

O direito nas políticas públicas

A ser publicado em Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) 'Política Pública como Campo Disciplinar', São Paulo, Ed. Unesp, no prelo.

Diogo R. Coutinho

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário) e pesquisador do CEBRAP - Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. E-mail: diogocoutinho@usp.br

Agradecimentos:

Gostaria de agradecer a Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Virgílio Afonso da Silva, Jean-Paul Rocha, Fernando Herren Aguillar, Maria Paula Dallari Bucci, Paulo Mattos, Mario Schapiro, Carolina Stuchi, Vinicius Marques de Carvalho, Juliana Marques e Evorah Cardoso as ricas oportunidades de diálogo sobre direito e políticas públicas, bem como as críticas e comentários feitos a versões anteriores deste texto. Minha gratidão, também, aos professores Eduardo Marques (FFLCH-USP) e Carlos Aurélio Pimenta (PUC-MG) pelo convite para participar deste volume, assim como do fórum “a multidisciplinaridade na análise de políticas públicas”, que ocorreu no 7º Congresso da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), em Recife, em agosto de 2010.

I. Introdução

Quem no Brasil procura explorar as interações que existem entre o direito e as políticas públicas não tarda a constatar que há inúmeras dificuldades em fazê-lo e que essas dificuldades são de diferentes ordens – conceituais, semânticas, metodológicas, teóricas e práticas. Perguntas do tipo “é possível pensar em uma teoria jurídica das políticas públicas?”, “como as relações entre direito e políticas públicas podem ser observadas empiricamente?” ou “que critérios metodológicos podem ser empregados para descrever os papéis desempenhados pelo direito nas políticas públicas?”, assim como indagações do tipo “qual a acepção da palavra ‘direito’ no contexto das políticas públicas?” ou “existe alguma distinção relevante entre as expressões ‘direito *das* políticas públicas’ e ‘direito *nas* políticas públicas?’”, traduzem, de antemão, desafios nada triviais à pesquisa nesse campo.

Sem a pretensão de responder a essas perguntas de forma definitiva ou de propor um corpo acabado de princípios ou um método capaz de dar explicações ou de oferecer prognósticos, este capítulo procura desenhar, de forma ainda incipiente, categorias ou ferramentas de análise pelas quais o direito pode ter seus papéis nas políticas públicas enxergados com algum ganho de clareza e nitidez. Por trás disso está a suposição de que se de fato é possível observar e compreender os papéis do direito nas políticas públicas, seria também possível, em tese, aperfeiçoá-las desde uma perspectiva jurídica. A perspectiva adotada é, por isso, funcional - no sentido específico de que busca estudar e questionar as funções desempenhadas pelo direito. Outro ponto de partida é a suposição de que se é possível desdobrar políticas públicas em um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais mediados pelo direito, também é possível observar o direito nas políticas públicas sem dissecá-lo, isto é, enxergando-o como um elemento intrínseco, como um componente central de tais políticas.

A classificação segundo a qual o direito pode ser visto como objetivo, arranjo institucional, vocalizador de demandas ou ferramenta de políticas públicas é então proposta, com a ressalva, feita ao final, de que sua utilidade ainda precisa ser testada empiricamente, o que, por sua vez, suscita importantes desafios aos juristas

brasileiros, cuja formação tem negligenciado tanto a importância da reflexão jurídica sobre as políticas públicas e, mais ainda, a construção de habilidades e métodos de investigação aplicada.

II. Uma provocação aos juristas brasileiros

Um sem-número procedimentos mediados por códigos, leis, decretos, regulamentos, portarias, circulares e outras espécies de normas é diariamente movimentado no dia-a-dia das políticas públicas. Os juristas, por isso, são a todo o tempo solicitados a opinar e decidir sobre problemas que surgem em suas diferentes fases, defendê-las ou questioná-las judicialmente, responder consultas e dirimir dúvidas sobre as mais diversos expedientes e providências que as envolvem¹.

Desde o ponto de vista acadêmico, contudo, os juristas brasileiros estudam pouco as políticas públicas e o fazem com recursos metodológicos escassos e frágeis. Pode-se dizer, em outras palavras, que a disciplina do direito tem uma relação um tanto ambígua com o campo transversal das políticas públicas. Se, de um lado, quando desempenham os papéis de gestores, administradores ou procuradores, os juristas interagem com elas intensamente (moldando-as e operando-as), de outro lado delas mantêm, como cientistas sociais, uma reveladora distância.

Essa relação simultânea de proximidade (prática) e distância (acadêmica) entre o direito e o campo das políticas públicas brasileiras seguramente tem muitas causas. Algumas delas estão, acredito, relacionadas a certos traços do ensino jurídico que temos, que embora venha se dedicado a formar magistrados, advogados, promotores, procuradores, defensores políticos, autoridades públicas e políticos há quase dois séculos, não se propôs, especificamente, a formar profissionais do direito preparados para estruturar, operar e aprimorar políticas públicas e programas de ação governamental².

¹ “Não podemos interpretar leis e atos regulatórios sem entender as políticas que eles devem ‘implementar’ e as teorias que levaram a essas políticas. Mas, de outro lado, não há meios de se dizer o que é a política pública sem estudar o direito. (...) Para entender a política precisamos estudar as regras jurídicas de perto (Trubek, 1971:9).

² Uma disciplina de estudo das políticas públicas não consta dos currículos das faculdade de direito brasileiras. O art. 4º da Resolução CNE/CES (Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior) nº 9, de 2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em

Como já há tempos diagnosticado, os cursos de graduação e de pós-graduação em direito no Brasil seguem presos a referenciais e abordagens de ensino descritas como formalistas, estanques³ e enciclopédicas⁴, essencialmente baseadas em ensinamentos doutrinários⁵. A utilização intensiva de manuais – textos didáticos nos mais das vezes rasos e simplificadores – prevalece sobre a discussão do estado da arte da pesquisa nas salas de aula e isso, em última análise, colabora para que o ensino jurídico termine negligenciando a problematização, o diálogo, o caso e a dúvida como métodos⁶. As abordagens de pesquisa empíricas e interdisciplinares⁷ são ainda escassas no campo do direito no país, que, auto-centrado, tende a desdobrar-se no estudo inúmeros seus

direito, determina, no máximo, que “[o] curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências: (...) IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos”. Essa diretriz é a que mais se aproxima do campo das políticas públicas, expressão que não chega, de resto, a ser empregada pela mencionada resolução.

³ “O ensino jurídico (...) continua distante tanto de um pensamento verdadeiramente teórico quanto de uma utilidade profissional imediata. Sem servir nem à teoria nem à prática, resvala na tentativa de casar um amontoado de regras – o conteúdo do direito positivo – com um sistema fossilizado de conceitos doutrinários” (Unger 2005, 18).

⁴ “Pobre de conteúdo e pouco reflexivo, o ensino jurídico hoje se destaca por uma organização curricular meramente “geológica”. O que se espera dos professores dos primeiros anos (...) é a oferta de informações não problematizantes, um conhecimento claro e evidente, à força de tanta repetição, mas desatualizado e alienado com relação às condições reais do país; um conhecimento ‘receita-de-doce’, que propicia aos professores dos anos seguintes lecionar sobre estratos sucessivamente mais técnicos, mas nem por isso mais atualizados ou ensinados com rigor metodológico” (Faria, 2005). Mendes (2008: 20) distingue faculdades de direito “inovadoras” de “tradicionais”, associando a estas a característica de ocuparem-se de uma formação generalista, com currículos amplos, por vezes inchados, e partirem da premissa que o aluno deve, ao longo de sua graduação, ter uma visão, ainda que superficial, de todas as áreas do direito.

⁵ Muito simplificada, no campo do direito, doutrinadores são juristas que procuram organizar a prática jurídica (a chamada “doutrina”) produzindo respostas técnicas para certas questões que requerem, necessariamente, um deslinde, uma decisão – seja ela legislativa, judicial, administrativa ou contratual. Doutrinadores procuram descrever e analisar a realidade, ensinam e dizem como deve ser feito (Ferraz 1995, 108), isto é, enfrentam o imperativo de produzir respostas (as respostas “certas”) para problemas e controvérsias jurídicas.

⁶ San Tiago Dantas disse em 1955: “[q]uem percorre os programas de ensino em nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha auladouta coimbrã, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer o que curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático” (San Tiago Dantas 1955, 452). Ver ainda, mais recentemente, sobre a crítica ao ensino jurídico no país (Unger, 2001).

⁷ Marcos Nobre supõe um “atraso relativo” da pesquisa em direito no Brasil. Esse atraso seria resultado do isolamento do direito em relação a outras disciplinas e de uma “peculiar confusão” entre prática profissional e pesquisa acadêmica (Nobre 2004, 4). Efetivamente, no Brasil são escassos os profissionais do direito exclusivamente dedicados à docência e à pesquisa. A regra é, entre os acadêmicos, o exercício simultâneo de atividades práticas (como a advocacia ou a magistratura) e docentes. Como resultado dessa sobreposição, ficou prejudicada a atividade de pesquisa no campo do direito, nele incluído o rico universo de suas relações com as políticas públicas.

próprios “ramos” ou sub-áreas, com prejuízos para o diálogo com as outras ciências sociais.

Os estudantes de direito são, nesse contexto, inercialmente levados a crer que as profissões jurídicas se resumem à advocacia privada ou às carreiras públicas no âmbito do poder Judiciário e do Ministério Público⁸. O futuro jurista brasileiro não é, em outras palavras, estimulado a envolver-se na concepção, gestão ou na pesquisa de políticas públicas, especialmente no âmbito da administração pública, que é, por excelência, o protagonista em sua operação (Daintith 1987, 8).

Além disso, a discussão sobre os efeitos de leis e de políticas públicas privilegia, entre nós, enfoques e abordagens predominantemente estruturais (em oposição a funcionais), que tendem a ser estáticos, formais ou procedimentais. Exemplos disso são controvérsias e disputas de interpretação envolvendo a observância de regras de competência, a autonomia de órgãos e entes públicos, a legalidade dos atos praticados por autoridades administrativas e as possibilidades e limites da revisão de decisões de política pública pelo Judiciário⁹.

O debate público e as pesquisas acadêmicas em torno de aspectos formais e interpretativos são fundamentais para a formação dos juristas, não há dúvida. Mas dado que juristas brasileiros têm grande influência no modo como políticas públicas são moldadas, ajustadas e implementadas (na qualidade de legisladores, juízes e

⁸ Evidentemente isso não os impede de descobrir, depois de formados, que podem ser gestores públicos, carreira criada no Brasil em 1989, por meio da Lei Federal 7.834, de 6 de outubro de 1989 e regulamentada pelo Decreto 5.176, de 10 de agosto de 2004. Segundo o “Documento de referência para a Gestão da Carreira de EPPGG (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental)” publicado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em dezembro de 2008, direito é a segunda graduação mais frequente entre os gestores públicos (18%), perdendo para os economistas (27%) e seguidos pelos administradores (12%), bacharéis em relações internacionais (10%) e cientistas sociais (9%). O mesmo documento menciona que os membros da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental da Classe A deverão ser capazes de, entre outras coisas, “colocar em prática a racionalidade técnica e instrumental por meio de seus conhecimentos de administração pública, direito constitucional, direito administrativo e políticas sociais” (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão 2008, 22).

⁹ “Nos países de cultura latina”, explica Enrique Saravia, “a perspectiva jurídica mantém sua vigência alicerçada no legalismo próprio da conformação de seus sistemas sociais. Essa visão leva a uma consideração um tanto estática do Estado e da administração pública, que privilegia o estudo de estruturas e das normas que organizam a atividade estatal. O estudo circunscreve-se às questões *de lege data* ou *de lege ferenda* e deixa de lado as realidades vitais que permeiam as estruturas públicas” (Saravia 2007, 21).

burocratas, respectivamente)¹⁰, é preciso reconhecer que são igualmente importantes as habilidades que lhes permitam conhecê-las em suas peculiaridades setoriais e meandros, beneficiando-se do aprendizado que o fato de fazê-lo sistematicamente lhes traria¹¹. Em especial, refiro-me a conhecimentos que os permitam aos juristas, como práticos ou como acadêmicos, formular e propor soluções e ajustes que contribuem para executar ou mesmo aperfeiçoar tais políticas, mitigando suas disfunções e aumentando sua efetividade¹².

Particularmente negligenciado pelas faculdade de direito, nesse cenário, é o papel coordenador e articulador desempenhado pelo direito público e pelos juristas na modelagem institucional necessária à implementação de políticas. A reflexão sobre o uso do arcabouço do direito público para a definir papéis e tarefas executivas (“quem faz o que?”), atribuir competências (“decidir quem decide”), conectar atores (“quem interage com quem e como?”), coletar, solidificar e difundir experiências bem-sucedidas é praticamente ausente nas faculdade de direito, incluindo os cursos de pós-graduação. Isso ocorre, possivelmente, porque os juristas ignoram os debates sobre formas, funções¹³, alternativas, aprendizados e comparações institucionais ou porque os consideram parte de um campo disciplinar estranho¹⁴.

Empobrecida tem sido também a reflexão dos juristas a respeito da dimensão jurídica do controle social e da participação nas políticas públicas no Brasil. Se o direito administrativo pode ser visto como mecanismo de disciplina, procedimentalização e de regulação da participação substantiva, bem como da mobilização de atores mais ou menos organizados na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, então faz sentido que isso seja mais tematizado por juristas, acadêmicos ou práticos. E

¹⁰ Cf. Epstein e King (2002, 7).

¹¹ “[A] observação de modelos concretos é praticamente obrigatória para a análise de políticas públicas”, crê Bucci (2008, 258).

¹² O grau de efetividade reflete a intensidade em que as práticas e comportamentos sociais sofreram alterações após a promulgação de uma certa norma jurídica. Já o nível de eficácia volta-se para apurar se há relação de causalidade entre a adoção de novas práticas e comportamentos e as normas jurídicas que incidem sobre os agentes. Ver, sobre isso, Eberhard (1997).

¹³ Entre outros, sobre a discussão de forma, função e qualidade de instituições no desenvolvimento, ver Chang (2006) e Rodrik e Subramanian (2003).

¹⁴ Como afirma Komesar, embora decisões importantes e controversas sobre quem decide estejam enterradas em cada norma ou aspecto de política pública, elas não raro seguem não analisadas, tratadas superficialmente, ou, no melhor dos casos, analisadas em termos das características de uma alternativa” (Komesar 1994, 4). Roberto Mangabeira Unger critica especificamente o ensino jurídico brasileiro, que escorrega ao deixar de ensinar aos alunos que há um importante debate jurídico em torno da investigação das alternativas institucionais para o desenvolvimento (Unger 2005, 34).

se é igualmente verdadeiro que o direito, além disso, estrutura e regula formas de prestação de contas e transparência (*accountability*) dessas políticas - uma vez que pode obrigar quem as opera a justificar e motivar as decisões relativas à definição de prioridades, seleção de meios, formulação de planos de execução, alocação de recursos e outras consideradas de interesse público, então seria razoável supor que a falta de consciência desse papel profissional tende a aumentar o risco de que haja maior opacidade, menor participação e menos intensa mobilização de atores relevantes – sobretudo os grupos menos organizados – em políticas públicas.

III. Limitações e anacronismo no direito administrativo brasileiro

O jurista Norberto Bobbio identificou os papéis do direito nas mudanças estruturais do capitalismo e das funções estatais ocorridas ao longo da segunda metade do século XX. Essas mudanças, sobretudo no contexto da construção do Estado de Bem-Estar europeu¹⁵, fizeram com que o direito (como ordenamento) e as normas jurídicas passassem a estar intensamente associados à realização de objetivos públicos concretos, por meio do encorajamento, da indução e de recompensas de comportamentos (Bobbio 2007, 15).

Aos olhos de Bobbio, o direito público passa a desenhar, operacionalizar e disciplinar um conjunto amplo de ações para a implementação e monitoramento de políticas públicas¹⁶ e o fez por meio sanções positivas ou premiais, de cunho indutor, explica¹⁷.

¹⁵ Trata-se, como o descreveram alguns autores, de um processo de “juridificação”, isto é, da expansão e da proliferação (em alguns casos, de uma verdadeira “explosão”) de normas destinadas a regulamentar a vida social e as burocracias no âmbito do *Welfare State*. Esse processo reflete um importante processo de transformação do direito, que passa progressivamente a ser funcionalizado e instrumentalizado para alcançar objetivos de política pública, com todos os problemas de legitimidade, eficácia e controle social que passam a afetar as ordens jurídicas, até então tratadas pelos juristas como sistemas coerentes e íntegros. Ver, quanto à idéia de “juridificação”, Teubner, 1987.

¹⁶ Comentando passagem de Bobbio e de outros autores que tratam das funções do direito, Eros Grau diz que a: “afirmação de que o direito funciona como um instrumento de implementação de políticas públicas tem o condão de evidenciar a necessidade de o tomarmos como objeto da análise funcional”. Por meio dessa análise funcional, segue Grau, pode-se considerar “as finalidades efetivamente funcionalizadas pelo direito” – e não as finalidades que o direito *deveria* numa perspectiva axiológica ou prescritiva. Dito em outras palavras, no campo da produção jurídica os estudos de políticas públicas podem ser tanto normativos (no sentido de prescritivos), quanto descritivos. Referindo-se a Antoine Jeammaud, Grau afirma também que uma análise funcionalista do direito nas políticas públicas pode não apenas identificar ou determinar as funções estruturadoras e reguladoras do direito, mas também tentar compreender “*como* os mecanismos e as representações jurídicas organizam e regulam as relações empíricas dos indivíduos, grupos específicos e classes dentro de sociedades históricas” (Grau 1996, 25 – grifo no original).

Normas baseadas no binômio permissão/proibição passam a conviver com incentivos financeiros, procedimentais e com mecanismos de compensação. Além do critério de observância da norma, seu grau de “utilização” (Eberhard 1997, 2) pelos destinatários passa a ser considerado uma variável-chave na construção de uma “tecnologia” jurídica de gestão de políticas públicas no âmbito de um Estado que tem obrigações (em alguns casos constitucionalmente previstas) positivas (isto é, não apenas de abstenção) que por sua vez demandam ações promocionais e medidas prospectivas permanentes e extraordinariamente dinâmicas.

Especialmente a partir dos anos 1970, uma inflexão liberalizante reduz significativamente os papéis do Estado, mitigando sua função de implementador de planos e programas de ação. Seu papel de condutor e planejador da economia é questionado pelo diagnóstico ortodoxo de que está acometido por uma crise fiscal e financeira, além de colonizado por interesses privados, inchado por contratações políticas e entorpecido por ineficiências cujo custo em muito supera eventuais benefícios. O direito do Estado de Bem-Estar, como tipo ideal, cede lugar a um tipo de ordenamento jurídico cuja função primordial é, de forma estilizada, garantir previsibilidade e segurança aos agentes econômicos, bem como definir claramente direitos de propriedade e reduzir ao máximo custos de transação. Assim, o direito das políticas públicas, instrumento de ação articulada do Estado em nome de objetivos e política pública, passa a perder espaço para um tipo de análise que procura descrever (e também prescrever) seu papel de fundamento de uma economia de mercado. O direito e outras instituições relevantes para o desenvolvimento não são mais identificados braços de implementação de programas políticos, econômicos e sociais por meio de políticas públicas de bem-estar e sim como um limite ou um escudo de proteção do indivíduo em relação ao Estado (Trubek 2008).

O aparato jurídico passa a ser descrito durante o período neoliberal, não mais como estruturador de mercados de outra forma inexistentes, formulador de planos de ação e implementador de políticas públicas, mas sim como um corretor de falhas de mercado e vetor de promoção de eficiência econômica. Com isso, o direito, tipicamente, passa

¹⁷ Para Bobbio as técnicas de estímulo a comportamentos podem tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. “Portanto”, diz ele, “podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios, b) comandos reforçados por castigos, c) proibições reforçadas por prêmios e d) proibições reforçadas por castigos” (Bobbio 2007, 6).

a ser menos caracterizado por metas substantivas – certo objetivos macroeconômicos, como o pleno emprego, ou sociais, como a redistribuição da renda, por exemplo - uma vez que sua racionalidade vai se tornando progressivamente procedimental, “facilitadora” e descentralizada (em oposição à racionalidade substantiva, centralizadora e finalística do *Welfare State*). Como resultado, as técnicas de prescrição e indução de comportamentos voltados a objetivos de interesse social passam a conviver a proliferação de normas que definem procedimentos, estruturam competências e asseguram as “regas do jogo” capitalista (Faria 1999, 195).

Como consequência das limitações e instabilidades dos mercados, da necessidade de sua regulação e re-regulação depois de liberalizados e privatizados, do acirramento da competitividade entre países no comércio internacional, bem como em decorrência da crise financeira de 2008, o neoliberalismo e seu tipo ideal de direito estão em xeque e alguns estudos discutem possíveis indícios de que um novo tipo de desenvolvimentismo pode estar sendo lentamente gestado em países como o Brasil¹⁸ e de que, nesse modelo, haveria novos papéis ou novas aplicações para o direito¹⁹.

No Brasil²⁰, entretanto, como aponta Maria Paula Dallari Bucci, o direito administrativo segue marcadamente liberal: “de cunho predominantemente negativo”, voltando-se “à contenção da discricionariedade do governo mais que à coordenação de sua ação”²¹. Herdeiro do direito administrativo francês sistematizado no início do século XX, ele tem revelado dificuldades e limitações epistemológicas para se adaptar às metamorfoses do Estado e dos papéis de seu arcabouço jurídico na construção de políticas públicas. E como sintetiza Faria, nosso direito administrativo segue enfrentando dificuldades severas em conjugar “poder discricionário e certeza jurídica, eficácia na gestão pública e segurança do direito” (Faria 1999, 179).

¹⁸ Ver, por exemplo, Arbix e Martin (2010) e Boschi (2010).

¹⁹ Ver, por exemplo, Trubek (2008).

²⁰ Claro esse não é um problema brasileiro, apenas. Severas restrições de capacidade administrativa, capacitação da burocracia, coordenação de ações, assim como limites da ação distributiva e reduzidos níveis de gasto público (temas direta e indiretamente ligados às características jurídico-institucionais de cada país) são característica de muitas nações em desenvolvimento (ou subdesenvolvidas), cf., por exemplo, Lindert (2004).

²¹ Bucci (2002: 11).

Em boa medida por conta disso, um subconjunto de problemas epistemológicos e práticos se delineia em torno do anacronismo de algumas categorias jurídicas do direito administrativo brasileiro. Entre outras, as noções clássicas de serviço público, poder de polícia, autoridade, discricionariedade, poder normativo, regulamento, concessões, outorgas e distintas formas de parcerias público-privadas têm sido crescentemente descritas (e criticadas) como limitadas tanto em termos de capacidade explicativa teórica, quanto em termos operacionais, isto é, como ferramentas para a resolução de problemas concretos²².

Um exemplo dessa exaustão de certas categorias é a noção estanque de “ato administrativo”, que ainda ocupa lugar central no direito público brasileiro. Para os juristas administrativistas as políticas públicas são, em regra, formalmente traduzidas como uma sucessão de atos administrativos e não como um *continuum* articulado e dinâmico, estruturado em torno de fins previamente articulados a meios (Bucci 2002, 18). Essa visão fragmentária impõe limitações severas à compreensão de políticas públicas como planos de ação prospectivos que, para fazer serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados mecanismos de auto-correção), já que estão em permanente processo de implementação e avaliação²³.

Mesmo assim, o *Welfare State* brasileiro, com muitas limitações e vícios²⁴, assumiu a missão de adotar uma ampla gama de medidas jurídicas administrativas, incorrer em significativos gastos, eleger prioridades com limitações de informação, articular programas, avaliar seus resultados e promover ajustes por intermédio de políticas públicas simultâneas e inter-setoriais. Boa parte de seus objetivos foram reafirmados e

²² Ver, por exemplo, Sundfeld (2000), Aguillar (2006), Azevedo Marques (2005) e Binenbojn (2006). Nesses três trabalhos estão claramente discutidas as limitações de análise, diagnóstico e operação que certas categorias usuais do direito administrativo brasileiro ainda revelam.

²³ Sobre a importância das políticas públicas conterem, em sua estrutura funcional, atributos de ajuste, adaptação e flexibilidade que permitam a realização de experimentos e a incorporação de aprendizados, ver, entre outros, Sabel e Reddy (2003).

²⁴ Sobre a ideia de um Estado de Bem-Estar no Brasil, marcado pelo forte papel do governo no desenvolvimento da dinâmica capitalista de industrialização tardia e na regulação das transformações sociais como um modelo distinto do Estado de Bem-Estar Social europeu clássico, oriundo das revoluções burguesas, ver Aureliano e Draibe (1989) e Draibe (1993).

constitucionalizados em 1988 e regulamentados sob a forma de leis, decretos e outras espécies de normas jurídicas²⁵.

Como resultado, o Estado e a burocracia brasileiros encontram-se de modo geral carentes de categoriais jurídicas analíticas, “institutos jurídicos” ou estudos acadêmicos e não acadêmicos aplicados que possam enfrentar os desafios tecnocráticos que se impõem à concepção, implementação e gestão de programas de ação complexos, inter-setoriais e articulados. Exemplo disso, no campo do direito administrativo, é a dicotomia “ato administrativo vinculado” versus “ato administrativo discricionário”. Baseados nela, a maior parte dos futuros bacharéis em direito brasileiros é ensinada, em seus cursos de graduação, que ou a lei (promulgada pelo Legislativo) determina objetivamente à administração pública o que fazer como forma de cumpri-la (atos vinculados) ou, quando se tratar de atos discricionários, o agente público poderá fazer juízos (subjetivos) de oportunidade e conveniência em nome do interesse público²⁶.

Embora seja importante reconhecer que políticas públicas requerem um certo grau de liberdade ou de margem de manobra e adaptação por parte dos agentes públicos (por exemplo, na escolha de meios alternativos e concorrentes para a realização de objetivos ou na opção por esta ou aquela solução para dado problema identificado ao longo da implementação da política), a doutrina jurídica brasileira, ao tratar da discricionariedade, parece estar mais preocupada com a busca do que são, intrinsecamente, atos vinculados ou discricionários, ou com o delineamento de critérios para disciplinar a liberdade de escolha do agente público e, por isso, menos engajada em ajudá-lo a tomar a melhor decisão dados os constrangimentos reais que a realidade impõe. Como resultado, o binômio ou “pode/não pode” prevalece, em suma,

²⁵ Uma descrição das relações entre direito, economia e Estado no Brasil a partir de 1988 (um “momento maquiavélico” na história do Brasil) é feita por José Eduardo Faria, que identifica, nesse contexto, dilemas, aporias e contradições severas que, no limite, põem em xeque a eficácia das políticas públicas destinadas a implementar os novos direitos constitucionalmente adquiridos (Faria 1993).

²⁶ Atos discricionários seriam “os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação de decisão segundo critérios de conveniência e oportunidades formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”. Eles se distinguem dos atos administrativos vinculados, que seriam “aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma” (Bandeira de Mello 2001, 383).

sobre a discussão sobre “como se pode” alcançar objetivos na administração pública. E em grande medida isso tem relação com o fato de que gestores públicos, juristas ou não, temem que as razões práticas e funcionais que dão para justificar esta ou aquela medida sejam questionadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas²⁷.

Seja porque os objetivos da política pública raramente são especificados em minúcia pelo legislador, seja porque há caminhos alternativos e diferentes para alcançá-los, seja porque políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação, ajustes e avaliações, é necessário, enfim, que administradores e gestores públicos possam contar com um arcabouço jurídico minimamente flexível, que permita experimentações, revisões e a incorporação de aprendizados, além de assegurar prestação de contas e controle democrático. Em síntese, além de ser um escudo de proteção do indivíduo, pode-se imaginar o direito administrativo como uma espécie “tecnologia” de implementação de políticas públicas²⁸.

Não chega a ser surpreendente, enfim, que os juristas brasileiros tenham grandes dificuldade em identificar, analisar, avaliar e aperfeiçoar de modo sistemático os arranjos e ferramentas jurídicas empregados em políticas públicas²⁹. Porque partem da suposição de que elas não (a não ser se vistas fragmentariamente) são seu *métier*, terminam, no fim das contas, por se excluir e privar de debates centrais a respeito da construção e aperfeiçoamento do aparelho do Estado e do Estado democrático de direito. Do ponto de vista da pesquisa acadêmica, perdem a oportunidade de desenvolver métodos de análise e abordagens de próprias, que possam compor, no

²⁷ Uma discussão sobre o “medo da discricionariedade” em políticas públicas (em particular, no campo da regulação das condições de trabalho) é feita por Pires (2010), que contrapõe diferentes paradigmas de gestão pública, apontando seus vícios e virtudes. Para uma discussão sobre a importância do aprendizado institucional, da inovação, do experimentalismo (a ideia de *learning by doing*) em políticas públicas ver Sabel (2004 e 2005) e Sabel e Reddy (2003).

²⁸ Para uma discussão sobre as mudanças paradigmáticas que tem feito o direito administrativo norte-americano transformar sua arraigada tendência regulatória (rígida, *top down* e baseada em mecanismos de comando-e-controle e sanção punitiva) em uma forma de “governança” (*governance*) pela qual atividades e funções até então consideradas exclusivamente públicas passam a ser compartilhadas por atores públicos e privados, ver Lobel (2004, 265). Para Lobel, nesse modelo de governança a produção do direito caminha em direção a instrumentos feitos sob medida, adaptados às circunstâncias locais e dotados de mecanismos de auto-adaptação. A respeito de uma discussão de política pública (no campo do financiamento da inovação no Brasil) na qual esse modelo de governança é referido, ver Schapiro (2010).

²⁹ Na provocação de Christian Courtis, a “linguagem dos juristas e aquela daqueles que têm tido a tarefa de desenhar, implementar e avaliar políticas sociais têm estado, inexplicavelmente, divorciadas por tempo demasiado” (Courtis 2007, 73).

estudo integrado das políticas públicas, um repertório consolidado de aprendizados que possam, no limite, ser replicáveis em outros contextos, setores, localidades ou níveis federativos. Com isso perdem também os demais profissionais envolvidos na gestão de políticas públicas - cientistas políticos, economistas, sociólogos, administradores públicos, gestores, entre outros, que se ressentem da falta de uma interlocução mais substantiva com quem forja, implementa, interpreta e aplica leis.

Em suma, a distância dos juristas do estudo aplicado e da pesquisa em políticas públicas impede que eles desenvolvam um tipo de conhecimento próprio e que o arcabouço jurídico possa ser, dentro de limites, adaptado e funcionalizado à realização de objetivos identificados com metas de desenvolvimento³⁰. Se não puder fazê-lo (se os atuais e futuros juristas não forem treinados para tanto, poder-se-ia dizer), paradoxalmente, ficarão mitigadas a eficácia e a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição ou pelas leis em vigor. Afinal, é razoável admitir que programas de ação adequadamente concebidos, implementados e avaliados do ponto de vista jurídico podem ser vistos como condição de efetividade dos direitos que procuram realizar ou materializar.

VI. Normas programáticas e a crescente judicialização da política

A Constituição Federal de 1988 é progressista, generosa e transformativa. Apelidada de “constituição cidadã” por ter sido promulgada após um período no qual o Estado Democrático de Direito foi suprimido no país e por conter um respeitável rol de direitos e garantias contra o arbítrio, ela enuncia ainda um longo e detalhado capítulo de direitos econômicos e sociais. Além disso, ela contém normas ditas “programáticas” – isto é, normas que prevêm objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas (como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, constantes do art. 3º) e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infra-constitucional, juízes e administradores públicos. Diante disso, as questões da eficácia, da efetividade e da vinculação dos direitos

³⁰ Bucci refere-se à figura do analista jurídico de políticas públicas como profissional que opera uma “caixa de ferramentas” jurídicas. A ele caberia, entre outras tarefas, sistematizar as análises, segundo determinadas categorias, que permitirão identificar repetições históricas, semelhanças e dessemelhanças nos arranjos observados, extraindo conclusões a respeito dos processos decisórios e suas componentes jurídicas” (Bucci 2008, 258).

sociais e das normas programáticas em relação a legisladores, juízes e autoridades públicas vêm mobilizando os constitucionalistas brasileiros há algumas décadas³¹.

Mas as abordagens de direito constitucional brasileiras, não almejam, a não ser incidentalmente, enfrentar as políticas públicas desde uma perspectiva interna, isto é, preocupada com os processos de mediação jurídica que sua gestão demanda. Dito de outra forma, embora os principais autores brasileiros reconheçam sua importância na efetivação de direitos econômicos³², sociais e culturais, não tem sido objetivo de sua agenda acadêmica fazer estudos voltados à compreensão e ao aperfeiçoamento de engrenagens jurídicas dessas políticas públicas como um capítulo do tema da efetividade dos direitos³³.

Ao mesmo tempo em que avançava, no campo jurídico, o debate doutrinário sobre as normas programáticas, seu *status* e eficácia, como resultado do aumento progressivo da judicialização das relações sociais e políticas³⁴, desde a década de 1980 uma larga gama de assuntos e conflitos passou a ser levada dos tribunais³⁵, sendo a discussão sobre a judicialização de políticas públicas – isto é, sobre os limites da intervenção (ou da “correção”), pelo Judiciário, em políticas públicas – um dos assuntos que mais

³¹ Cf. Silva (1968).

³² Ver, por exemplo, Lopes (2006) e os trabalhos da coletânea organizada por Souza Neto e Sarmiento (2010).

³³ A discussão sobre estarem as políticas públicas incrustadas no próprio texto da Constituição de 1988 foi tematizada pela ciência política. Para Couto e Arantes (2002, 2), a existência de direitos econômicos, sociais e culturais faz com que a carta de 1988 tenha “consagrado formalmente como norma constitucional diversos dispositivos que apresentam, na verdade, características de políticas governamentais com fortes implicações para o *modus operandi* do sistema político brasileiro”. Bucci (2008, 254), de outro lado, lembra que não se pode confundir políticas públicas com direitos. As primeiras, que não devem ser reduzidas às disposições jurídicas com que se relacionam, a rigor não são direitos.

³⁴ Sobre a judicialização da política ver, entre outros, Werneck Vianna *et al.* (1999) e Maciel e Koerner (2002).

³⁵ No diagnóstico de José Eduardo Faria, que aqui vale citar mais longamente, a judicialização da política é “um fenômeno complexo, que envolve diferentes atores. Um deles é a incapacidade do Estado de controlar, disciplinar, regular, com os instrumentos normativos de um ordenamento jurídico resultante de um sistema romano idealista, rígido e sem vínculos com a realidade contemporânea, mercados cada vez mais integrados, em escala planetária. Pressionado por fatores conjunturais, desafiado por contingências que desafiam sua autoridade, condicionado por correlações circunstanciais de forças, obrigado a exercer funções muitas vezes incongruentes entre si e levado a tomar decisões em contradição com os interesses sociais vertidos em normas constitucionais, o Estado tende a legislar desenfreadamente com o objetivo de coordenar, limitar e induzir o comportamento dos agentes produtivos. (...) Como a ordem jurídica assim produzida não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critério constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo”. (Faria 2003,12-15).

atenção dos juristas vem recebendo.

No caso brasileiro, esse debate tem como principal parâmetro jurídico a norma contida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa norma impede o Judiciário de recusar a análise de qualquer política pública – ou de qualquer ato administrativo por ela editado - que lese ou ameace lesar direitos. Em termos práticos, significa que nenhuma política pública está imune ao seu questionamento e revisão judiciais. Isso está longe de significar, porém, que se trata de uma questão trivial: as formas como os juízes podem enfrentar políticas públicas que chegam ao seu crivo por meio de ações individuais e coletivas são muito diferentes.

Há magistrados tipicamente “ativistas”, isto é, que consideram parte de seus papéis institucionais a possibilidade de alterar, remodelar, interromper ou mesmo criar uma política pública. Esses juízes tendem a decidir de modo voluntarista e, explícita ou implicitamente, atribuir ao Judiciário a responsabilidade ativa de pôr em curso políticas públicas em relação às quais o governo se revele eventualmente omissos, além de corrigir os rumos de programas que, em sua implementação, supostamente fogem ao objetivo da lei ou da constituição.

Há, de outro lado, juízes que contêm a si mesmos, entendendo que a análise judicial de políticas públicas deve ater-se, no máximo, ao controle formal (e não substantivo) dos atos praticados pelos gestores no Executivo. Nesse segundo caso, ao invés de rever o mérito da política pública, o juiz atribui a si o papel de assegurar que os procedimentos que direta ou indiretamente a regulam sejam respeitados - por exemplo, que um certo número de interessados seja ouvido, que prazos e cronogramas nela previstos sejam cumpridos, que os recursos financeiros com que conta sejam gastos corretamente e que os atos administrativos que a põem em curso sejam devidamente motivados e praticados por quem tem competência para tanto.

No Brasil, o Judiciário vem exercendo um papel cada vez mais ativo - ou ativista - na implementação de certos direitos sociais e normas programáticas³⁶ por meio da

³⁶ Esta parte reproduz os argumentos de Coutinho e Ferraz (2008).

revisão de políticas públicas em ações de diferentes tipos. Os juízes o fazem ordenando ao Estado, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos não disponíveis no SUS, a garantia de acesso a vagas em escolas e creches superlotadas, a remoção de moradores em áreas urbanas e rurais, a inclusão de pessoas que têm deficiências, a determinação de que obras sejam realizadas, o reajuste de preços e tarifas, o gasto ou contenção orçamentária, entre muitos outros exemplos de decisões que, direta ou indiretamente, afetam políticas públicas implementadas nos níveis federal, estadual e municipal.

Se o que está em jogo são direitos constitucionais, dizem os defensores do ativismo judicial, é função do Judiciário interferir para garantir o seu cumprimento sempre que o Executivo e o Legislativo deixarem de cumprir suas obrigações, isto é, quando eles se abstiverem ou se omitirem. Para os defensores do protagonismo dos juízes nas políticas públicas, uma atitude passiva dos tribunais poderia equivaler, enfim, a uma verdadeira abdicação de sua principal missão constitucional.

Já os críticos do ativismo judicial – os que defendem uma postura mais contida dos juízes em políticas públicas – ressaltam o fato de que o Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir adequadamente o rumo de políticas públicas desde uma ótica substantiva ou distributiva³⁷. Políticas públicas requerem medidas legislativas e complexas ações administrativas que dependem, em última instância, da combinação de ações políticas e *expertise* técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado. Além disso, medidas como essas dependem diretamente da arrecadação e alocação de volumes de recursos significativos e de decisões alocativas baseadas numa visão alargada do universo das políticas públicas, que o Judiciário não possui.

Por isso, o papel de juízes e tribunais ativos e bem-intencionados no campo dos direitos sociais ficaria, na melhor das hipóteses, restrito a medidas bem-intencionadas e pontuais, nas margens do sistema, como a concessão de um medicamento ou tratamento no exterior aqui, uma vaga em creche ali, etc. E essas medidas pontuais

³⁷ Como exemplo disso, ver, quanto à judicialização de políticas públicas na área da saúde no Brasil Silva (2008).

poderiam, em última análise, minar a racionalidade de políticas públicas que, não fosse a interferência judicial, poderiam funcionar melhor.

Os críticos do ativismo judicial alertam para o risco de que a interferência dos juízes nas políticas públicas sociais não é a mera inocuidade. Há a possibilidade real do Judiciário modificar, para pior, programas que, embora imperfeitos, foram concebidos e implementados por especialistas. Pior que isso, como as demandas que chegam ao Judiciário são na sua grande maioria individuais, argumentam que o ativismo judicial pode causar um efeito ainda mais perverso: sem conseguir medir ou antecipar os impactos distributivos de suas decisões, juízes voluntaristas podem estar privilegiando aqueles que, por terem recursos para pagar um advogado, “furam a fila” das políticas públicas geridas pelo Executivo³⁸.

Não é minha intenção aprofundar aqui o debate sobre a judicialização das políticas públicas. A despeito de sua importância evidente, ele não abrange aspectos que gostaria de discutir neste trabalho e tem, como mencionado, sido objeto de cada vez mais atenção dos juristas. Além disso, ele não se centra na dimensão jurídica interna das políticas públicas e sim nas distintas opiniões sobre os papéis institucionais dos juízes e tribunais quando levados a analisá-las e sobre elas decidir, por exemplo, sobre se são constitucionais ou não.

Por isso, opto por abordar o que seriam os possíveis papéis do direito na concepção, implementação e gestão de políticas públicas desde o ponto de vista da administração pública (direta e indireta), partindo da premissa de que, ao compreender melhor tais papéis, os juristas possam colaborar para que tais políticas sejam aperfeiçoadas e, com isso, capazes de tornar mais efetivos e eficazes direitos.

V. Fins, arranjos, meios e participação

Como já afirmado, o campo do direito, observado em sua interação com as políticas públicas, abrange uma extensa gama de normas e processos. São leis em sentido formal (isto é, promulgadas pelo Legislativo) e em sentido material (atos normativos

³⁸ Nesse sentido, Silva e Terrazas (2011).

regulamentares produzidos pelo Executivo, como decretos, regulamentos, portarias, circulares, instruções normativas, instruções operacionais, entre outros). Por conta disso, seja de forma instrumental, como *medium*, seja para definir os “pontos de chegada” ou objetivos das políticas e situá-las no ordenamento, seja para prover arranjos institucionais ou para construir canais de *accountability* e participação, o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação do problema (que pode ser ele próprio um gargalo jurídico), na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas³⁹.

Entretanto, do ponto de vista de uma agenda relevante (a despeito de incipiente) de pesquisas no Brasil, tão ou mais importante que traduzir políticas públicas para a linguagem técnica ou para o jargão do direito é compreender os diferentes modos pelos quais ele nelas se manifesta, identificando e compreendendo seus papéis. Dito de forma sintética, tão importante quanto dizer o que o direito *é* é compreender o que ele *faz*, o que requer uma abordagem ou método de investigação⁴⁰ minimamente adaptados à complexidade dessa empreitada empírica.

Confrontado com o intrincado desafio de observar e descrever as políticas públicas desde um ponto de vista jurídico, proponho e descrevo, a seguir, alguns papéis e tarefas para o direito e seus operadores em políticas públicas. Esses papéis consistem em apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional).

V.1 – Direito como objetivo

³⁹ As fases das políticas públicas aqui mencionadas são as apresentadas por Theodoulou (1995, 86).

⁴⁰ Maria Paula Dallari Bucci crê que é preciso que haja uma metodologia jurídica para analisar o conjunto de tarefas jurídicas nas políticas públicas. A essa metodologia caberia “descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes” (Bucci 2006, 47). Bucci desenvolveu, em seguida, a idéia: “[o] desafio reside em estabelecer uma metodologia apropriada para o trabalho jurídico, que permita descrever e compreender, segundo as categorias do Direito, uma ação governamental determinada e analisar juridicamente o seu processo de formação e implementação” (Bucci 2008, 228).

Os fins das políticas públicas podem ser enxergados desde pelo menos dois ângulos. O primeiro ângulo os toma como dados, isto é, como produtos de escolhas políticas em relação às quais o direito ou o jurista têm pouca ou nenhuma ingerência. Os objetivos e metas das políticas públicas seriam, portanto, definidos extra-juridicamente, no campo da política, cabendo ao arcabouço jurídico a função eminentemente instrumental de realizá-los. Outro ponto de vista enxerga o direito como, ele próprio, uma fonte definidora dos próprios objetivos aos quais serve como meio (Daintith 1987, 22)⁴¹. Essas duas descrições não precisam ser vistas como antagônicas ou excludentes, pois o direito em relação às políticas públicas pode ser visto tanto como seu elemento constitutivo, quanto como com instrumento, a depender do ponto de vista e do critério de análise escolhido.

Assim, enxergar o direito como objetivo de políticas públicas sugere, em primeiro lugar, que se reconheça que o arcabouço jurídico tenha a característica de formalizar metas e indicar os “pontos de chegada” das políticas públicas. O direito, nesse sentido, pode ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que *deve ser* perseguido em termos de ação governamental. Ele é, nessa acepção, uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica⁴². Exemplos disso seriam, no caso brasileiro, as normas contidas na Constituição de 1988 que determinam que o pobreza e a marginalização devem ser erradicadas, as desigualdades sociais e regionais reduzidas (art. 3º, III), a autonomia tecnológica incentivada (art. 219) e o meio ambiente preservado (art. 225).

Ao formalizar uma decisão política e/ou técnica sob a forma de um programa de ação governamental, o direito agrega-lhe traços cogentes (isto é, vinculantes, não facultativos), distinguindo-a de uma mera intenção, recomendação ou proposta de ação cuja adoção seja facultativa. Dito de outra forma, o direito dá à política pública seu caráter oficial, revestindo-a de formalidade e cristalizando objetivos que traduzem embates de interesses por meio de uma solenidade que lhe é própria. E ao serem

⁴¹ Uma descrição semelhante é feita por Reich que afirma que o direito pós-liberal tem uma dupla instrumentalidade: ele organiza e faz fluir processos econômicos, mas também promove a transformação desses mesmos processos tendo em vista fins de política pública (Reich 1985).

⁴² “[A] decisão [política], expressada em geral por meio de uma formulação jurídica, representa a cristalização de um momento no estado da relação de forças entre os distintos atores que intervêm no processo de definição das regras do jogo” da regulação estatal (Roth 2007, 19).

juridicamente moldadas, as políticas públicas passam, *a priori* e/ou *a posteriori* pelos crivos de constitucionalidade e de legalidade, que as situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo.

V.2. Direito como arranjo institucional

Neil Komesar alerta que a ênfase na dimensão finalística é importante, mas insuficiente para compreender o papel do direito nas políticas públicas. Dito de outra forma, haveria, segundo ele, uma lacuna no raciocínio segundo o qual dado resultado de política pública se origina, automaticamente, da definição de certo objetivo social. Isso porque a escolha de objetivos e o que define como “escolha institucional” são, ambas, essenciais para o direito das políticas públicas e estão intrinsecamente relacionadas (Komesar 1994, 5)⁴³.

Entender o direito como parte da dimensão institucional de políticas públicas é supor que normas jurídicas estruturam seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas. Atributos do desenho institucional de políticas públicas - como seu grau de descentralização, autonomia e coordenação inter-setorial e os tipos de relações públicas e público-privadas que suscitam, bem como sua integração com outros programas⁴⁴ - de alguma forma dependem, em síntese, da consistência do arcabouço jurídico que as “vertebra”. O direito visto como componente de um arranjo institucional, ao partilhar responsabilidades, pode, por exemplo, colaborar para evitar sobreposições⁴⁵, lacunas⁴⁶ ou rivalidades e disputas⁴⁷ em políticas públicas. Nesse

⁴³ Para Komesar, cujo cenário é o direito norte-americano, é a escolha institucional quem conecta objetivos a seus resultados jurídicos e de política pública. Para ele, se é verdade que instituições somente podem ser avaliadas tendo como referência um certo objetivo ou conjunto de objetivos sociais, também é verdade, de outro lado, que como dado objetivo pode ser consistente com diferentes políticas públicas, a decisão sobre “quem decide” determina como um objetivo molda a política pública (Komesar 1994, 5).

⁴⁴ Descentralização, intersetorialidade, conjugação de esforços, integração e o aproveitamento de sinergias são atributos descritos como desafios contemporâneos de políticas públicas sociais no Brasil por Draibe (1997). Ver também, no caso das políticas sociais brasileiras, Arretche (2004).

⁴⁵ Casos em que, desnecessariamente, mais de um ator, ente ou órgão público desempenha uma função que apenas um deles poderia ou deveria realizar adequadamente.

⁴⁶ Situações em que nenhum agente ou órgão público desempenha uma tarefa ou ação de política pública necessária.

⁴⁷ Casos em que, em face da inexistência da política pública, dois ou mais atores, órgãos ou entes públicos disputam competência formal e *expertise* técnica para implementá-la.

sentido, o direito pode ser visto uma espécie de “mapa” de responsabilidades e tarefas nas políticas públicas⁴⁸.

V.3. Direito como ferramenta

Praticamente falando, cabe aos juristas envolvido na gestão de políticas públicas realizar os fins almejados por meio de decisões cotidianas, no nível executivo. Descrever o direito como ferramenta de políticas públicas como categoria de análise serve para enfatizar que a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos pré-definidos é um trabalho jurídicos. O estudo das diferentes possibilidades de modelagem jurídica de políticas públicas, a escolha dos instrumentos de direito administrativo mais adequados (dados os fins a serem perseguidos), o desenho de mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, o desenho de sanções, a seleção do tipo de norma a ser utilizada (mais ou menos flexível, mais ou menos estável, mais ou menos genérica) são exemplos de tópicos que surgem quando o direito é instrumentalizado para pôr dada estratégia de ação em marcha. Desde este ponto de vista, o direito poderia ser metaforicamente descrito como uma caixa de ferramentas, que executa tarefas-meio conectadas a certos fins de forma mais ou menos eficaz, sendo o grau de eficácia, em parte, dependente da adequação do meio escolhido.

Também têm relação com a perspectiva do direito como ferramenta a intensidade com que os atributos de flexibilidade (a possibilidade do arcabouço jurídico que estrutura a política pública servir a mais de uma finalidade) e revisibilidade (a característica de a política pública conter em sua próprio corpo jurídico mecanismos de ajuste e adaptação) estejam presentes, assim como a existência de certa manobra para experimentação e sedimentação de aprendizados, dados certos limites que a própria exigência de estabilidade e segurança jurídica impõem. Em outras palavras, pode-se dizer que o direito não apenas pode ser entendido como conjunto de meios pelos quais os objetivos últimos das políticas públicas são alcançados, mas também como regras internas que permitem a calibragem e a auto-correção operacional dessas mesmas políticas.

⁴⁸ Para Bucci (2008, 250), políticas públicas são, elas próprias, “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar fins e meios”.

V.4. Direito como vocalizador de demandas

Descrever o direito como vocalizador de demandas em políticas públicas significa supor que decisões em políticas públicas devam ser tomadas não apenas do modo mais bem fundamentado possível, por meio de uma argumentação coerente e documentada em meio aberto ao escrutínio do público, mas também de forma a assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política. Para isso, o direito pode prover (ou desprover) as políticas de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos.

O direito, nas políticas públicas, então, pode ser visto, assim, como tendo a função não trivial de assegurar que elas não escapem aos mecanismos de participação e *accountability*. Isto é: normas jurídicas podem levar políticas públicas a serem mais democráticas uma vez que, por meio de regras procedimentais que disciplinem consultas e audiências públicas e a publicidade dos atos administrativos, as obriguem a estar abertas aos *inputs* de uma pluralidade de atores⁴⁹. O arcabouço jurídico pode, adicionalmente, ser mais ou menos capaz de estimular a mobilização de atores que, de outra forma, não se engajariam no acompanhamento e na avaliação de programas de ação públicos. Assim visto, o direito seria comparável a uma espécie de correia de transmissão pela qual agendas, idéias e propostas gestadas na esfera pública circulam e disputam espaço nos círculos tecnocráticos.

⁴⁹ Ver, quanto ao debate sobre direito, democracia, legitimidade e *accountability* da política pública de telecomunicações no início dos anos 2000 no Brasil a investigação de Mattos (2006).

A tabela abaixo sintetiza os papéis do direito acima descritos:

	Direito como objetivo	Direito como arranjo institucional	Direito como ferramenta	Direito como vocalizador de demandas
Idéia-chave	Direito positivo cristaliza opções políticas e as formaliza como normas cogentes, determinando o que <i>deve ser</i>	Direito define tarefas, divide competências, articula e coordena relações inter-setoriais no setor público e entre este e o setor privado	Como “caixa de ferramentas”, direito oferece distintos instrumentos e veículos para implementação dos fins da política	Direito assegura participação, <i>accountability</i> e mobilização
Perguntas-chave	Quais os objetivos a serem perseguidos por políticas públicas? Que ordem de prioridades há entre eles?	Quem faz o que? Com que competências? Como articular a política pública em questão com outras em curso?	Quais são os meios jurídicos adequados, considerando os objetivos?	Quem são os atores potencialmente interessados? Como assegurar-lhes voz e garantir o controle social da política pública?
Dimensão	Substantiva	Estruturante	Instrumental	Participativa

VI. A importância da observação empírica

Como já afirmado, os papéis acima descritos não constituem um método acabado de análise, tampouco uma teoria das relações do direito com as políticas públicas. Não somente porque são categorias de análise embrionárias que podem, no limite, se sobrepor⁵⁰, mas também porque um verdadeiro método voltado a essa finalidade não pode deixar de lado a incontornável dimensão empírica das políticas públicas. Um estudo “por dentro” dos papéis do direito não pode nem deve, por isso, esgotar-se em formulações genéricas ou mesmo em ferramentas de análise abstratas sob pena de incorrer nos mesmos problemas e limitações práticas apontados no início deste texto.

⁵⁰ É possível, por exemplo, questionar tal classificação apontando o fato de que a tarefa de vocalizar demandas é produto de um arranjo institucional ou que arranjos institucionais são instrumentos ou ferramentas juridicamente construídas. Desde logo reconheço a pertinências dessas observações, mas ainda assim creio que os papéis do direito aqui descritos são potencialmente capazes de agregar maior objetividade e clareza nos estudos sobre o direito nas políticas públicas.

Por isso, cada política pública - social, econômica, regulatória, descentralizada ou não em termos federativos - deve ser compreendida em sua especificidade, de modo que sua estruturação e modelagem jurídicas sejam concebidas e estudadas em função de seus traços próprios, não como aplicação de modelos pretensamente gerais ou universais. Dito de outra forma, são as peculiaridades – o setor a que se refere, sua configuração administrativa e institucional, os atores, seu histórico na administração pública, entre outras variáveis - que permitem a discussão sobre o direito das políticas públicas, não uma teoria jurídica auto-centrada e distanciada da realidade.

Assim, para estudar e aperfeiçoar as políticas públicas, será preciso que o jurista “suje as mãos”⁵¹, isto é, debruce-se sobre elas e enfronhe-se em seus meandros e minúcias, observando-as, descrevendo-as e compreendendo-as. Tal esforço requererá do ensino do direito e dos juristas, sem dúvida, a construção de abordagens e ferramentas de pesquisa empírica mais robustas, tal como vêm há muito desenvolvendo os sociólogos, cientistas políticos, antropólogos, economistas e administradores públicos (Epstein e King, 2002). Será necessário, enfim, que os juristas brasileiros aprendam a estruturar estudos de casos, *surveys*, entrevistas, abordagens quantitativas e qualitativas com lastro e consistência metodológica. Será preciso também que aprendam a lidar com argumentos envolvendo causalidades, lastrear inferências⁵², bem como distinguir argumentos normativos (prescritivos) de análises descritivas, que não almejam construir uma interpretação válida das normas em questão e sim observar e descrever políticas públicas para nelas encontrar gargalos e soluções.

VII. Conclusões

Para usar uma expressão ilustrativa de Maria Paula Dallari Bucci, neste trabalho procurei meios para poder observar, desde a ótica do direito, as políticas públicas “por

⁵¹ Essa expressiva metáfora é de Fernando Herren Aguilar.

⁵² Ver, sobre a idéia de “inferências defensáveis” quanto ao papel do direito em políticas de desenvolvimento, Ohnesorge (2007, 226). O autor afirma que uma boa forma de produzir uma contribuição teórica para o debate de direito e desenvolvimento é, indutivamente, estudar exemplos históricos recentes de sucessos e fracassos econômico, deles extraindo “inferências defensáveis” lastreadas no que pode ser observado do funcionamento do direito nesses episódios. Tal abordagem se oporia à construção de modelo baseado em hipóteses abstratas voltadas para explicar teoricamente o processo de desenvolvimento ou a construção das políticas a ele associadas.

dentro” - isto é, como arranjos complexos que requerem uma gestão jurídica estruturante e também cotidiana (uma vez que o direito não apenas é elemento constitutivo das políticas públicas, mas também componente-chave na sua implementação). Para isso, procurei descrever alguns desafios que se apresentam aos juristas, práticos e acadêmicos que se queiram debruçar sobre o campo das relações entre direito e políticas públicas no caso brasileiro. Certos papéis do direito em políticas públicas, vistas desde uma perspectiva jurídica interna, foram apresentados e, por fim, a dimensão empírica das políticas públicas vistas desde a ótica do direito foi enfatizada. Nenhuma aplicação desses tipos foi aqui feita, contudo⁵³. Por isso, parece-me que não há como escapar da conclusão de que as políticas públicas são, efetivamente, um campo aberto para os juristas brasileiros, que para desbravá-lo terão de utilizar novos referenciais de análise, dando continuidade ao desafio de construir um referencial metodológico cuja lacuna se faz sentir. Um verdadeiro filão, uma miríade de temas e programas a serem potencialmente explorados se desvela a partir das hipóteses de que elas, as políticas públicas, podem ser juridicamente compreendidas, melhoradas e, sendo o caso, eventualmente replicadas em outros contextos. Resta agora explorar esse campo fértil: que venham as pesquisas, suas lições aplicações. Com elas, as políticas públicas só têm a ganhar, assim como os juristas de hoje e futuros juristas.

VIII. Bibliografia

Aguillar, Fernando Herren 2006. *Direito Econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas.

Anitua, Gabriel Ignacio 2006. “Notas sobre la metodologia de investigaciones empíricas en derecho”. In *Observar la ley – ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, organizado por Christian Courtis. Madrid: Trotta.

Arbix, Glauco e Martin, Scott B. 2010. “Beyond Developmentalism and Market Fundamentalism in Brazil: Inclusionary State Activism without Statism”. *Paper* apresentado no Workshop “States, Development, and Global Governance”, organizado pelo Global Legal Studies Center and the Center for World Affairs and the Global Economy (WAGE) da University of Wisconsin-Madison, EUA.

⁵³ Para uma aplicação experimental no caso do Programa Bolsa Família, ver Coutinho (2010). Para uma aplicação no campo das políticas de habitação na Região Metropolitana de São Paulo, ver Coutinho *et. al.* (2010).

Arretche, Marta 2004. “Federalismo e políticas públicas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia”. In *São Paulo em Perspectiva*, 18(2):17-26.

Aureliano, L. e Draibe, S. 1989. “A especificidade do ‘Welfare State’ brasileiro”. In MPAS/CEPAL *Economia e desenvolvimento - vol. I: reflexões sobre a natureza do bem-estar*. Brasília, MPAS/CEPAL.

Bandeira de Mello, Celso Antônio 2001. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

Binenbojn, Gustavo (2006). *Uma Teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar.

Bobbio, Norberto 2007. *Da Estrutura à Função - novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole.

Boschi, Renato 2010. “Estado Desenvolvimentista no Brasil: continuidades e incertidumbres”. *Ponto de Vista* (Núcleo de Estudos do Empresariado, Instituições e Capitalismo da IUPERJ-UCAN 2:1-34.

Bucci, Maria Paula Dallari 2002. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva.

Bucci, Maria Paula Dallari 2008. “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas”. In *Políticas públicas: possibilidades e limites*, organizado por Cristiana Fortini, Júlio César dos Santos Esteves e Maria Teresa Fonseca Dias. Belo Horizonte: Fórum.

Chang, Ha-Joon 2006. “Understanding the Relationship between Institutions and Economic Development – some key theoretical issues”. WIDER Discussion Paper 2001/93:1-14.

Courtis, Christian 2007. “Los Derechos Sociales en Perspectiva: la cara jurídica de la política social”. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP)* 1:73-101.

Coutinho, Diogo R. e Ferraz, Octávio L.M 2008. “Direitos Sociais e Ativismo Judicial”. *Valor Econômico* (jornal), Caderno Legislação:E2.

Coutinho, Diogo R. 2010. "Linking Promises to Policies: Law and Development in an Unequal Brazil". 3 *The Law and Development Review*: 2. doi: 10.2202/1943-3867.1055. Acesso 17 de dezembro de 2010.

Coutinho, Diogo R.; Marques, Juliana Nogueira; Moretti, Julia Azevedo; Pacheco, Marcelo Golfetti e Roza, Fernanda F.G. 2010. “O direito nas políticas públicas de habitação: usos de instrumentos urbanísticos no Município de Santo André, Brasil”, relatório final de pesquisa realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no âmbito de investigação coletiva realizada em 2010 com apoio do *Lincoln Institute of Land Policy*, no prelo.

Couto, Cláudio Gonçalves e Arantes, Rogério Bastos 2002, “Constituição ou políticas públicas? Uma avaliação dos anos FHC”. In *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*, organizado por Luiz Fernando Abrucio e Maria Rita Loureiro Durand. Brasília: Enap.

Daintith, Terence 1987. “Law as Policy Instrument: A Comparative Perspective”. In *Law as an Instrument of Economic Policies: comparative and critical approaches*, edited by Terence Daintith, Berlin, New York: Walter de Gruyter.

Dantas, Francisco Clementino de San Tiago 1955. “A Educação Jurídica e a Crise Brasileira”. *Revista Forense* 159:449-459.

Draibe, S.M. “Welfare State no Brasil: características e perspectivas” 1993. *Caderno de Pesquisas do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP* 8:1-26.

Draibe, Sonia, S.M. 1997. “Uma Nova Institucionalidade das Políticas Públicas? Reflexões a propósito da experiência latino-americana recente de reformas dos programas sociais”. 11 *São Paulo em Perspectiva* 4:3-15.

Eberhard, Christoph 1997. “Brief reflections on what ‘efficacy’ of a whole legal order could mean – in contrast to the efficacy of a single law”. Disponível em <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/eberefficacy.htm>>

Epstein, Lee e King, Gary 2002. “The Rules of Inference”. 69 *The University of Chicago Law Review* 1:1-133.

Faria, José Eduardo 1993. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros.

Faria, José Eduardo 1995. “O ensino jurídico”. In *Seis Temas Sobre o Ensino Jurídico*, organizado por João Bosco da Encarnação e Getulino do Espírito Santo Maciel. São Paulo: Cabral Editora.

Faria, José Eduardo 1999. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros.

Faria, José Eduardo 2003. “Direito e Justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil”. Artigo apresentado o seminário “Direito e Justiça no Século XI”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais. Disponível em <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 17 de dezembro de 2010.

Ferraz, Tercio Sampaio 1995. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas.

Grau, Eros Roberto 1996. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros.

Komesar, Neil 1994. *Imperfect Alternatives – Choosing Institutions In Law, Economics And Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press.

Lindert, Peter H. 2004. *Growing Public – social spending and economic growth since the eighteen century*. Cambridge: Cambridge University Press.

Lobel, Oly 2004. “The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”. 89 *Minnesota Law Review*:262-390.

Lopes, José Reinaldo Lima 2006. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método.

Maciel, D. A. e Koerner, A. 2002. “Sentidos da judicialização da política: Duas Análises”. *Lua Nova* 57: 113-133.

Marques Neto, Floriano de Azevedo 2005. “A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico* 1:1-18. Acesso em 17 de dezembro de 2010.

Mattos, Paulo Todescan Lessa 2006. *O Novo Estado Regulador – Eficiência e Legitimidade*.

São Paulo: Singular e Fapesp.

Mendes, Conrado Hübner 2008. “La Escuela de Derecho de São Paulo de la Fundación Getulio Vargas”. *Cadernos Unimetanos* 15:16-32.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão 2008. “Documento de referência para a Gestão da Carreira de EPPGG (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental)”. Disponível na internet em http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/EPPGG/seges/gestao_da_carreira.pdf. Acesso em 7 de julho de 2010.

Nobre, Marcos 2004. “Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil”. *Cadernos Direito GV* 1:145-154.

Ohnesorge, John K. 2007, “Developing Development Theory: Law and Deveopment Orthodoxies and the Northeast Asian Experience”. 28 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2: 219-208.

Pires, Roberto Rocha C. 2010. “Beyond the fear of discretion: flexibility, performance, and accountability in the management of regulatory bureaucracies”. *Regulation and Governance*. doi: 10.1111/j.1748-5991.2010.01083.x

Reich, Norbert 1985. *Derecho y Mercado*, Barcelona: Ariel Derecho

Rodrik, Dani e Subramanian, Arvind. 2003. “The Primacy of Institutions (and what this does and does not mean”. *Finance and Development (IMF)* 40:31-34.

Roth, André-Nöel 2007. *Políticas Públicas – Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.

Sabel, Charles, e Reddy, S. 2003 “Learning to Learn: Undoing the Gordian Knot of Development Today”. 308 *Columbia Law and Economics Working Paper*:1-14.

Sabel, Charles (2004). “Beyond Principal–agent Governance: Experimentalist Organizations, Learning and Accountability”. In *De Staat Van De Democratie. Democratie Voorbij De Staat*, edited by Engelen E, Ho MSD (eds.), WRR Verkenning 3. Amsterdam: Amsterdam University Press:173–195.

Sabel. Charles 2007. “Bootstrapping Development: rethinking the role of public intervention in promoting growth”. In *On Capitalism*, edited by Victor Nee and Richard Swedberg. Stanford, Stanford University Press.

Saravia, Enrique 2007. “Introdução à teoria da política pública”. In *Políticas Públicas coletânea* vol. 1, editado por E. Saravia, e E. Ferrazeri. Brasília, ENAP - Escola Nacional de Administração Pública:21-42.

Schapiro, Mario G. 2010. “Development Bank, Law and Innovation Financing in a New Brazilian Economy,” 3 *The Law and Development Review* 2. doi 10.2202/1943-3867.104.

Silva, José Afonso da 1968. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros.

Silva, Virgílio Afonso da 2008. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. In *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, organizado por Cláudio Pereira de Souza Neto e

Daniel Sarmiento Rio de Janeiro: Lumen Júris:587-599.

Silva, Virgílio Afonso da e Terrazas, Fernanda Vargas, “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The exclusion of the Already Excluded?”, 36 *Law & Social Inquiry* 36 (2011).

Souza Neto, Cláudio Pereira de e Sarmiento, Daniel 2010. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

Sundfeld, Carlos Ari 2000. “Apresentação”. In *Direito Administrativo Econômico*, organizado por Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Saraiva.

Theodoulou, Stella 1995. “The contemporary language of public policy: a starting point”. In *Public policy – the essential readings*, editado por Stella Theodoulou e Matthew Cahn. New Jersey, Prentice Hall:1-9.

Teubner, Gunther 1987. “Juridification: Concepts, Limits, Aspects, Solutions”. In *Jurification of Social Spheres – a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin, New York: Walter de Gruyter.

Trubek, David M. 1971. Law, Planning and the Development of the Brazilian Capital Market – a study of law in economic change. In *Yale Law School Studies in Law and Modernization* 3, Bulletin no. 72 and 73.

Trubek, David M. 2008. “Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law” *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper* 1075:1-34.

Unger, Roberto Mangabeira 2005. “Uma nova faculdade de direito no Brasil”. *Cadernos FGV Direito Rio* 1, Texto Para Discussão Numero:1-29.

Vianna, L. W. et al. 1999. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan.