

Maria Paula Dallari Bucci

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Livre-Docente em Direito do Estado pela USP. Secretária de Educação Superior do Ministério da Educação (2008-2010). Consultora Jurídica do Ministério da Educação (2005-2008). Procuradora-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2003-2005).
Procuradora da Universidade de São Paulo.

FUNDAMENTOS para
uma **TEORIA JURÍDICA**
das **POLÍTICAS PÚBLICAS**

2013

 **Editora
Saraiva**

to de lacunas e enfim a tarefa de fornecer pontos de vista quando a lei reenvia à equidade ou às representações ou escalas de valores sociais [...]. Os tópicos devem enfim poder assumir *de lege ferenda* funções de política constitucional”²¹⁹.

c) Formação do direito e democracia processual

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

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

O crescimento da importância da processualidade do direito, a adoção da processualidade ampla, também pode ser explicado pela inviabilidade de uma visão puramente “substancialista” das normas jurídicas. A expansão das normas econômicas e das situações de desigualação concreta, típicas do direito de cunho social do

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

século XX, levou à relativização da concepção liberal, cedendo lugar a um trabalho de criação jurídica com base numa perspectiva material. Entretanto, as experiências históricas que levaram ao extremo esse tipo de visão, as do socialismo “nacional” e do socialismo “corporativista”, isto é, o nazismo e o fascismo, assim como outros regimes totalitários neles inspirados, levaram à necessidade de adoção de mecanismos jurídicos de controle mais afeitos à democracia. E a processualidade responde por esse tipo de demanda. O controle das formas e dos processos parece ser o caminho para o diálogo que diz respeito aos conteúdos e às decisões de fundo.

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

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

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

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

O processo judicial é o modelo cognitivo por se tratar da matriz jurídico-processual por excelência. É o campo em que o direito cuidou com mais profundidade da criação de regras que não apenas habilitassem à produção de uma decisão estatal²²¹, mas também da execução dessa mesma decisão, com todos os seus incidentes.

A judicialização crescente das relações sociais, fenômeno presente não apenas no Brasil, mas generalizado no mundo, a que já se aludiu²²², é outro elemento a embasar a utilização dessa matriz cognitiva. Não se trata de modelo artificialmente escolhido, apenas pela familiaridade do processo judicial. Ao contrário, a busca e utilização cada vez mais ampliadas do sistema judicial para a solução de conflitos sociais significam que a crescente juridificação das relações sociais, cujo marco são as Constituições do pós-guerra, passa pela adoção do Poder Judiciário e do modelo judicial como foro e modo preferenciais para dirimir disputas na sociedade.

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

222 Ver item 1.5.b, acima.

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

“Procedimentos, participação e desenho institucional são atuais soluções comuns que têm sido defendidas para uma variedade de problemas regulatórios percebidos: dos ‘grandes temas’ das falências dos modelos tradicionais de regulação, e de como a regulação deveria responder ao supranacionalismo ou à ‘sociedade do risco’ e aos mais prosaicos assuntos de meio ambiente, telecomunicações, corporações e direito falimentar. A proposta dominante é desenvolver procedimentos e estruturas institucionais capazes de fortalecer a deliberação e permitir a participação. Associada a isso, está a demanda por regulação, para substituir estratégias de comando por estratégias de indução, e por reguladores que deixem de ser formuladores de regras para se tornarem supervisores”²²³.

Nesse modelo de política, o fortalecimento da cidadania é assegurado por um “processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas, em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos”²²⁴. Vislumbra-se um “consenso alcançado argumentativamente”²²⁵, mediante procedimentos democráticos institucionalizados, o que importa na ampliação do sentido jurídico original do processo, antes restrito ao âmbito judicial, demandada por uma

223 Julia Black. Procedimentalizando..., in *Regulação*, cit., p. 141-142.

224 “A opinião pública convertida em poder comunicativo por procedimentos democráticos não pode reinar ela própria, mas apenas dirigir o uso do poder administrativo em certas direções.” Jurgen Habermas. Três modelos normativos de democracia. *Revista Lua Nova*, n. 36, 1995, p. 39-54.

225 Idem, *ibidem*.

mudança das formas de atuação do Estado. A ideia alargada de democracia se traduz em alternativas institucionalizadas de representação e participação, por meio de “novas formas organizadas de representação da ‘opinião’ e da emergência de modos de expressão dos interesses sociais, que desbordam da lógica representativa tradicional”²²⁶.

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

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

Todos esses pontos, como é evidente, comportam apreciação subjetiva; a quem compete julgar se o custo é excessivo ou os beneficiários são indevidos ou a ação é acanhada? Tratando-se de processos cuja natureza é eminentemente política, num cenário democrático competirá ao povo ou aos seus representantes realizar essa apreciação. E ela será em princípio movediça, em função do viés que orientar as premissas do diálogo e as perguntas que se

226 Jacques Chevallier. *O Estado Pós-Moderno*, cit., p. 223-224.

seguirem. O debate começa exatamente com a definição dos pontos controvertidos – como, aliás, também ocorre com o processo judicial de conhecimento²²⁷.

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

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

As perguntas mais recorrentes ou estruturantes da ação governamental podem ser organizadas num esquema passível de reiteração. Qual o escopo da ação governamental? Quem serão seus beneficiários? Qual a escala? Quais os seus custos? E se considerados os beneficiários unitariamente, qual o custo? Em outras palavras, qual a medida da eficiência da ação governamental? Em que tempo se desenrolará a ação governamental? E sobre o processo decisório, quais

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

os seus partícipes? Os beneficiários estão suficientemente informados dos benefícios? E dos ônus? Quais as alternativas? Há outros modelos? Como superaram esse problema países que passaram por esse estágio de desenvolvimento no passado? Como fizeram outros países/estados/municípios que enfrentaram o mesmo problema?

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

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

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

Não se trata de elegê-lo como princípio “mais importante” do processo, mas sim de compreender que é na formação e no exercício do contraditório que se dá o confronto entre os contrários, em que a tensão entre os polos opostos, que é essencial na política, desafia as condições jurídicas de ordenação e processamento do conflito. Por essa razão, é na instauração e no desenvolvimento do contraditório que se pode entender o processamento das tensões sociais no desenrolar da ação governamental.

Poder-se-ia falar num contraditório em sentido político, que, em algumas circunstâncias, desenvolveria formas jurídicas de dis-

ciplina e processamento. O desafio para o direito é conseguir circunscrever o conflito social e apresentar pressupostos de desenvolvimento da controvérsia, sob regras jurídicas, que tornem possível uma evolução, do ponto de vista institucional, do processo decisório e da decisão. Essa evolução diz respeito à minimização de frustrações e especialmente à aceitação das regras do jogo, isto é, daquele foro e daquela disciplina para a submissão, no futuro, de disputas de índole semelhante.

No sentido do processo jurisdicional, há uma evolução da importância do princípio do contraditório, que corresponde à concepção do processo ampliada para além do processo judicial. Num primeiro momento, o contraditório era considerado um dentre vários princípios do processo, ao lado da imparcialidade do juiz, da igualdade e outros de natureza instrumental²²⁸. Posteriormente, passa a ser considerado princípio central e a corolário do princípio democrático no processo, ainda no sentido jurisdicional, consagrador da participação.

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

“É lógico que o contraditório, no processo civil contemporâneo, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. [...] A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal de participação. [...] Na

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

229 Marinoni. *Teoria*, cit., p. 404.

cc
da

23
23

r-
l-
e]
j-
s-
r-
e

verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso.

Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo italiana, fala em participação em paridade de armas²³⁰.

a
-
a
S
-
a
-
a

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

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

Ele se impõe às partes, mas também ao juiz que deve em todas as circunstâncias fazer que se observe e observar ele mesmo o princípio de contradição. O juiz não pode, assim, estabelecer de ofício meios, mesmo de direito puro, sem convidar previamente as partes a apresentar suas observações. Implica que o adversário seja sempre informado da existência de todo procedimento dirigido contra ele, que prazos para comparecer sejam-lhe outorgados, que todos os meios invocados e todos os elementos de prova produzidos sejam objeto de comunicações recíprocas entre as partes para que cada uma delas tenha condições de organizar sua defesa²³¹.

230 Marinoni, ob. cit., p. 409-410.

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

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

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

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

Nesse sentido, o estudo da noção de interesses – interesse coletivo, interesse público, grupos de interesses – bem como a identificação da burocracia como grupo organizado, portador de interesses específicos, pela ciência política, permitiu compreender parte da dinâmica interna do processo. Interesses polarizados são aqueles em que há explicitação dos termos do contraditório, com-

preensível do ponto de vista exterior aos contendores. A etimologia da palavra *interesse*, do latim, *quod inter est*, “aquilo que está entre”, remete ao sentido de relação.

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

Assim como na ciência política, em parte por influência de trabalhos nesse campo na segunda metade do século XX²³², no direito também, pela sua evolução teórica própria, que vinha desenvolvendo essa categoria desde o movimento da chamada “jurisprudência dos interesses” na Alemanha do século XIX²³³, a categoria interesse passa a ser utilizada como figura legal, a suportar a ampliação da tutela jurídica e judicial de valores sociais²³⁴.

Numa “pragmática jurídica das políticas públicas”²³⁵, o desafio seria definir, nos diversos processos de que o Estado participa, regras

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

233 Campilongo, *Interpretação do Direito*, cit., p. 147-151, e Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

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

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

de apresentação de postulações e interesses, de um lado, e as respostas correspondentes de outro, no sentido da rejeição ou acolhimento parcial da postulação. Os padrões de regras devem referir-se à articulação, isto é, formas de composição parcial ou integral de interesses e procedimentos, ou ao arbitramento, em sentido político, em que uma terceira autoridade ou ente decide em favor de uma ou outra posição²³⁶.

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

A estruturação do contraditório, como núcleo de sentido do processo, por meio do procedimento, assegura que a autoridade pública atue com base na legitimação democrática. Essa estruturação passa pela fixação, como primeiro exercício da autoridade, dos termos de processamento do conflito. Cumpre compreender quais os interesses em disputa, quem são seus portadores e como se organizam. A partir daí deve ser feita a tradução desse agregado para o procedimento jurídico, definindo-se quem são as partes no processo. Um segundo aspecto é a definição do objeto do processo, que também requer a tradução dos componentes políticos nos

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

s-
u-
se
le
i-
na
o-
os
le
os
ca
os
se
o
le
a-
os
is
r-
a
o-
)
s

contornos jurídicos da decisão que se espera ao final do processo. Finalmente, deverão ser explicitados os pressupostos do processo, isto é, as condições em que se deve dar o exercício do contraditório, de tal forma que a decisão final resulte válida, quanto ao esgotamento das possibilidades dialógicas proporcionadas pelo modelo. Exemplo disso é a fixação (até certo ponto arbitrária) do número de “rodadas” de prova e contraprova, e do prazo, como condição para se obter da decisão.

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

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

A criação de condições de participação nas questões públicas deve dar-se sob a forma de informação. A informação organizada é a base para a prestação de contas das autoridades ou gestores pú-

blicos à sociedade, a chamada responsividade ou *accountability*. A informação é, por certo, mais abrangente que a responsividade, alcançando, quando se pensa em transparência pública, dados e elementos que não necessariamente se inserem num diálogo estruturado. Trata-se de informações que “não foram objeto de perguntas”, mas que, ainda assim, em função de um princípio geral, não devem permanecer sob reserva, mas estar disponíveis para conhecimento do público, habilitando-se para diálogos em potência e não apenas em ato.

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

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

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

Colocando-se como objeção o fato de que as relações sociais são de certa maneira “viciadas” e as condições de diálogo regrado são limitadas de início, lograr o estabelecimento do contraditório real, para além da reprodução irracional dessas condicionantes, é o primeiro desafio.

e) O tempo como variável do processo de decisão

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

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

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

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