimentais, bem como os arranjos político-administrativos, os meios financeiros e outros recursos³⁹.

A idéia de desenho de uma política encontra correspondência, no campo do urbanismo, com o programa urbanístico que orienta as intervenções urbanas, especificamente as obras de arquitetura e engenharia.

O direito financeiro brasileiro adotou a figura do programa como base para a elaboração orçamentária, nos termos do art. 25 da Lei n. 4.320/64:

“Art. 25. Os programas constantes do Quadro de Recursos e de Aplicação de Capital sempre que possível serão correlacionados a metas objetivas em termos de realização de obras e de prestação de serviços.

Parágrafo único. Consideram-se metas os resultados que se pretendam obter com a realização de cada programa”⁴⁰.

³⁸ Peter Knoepfel et al., “Les objets et les critères d’évaluation”, in *Évaluation*, Werner Bussmann, cit.

³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰ A norma de regulamentação da Lei n. 4.320/64, a Portaria n. 42, de 14-4-1999, do então Ministério do Orçamento e Gestão, organiza os conceitos fundamentais da prática orçamentária nas categorias função, subfunção, programa, projeto e atividade, conforme as seguintes definições: função — o maior nível de agregação das diversas áreas de despesa que competem ao setor público; subfunção — uma partição da função, visando a agregar determinado subconjunto de despesa do setor público (as subfunções podem ser combinadas com funções diferentes daquelas a

Outro referencial, no direito público, é o programa de governo dos regimes parlamentaristas, como descreve Canotilho:

"(...) a frouxa elaboração doutrinal revela que na teoria do Estado de Direito o 'programa de ação' de um governo continua a ser equacionado através da sua concretização em atos normativos (deslocação para os terrenos da legalidade e da inconstitucionalidade) ou da sua conexão constitucional com o 'processo' de formação e investidura de governos. Não admira, assim, que de 'programa de governo' se tenha, por vezes, uma concepção mais política do que constitucional: (1) o programa de governo identifica-se com o programa eleitoral das forças políticas; (2) o programa ou acordo político efetuado por dois ou mais partidos ou facções políticas com vista à formação de um governo⁴¹ ou coligação; (3) acordo político entre governo e parlamento (ou algumas facções), em que se fixam os pontos essenciais, considerados pelo governo como indispensáveis à sua ação, e que a facção parlamentar 'apoiantes' se compromete a aceitar e dinamizar. Um programa eleitoral partidário ou um acordo partidário-governamental-parlamentar não são, rigorosamente, um programa constitucional de governo. Não obstante as normas constitucionais variarem, neste aspecto, de país para país, a noção de programa de governo que tende a alicerçar-se (pelo menos nos países com governos dependentes do parlamento) é esta: *programa de trabalho apresentado perante o parlamento, individualizador dos fins e tarefas que o governo se propõe realizar em conformidade com a Constituição, durante determinado período* (em geral no começo do 'mandato' do governo ou no início da nova legislatura)"⁴².

A dimensão material da política pública está contida no programa. É nele que se devem especificar os objetivos a atingir e os meios corres-

que estão subordinadas); programa — instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual; projeto — instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo; atividade — instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo.

⁴¹ A formação de governo deve ser compreendida no cenário do regime parlamentarista, como é Portugal, de onde é oriundo o autor.

⁴² José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 467-468.

pondentes. Os programas bem construídos devem apontar também os resultados pretendidos, indicando, ainda, quando possível, o intervalo de tempo em que isso deve ocorrer. Tais parâmetros serão úteis na avaliação dos resultados da política pública, após a sua implementação.

O programa contém, portanto, os dados extrajurídicos da política pública. Os instrumentos de formalização jurídica da política podem explicitar de forma mais ou menos clara os termos do programa, mas é certo que quanto mais próximo ambos estiverem, maior é a condição de efetivação jurídica da política. É o que se chama de "modelagem jurídica".

Trata-se de um esforço de pactuação de uma linguagem para uso tanto na esfera do direito como da administração pública e da política. O ideal seria organizar esses conceitos, de modo a traduzir a estruturação no campo da Teoria da Administração para a linguagem jurídica e vice-versa, o que resultaria num referencial conceitual mais significativo, na medida em que mais adequado tanto à operacionalização da atividade administrativa como da forma jurídica conferida à política pública⁴³.

5.2. Ação-coordenação

A nota característica da política pública é tratar-se de programa de ação. Nesse sentido, ao situar-se entre as categorias da validade e da eficácia jurídica, na classificação kelseniana, ressalta na política pública a dimensão da eficácia social, a chamada efetividade. O ideal de uma política pública, vista pelo direito, não se esgota na validade, isto é, na conformidade do seu texto com o regramento jurídico que lhe dá base, nem na eficácia jurídica, que se traduz no cumprimento das normas do programa. O ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo.

⁴³ Isso, todavia, nem sempre acontece. À guisa de exemplo, tome-se um manual de teoria geral da administração (Idalberto Chiavenato, *Introdução à teoria geral da administração*, edição compacta, São Paulo: Campus, 1999, 4. ed., p. 140), que ao tratar da "administração por objetivos" dispõe-nos numa escala hierárquica em que figuram, a partir do topo da pirâmide em direção à base, as seguintes figuras: i) objetivos organizacionais, ii) políticas, iii) diretrizes, iv) metas, v) programas, vi) procedimentos, vii) métodos e, no final, viii) normas. Essa sistematização é diversa da consagrada no direito, em que figura a norma constitucional no ápice da pirâmide e as infraconstitucionais logo abaixo. Seguem-se, no sentido descendente, as políticas, essas integradas por programas (que contêm metas), que, por sua vez, resultam de processos (mais que meros procedimentos, como se verá).

Não há, evidentemente, antagonismo entre validade e eficácia. O que justifica o entrosamento da Teoria do Direito com os saberes da Teoria da Administração Pública e Ciência Política é a busca de uma conformação da política pública ajustada às exigências do sistema jurídico-institucional, de modo que a realização dos seus objetivos seja abrigada e apoiada pelo sistema e não minada por ele⁴⁴.

Um objetivo a perseguir com a adoção da categoria das políticas públicas em direito é a compreensão da ação do Poder Público no seu conjunto, contemplando-se, portanto, necessariamente, a coordenação. A preocupação com a coordenação deve ser insita à atuação do Poder Público. Ela visa que o Estado seja um instrumento de indução à ação, isto é, à obtenção de resultados desejados e não mais um elemento (ou conjunto de elementos) na lógica caótica do universo de direitos em tensão.

Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado. Por essa razão tem crescido a importância, na gestão pública, de instrumentos consensuais como os convênios e consórcios. Veja-se a menção constitucional à "gestão associada de serviços públicos" (art. 241), como uma saída viável para os dilemas que resultam da definição constitucional das competências comuns (art. 23). Trata-se de figuras jurídicas cuja implementação é bastante ajustada à abordagem jurídica das políticas públicas.

5.3. Processo

O termo *processo* conota sequência de atos tendentes a um fim, procedimento, agregado do elemento contraditório. Este último, no contexto da formulação de políticas públicas, associa à abordagem jurídica inequívoca dimensão participativa⁴⁵.

⁴⁴ Como foi destacado por Patricia Massa-Arzabe e Gilberto Rodrigues em artigos que compõem este volume, a intensa evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que funciona como referência aos direitos nacionais e consubstancia, por assim dizer, a face integradora da globalização, contou com a realização de diversas conferências na década de 1990, todas elas culminando com programas de ação. Um desses é a Agenda 21, cuja importância é menos o enunciado dos valores ambientais, e mais a definição de modos concretos de atuação, a orientar os Estados-partes e os demais atores no processo de implementação do direito ao meio ambiente.

⁴⁵ Ver artigo de Marcos Augusto Perez, neste volume.

Disposições que tratam da participação popular nos processos políticos, os conselhos de direitos previstos na Constituição Federal e em leis que regulamentam direitos sociais, tais como a Lei Orgânica da Saúde, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação ambiental, a legislação da assistência social, entre outros, também carecem de operacionalização adequada. Como notava Celso Daniel ao tratar dos conselhos gestores de políticas públicas, "os Conselhos são espaços que não são meramente estatais nem meramente comunitários. Do ponto de vista jurídico, eu não sei sequer se é fácil classificá-los, porque o nosso sistema jurídico trabalha muito separadamente o direito privado e o direito administrativo"⁴⁶.

Essa avaliação parece verdadeira, não apenas no que diz respeito à separação entre direito público e direito privado, mas também em relação ao entendimento sobre o lugar da participação popular nas instituições jurídico-políticas tradicionais. E esse lugar é, entre outros, o da geração e execução das políticas públicas.

A ampliação da noção de interesse processual, após o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), alargou muito as possibilidades judiciais para a admissão de lides envolvendo interesses coletivos e difusos, que passaram a abranger um universo jurídico muito mais amplo que o abarcado pelo direito processual tradicional. A Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99) acompanhou essa tendência ampliadora e democratizadora, no campo do processo administrativo federal.

O próprio conceito de interesse público abre-se ao diálogo com a pluralidade de interesses que o direito passa a disciplinar⁴⁷. Uma das verten-

⁴⁶ "Conselhos, esfera pública e co-gestão", entrevista concedida em 7-11-2000 a Ana Claudia Teixeira, Maria do Carmo Carvalho e Natalino Ribeiro (Conselhos Gestores de Políticas Públicas, in Maria do Carmo Carvalho e Ana Claudia Teixeira, orgs., *Pólis. Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais*, São Paulo: Pólis, 2000), p. 129.

⁴⁷ "Assim, sob essa acepção política, o interesse público se apresenta como 'un arbitrage entre les divers intérêts particuliers'. Ora, essa arbitragem se prende tanto a critério quantitativo (por exemplo, na construção de uma estrada, sacrifica-se o interesse dos proprietários lindeiros, privilegiando-se o interesse dos que a usarão, porque estes são mais numerosos), quanto a critério qualitativo (os doentes pobres, em certa comunidade, podem ser pouco numerosos; mas o valor do interesse à saúde pública prevalece sobre os interesses pecuniários dos demais cidadãos hígidos; logo, a estes cabe contribuir para um fundo de assistência médica gratuita aos necessitados). Ainda para aqueles autores [Georges Vedel e Pierre Delvolvé], o interesse público, sob a acepção jurídica, tem por base a questão da competência para a arbitragem entre os interesses particulares" (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

tes do estudo das políticas públicas na ciência política norte-americana é aquela relacionada aos grupos de interesses, bastante desenvolvida no campo jurídico pela análise econômica do direito, na medida em que essa abordagem cuidou de estudar os impactos econômicos das decisões jurídicas⁴⁸.

Outro aspecto do elemento processual no conceito de política pública é a consideração sistemática do fator temporal. Tanto no que diz respeito ao período para a obtenção dos resultados visados pelo programa, como no que concerne aos períodos propícios ou não para a inclusão de questões na agenda pública, para a formulação de certas alternativas, para a adoção de certas decisões, e assim por diante.

A forte relação entre as políticas públicas e o calendário eleitoral no cenário brasileiro tem grande expressão no processo decisório público.

5.4. Metodologia jurídica de políticas públicas

Em vista do quanto foi dito, evidencia-se que para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação.

O jurista deve saber percebê-los, reconhecê-los e traduzi-los para o universo conceitual do direito, o que caberia no espaço epistemológico da teoria geral do direito. Essa, contudo, tradicionalmente trabalha o fenômeno jurídico a partir da norma posta, não antes. Daí que a direção de seu desenvolvimento são os métodos de interpretação, aplicação e, quando muito, construção do direito, a partir do direito positivo.

Por outro lado, a contribuição da ciência política e da economia, e particularmente aquela que se ramifica na escola da análise econômica do direito, tem o mérito de jogar luz sobre a questão da escassez dos recursos para a realização dos direitos. Mas pertence a uma tradição estranha ao nosso ordenamento formalizado.

Nesse sentido, entendo que a melhor contribuição que pode ser dada por um trabalho de sistematização conceitual das políticas públicas é fornecer um conjunto de referências aos Poderes Executivo e Legislativo

na elaboração dos veículos jurídicos das políticas públicas. "Modelizar" a ação administrativa, como propõe Danièle Bourcier⁴⁹, fornecendo uma tipologia normativa e processual ideal seria um avanço, que repercutiria sobre os modos de controle judicial das políticas públicas.

A existência de uma conceituação jurídico-formal aplicável ao trabalho com políticas públicas — e é disso que trata o presente trabalho — se justificaria do ponto de vista da funcionalidade do direito, isto é, das condições de atuação dos vários agentes, públicos e privados, envolvidos na concretização dos direitos sociais e, mais que isso, em toda gama de intervenções do Estado sobre o âmbito privado.

Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública.

Entretanto, se não há um conceito jurídico, deve haver, com certeza, uma metodologia jurídica. As tarefas dessa são descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes.

Mas isso é assunto para um outro estudo.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Afonso Gomes de. *Lei n. 4.320 comentada ao alcance de todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

⁴⁸ Neil Komesar. *Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1994.

⁴⁹ "Modéliser la décision administrative. Réflexions sur quelques paradigmes", in *Le droit administratif en mutation* (org. Jacques Chevalier). Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 256-274.