

Constituições Programáticas, Funções Estatais, Políticas Públicas e a (In)competência do Judiciário¹

Programmatic Constitutions, Separation of Powers, Public Policies and the Judiciary's Constitutional (In)competence

Frederico Augusto d'Avila Riani

Resumo: A partir da compreensão da relevância das determinações constitucionais de tarefas ao Estado, vê-se imprescindível a formulação de políticas públicas para a satisfação constitucional. Políticas públicas, apesar de seu controverso sentido, são compreendidas, neste artigo, como um processo que expressa relações de poder e visa à resolução de problemas ou conflitos relacionados ao interesse público. Dentro da classificação de funções estatais proposta, a qual busca amparo na Constituição, fica descaracterizada a função jurisdicional como apta à formulação e implementação de políticas públicas. No entanto, não se retira do Judiciário o seu dever de decidir sobre violação de direitos subjetivos, os quais deveriam ser satisfeitos por políticas públicas.

Palavras-chave: Constituição. Políticas Públicas. Judiciário.

Abstract: From understanding the relevance of constitutional determinations of tasks to the State, it is essential to formulate public policies to satisfy the Constitution. Public policies, despite their controversial sense, are understood in this paper as a process that expresses power relations and intends to resolve problems or conflicts related to the public interest. Within the proposed classification of state functions, which seeks support in the Constitution, the judicial function is uncharacterized as able to designing and implement public policies. However, the Judiciary duty of deciding on subjective rights violation is not taken off, because these rights should be attended by public policies.

Keywords: Constitution. Public Policies. Judiciary.

1 Introdução

O presente artigo tem como ponto de partida a juridicidade das disposições programáticas presentes nas constituições dirigentes e a obriga-

¹ Recebido em: 18/09/2012.

Revisado em: 15/10/2012.

Aprovado em: 17/10/2012.

ção do Estado de concretizar essas constituições. Um valioso instrumento para a concretização disso é a formulação e implementação de políticas públicas; entretanto, não se duvida da complexidade de seu processo de desenho, implementação, controle e avaliação. Nada obstante, é correto, nos dias de hoje, escutar que o Judiciário está estabelecendo políticas públicas.

Ora, de duas uma: ou o que se chama de política pública implementada pelo Judiciário não é uma política pública, ou o Judiciário está agindo fora dos seus limites constitucionais de atuação por completa incapacidade de gestá-la.

Assim, o que se pretende neste artigo é demonstrar que o Judiciário não tem competência constitucional para estabelecer políticas públicas.

2 Constituição como Instrumento de Transformação Social

No Estado contemporâneo, é inegável a importância da Constituição Jurídica, ou positiva(da). Já a partir do Estado Liberal, compreendeu-se a necessidade de submissão do Estado a um documento jurídico conformador das relações de poder.

O surgimento deste documento, a Constituição Jurídica, só é possível porque a ele antecede uma unidade política, denominada por Schmitt (1992) de constituição absoluta. Isso porque o fundamento de validade de uma constituição não é qualquer norma que a precede, mas um fundamento material existente nas efetivas relações de poder de uma comunidade, as quais preexistem à Constituição Jurídica.

A unidade política de uma comunidade determina, portanto, a elaboração de uma Constituição Jurídica, que, por sua vez, só contém tal unidade política; ou seja, o fundamento de validade de uma Constituição Jurídica está no mundo dos fatos, nos *fatores reais de poder* (LASSALLE, 1995). É a legitimidade da Constituição Jurídica, entendida como a participação dos atores políticos (*fatores reais de poder*) no processo

constituente, que resulta num texto minimamente convergente com os valores desses atores, que faz uma Constituição Jurídica ter *força normativa*. (HESSE, 1992)

Percebe-se, pois, que não há um conteúdo predefinido para as constituições. A sua legitimidade e, conseqüentemente, a sua força normativa estão vinculadas à compatibilidade de seu conteúdo com os valores e expectativas sociais. Daí as transformações históricas dos conteúdos constitucionais, de constituições liberais a constituições programáticas, passando pelas constituições sociais.

Isso não significa, no entanto, uma visão conservadora do Direito Constitucional como instrumento de manutenção da correlação de forças existentes no momento constituinte. Ao contrário, a Constituição Jurídica pode se estruturar como instrumento de transformação social, mantendo uma unidade política na qual se consubstancia juridicamente o Estado. (RIANI, 2005)

Essa unidade política, para Hesse (1992, p. 8-9), não significa a existência de um harmônico estado de coincidência geral, sem diferenças sociais, políticas, econômicas, etc., mas uma “unidade de tipo funcional”, que possibilita um acordo entre os atores políticos, que é condição para que, dentro de um determinado território, se possam adotar decisões vinculantes “para que exista Estado e não anarquia ou guerra civil”.

Pode-se dizer, portanto, que o grande objetivo de uma Constituição Jurídica é a manutenção da unidade política da comunidade que se pretende normatizar (RIANI, 2005). Mas, certo é que a diversidade político-social impede que a Constituição Jurídica seja meramente um instrumento de manutenção do *status quo* existente no momento constituinte. É preciso que ela tenha uma perspectiva projetada para o futuro, viabilizando, juridicamente, as transformações sociais necessárias para a comunidade.

Essa perspectiva transformista do texto constitucional vem prevista, basicamente, em dois momentos da Constituição brasileira de 1988: (i) quando, no artigo 3º, define os objetivos fundamentais da República

Federativa do Brasil²; e (ii) quando estabelece as chamadas normas programáticas.

Assim, “por paradoxal que possa parecer, a Constituição no Estado contemporâneo tem a dupla função de (i) ser **um elemento de conservação do *status quo***, ao ser criada segundo a realidade do ‘momento constituinte’ [...] e (ii) [...] **servir de instrumento para as transformações sociais pactuadas no texto constitucional**”. (RIANI, 2005, p. 41, grifos do original)

Esse caráter transformador fica muito ressaltado no conteúdo das chamadas *normas programáticas de conteúdo social*, entendidas como elementos garantidores de direitos das minorias e de imposição de conduta ao Estado, que delas se desincumbe concretizando-as, o que se dá, mormente, pela implantação de políticas públicas.

Diante desse quadro, coloca-se a questão: é o Judiciário órgão técnico e politicamente competente para a implantação de políticas públicas?

3 Funções Estatais segundo a Constituição de 1988

Normalmente, são apresentados como critérios definidores das funções do Estado: (i) o orgânico (definição a partir do órgão que desempenha a atribuição); (ii) o material (segundo a substância, o conteúdo, do ato praticado por um determinado órgão); e (iii) para a função administrativa surge, ainda, um critério negativo, ou residual, segundo o qual a função administrativa seria a função estatal que não fosse nem a legislativa, nem a jurisdicional.

A existência de funções típicas e atípicas sendo exercidas pelos diversos órgãos estatais demonstra, entretanto, que esses critérios são in-

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

suficientes para a solução dos problemas jurídicos, teóricos e práticos, que decorrem da compreensão da natureza jurídica dos atos emanados no exercício de competência legiferante, administrativa ou jurisdicional. Esse já era o entendimento de Jellinek (2000), ao afirmar que nenhuma divisão de poderes pode oferecer uma perfeição lógica, porque se trata de compreender a vida, e não uma matéria morta.

Dessa forma, os critérios orgânico, material e residual, por si e isoladamente, não têm serventia do ponto de vista jurídico. Mais relevante é identificar o regime jurídico constitucional dos atos emanados do Estado³. Para isso, só a Constituição Jurídica dá os elementos característicos das diversas funções estatais. Em cada constituição ter-se-á uma formulação própria caracterizadora de cada uma das funções estatais. Interessa, aqui, a natureza, ou o regime jurídico, das diversas funções estatais definidas pela atual Constituição brasileira.

A função legislativa se apoia diretamente na Constituição, inovando primariamente a ordem jurídica, trazendo novos direitos e obrigações, ou extinguindo, ou modificando, os existentes. O princípio constitucional da legalidade, estampado no artigo 5º, II, combinado com os artigos 44 e 48, atribui ao órgão legislativo o poder de criar, de forma primeira, obrigações e direitos⁴. O que não significa que o Legislativo deva esgotar toda a normatização da matéria legislada, principalmente em decorrência das respostas técnicas e rápidas que a sociedade hoje demanda. Daí se poder falar em funções *quase legislativas* exercidas por entidades estatais reguladoras, quando elas atuam normativamente.

³ De certa maneira, este é o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969), ao afirmar que cada um dos atos jurídicos estatais (legislativo, executivo e judiciário) tem, além do seu conceito (sua natureza material), um valor formal, isto é, o seu regime próprio, que, obviamente, decorre das disposições constitucionais a respeito das funções estatais. Portanto, o que se pretende nesta parte deste artigo é, a partir do texto constitucional positivo brasileiro atual, identificar o regime jurídico dos atos estatais.

⁴ Note-se que não há, aqui, a compreensão de que direitos só possam ser criados por meio de lei. O próprio Executivo pode criar, por meio de atos normativos infralegais, direitos, autovinculando-se. O que se afirma é que direitos que exigem prestações ou abstenções alheias só podem ser criados ao alvedrio de quem deverá satisfazê-lo por meio de lei, já que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei, segundo a Constituição brasileira de 1988.

Dois são, portanto, os elementos que caracterizam o regime jurídico da função legislativa, que tem a força jurídica de impor comportamentos, sem se pautar por norma jurídica anterior, salvo a Constituição: o orgânico e o material. Há exceções previstas constitucionalmente, como as medidas provisórias, as leis delegadas e o decreto autônomo previsto no artigo 84, VI, b.

Quanto à função jurisdicional, pode-se defini-la, a partir da Constituição de 1988, como a decisão estatal com força de verdade legal prolatada pelos órgãos imparciais e independentes criados constitucionalmente. Isso em decorrência do artigo 5º, XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ao ameaça a direito”. Ou seja, somente o Judiciário tem o poder de fazer coisa julgada. Somente o Judiciário, como órgão imparcial, poderá decidir definitivamente um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ou, ainda, decidir os processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, a função jurisdicional, de um ponto de vista material, é uma decisão com força de verdade legal que põe fim a uma questão jurídica; de um ponto de vista orgânico, é decisão exclusivamente dos órgãos jurisdicionais definidos constitucionalmente (art. 92, I a VIII). Abraçou-se, portanto, a unidade jurisdicional.

Segundo a tricotomia difundida por Montesquieu, fica faltando definir a função administrativa. Pode-se dizer que, segundo a Constituição de 1988, tem o regime jurídico administrativo não só os atos administrativos, mas todos os atos subordinados à lei e contrastáveis pelo Judiciário, inclusive atos normativos infralegais. O regime jurídico administrativo caracteriza-se pela subordinação à lei, controle jurisdicional e autoexecutoriedade.

Ao lado dessas três funções clássicas, é possível reconhecer, na atual Constituição brasileira, uma quarta função. Um conjunto de atividades, cujo regime jurídico é significativamente diferente das tradicionais funções estatais, que será aqui designado por *função política* (MAYER, 1949; BANDEIRA DE MELLO, 1969; ALESSI, 1970; CARRÉ DE MALBERG, 1998; RIANI, 2005). Essa função política caracteriza-se por ser uma atividade decorrente direta e exclusivamente da Constituição, o

que lhe atribui caráter jurídico não despótico, pois é limitada juridicamente pelas regras e princípios constitucionais. Não tem o caráter jurisdicional, nem o caráter legiferante, nos seguintes sentidos: (i) não se trata de decisão que não possa ser contrastada pelo Judiciário, pelo menos sob a ótica formal e da existência dos pressupostos constitucionais para a sua realização; e (ii) não cria, de forma genérica e abstrata, obrigações. Normalmente, a função política antecede e determina a função administrativa, sendo esta uma decorrência daquela. A função política é altamente discricionária. Conta o seu exercente com um alto grau de liberdade para desempenhá-la, vinculando-se diretamente à Constituição.

Frise-se, novamente, que, apesar dessa liberdade do exercente da função política, o seu exercício não é uma atividade apartada do direito. Isso pelo simples fato de os atos praticados no exercício da função política ou de governo serem constitucionalmente regulados, e a Constituição é direito que só atribui “poderes” às autoridades públicas para a consecução de finalidades por ela estabelecidas. Tem-se, portanto, o exercício de uma função que implica o manejo de poderes (instrumentais) para o alcance das finalidades constitucionais. Alessi (1970), de forma paradigmática, definiu função estatal como um dever jurídico, instrumentalizado por poderes jurídicos, de atendimento das finalidades de interesse coletivo.

Sendo, portanto, competência jurídica, o exercício desta função poderá ser controlado pelo Judiciário e outros órgãos de controle interno e externo (Ministério Público, Tribunal de Contas), mas, também, politicamente, pelo Legislativo.

Pode-se dizer que caracterizam o ato exercido em decorrência da função política: (i) a competência derivar direta e exclusivamente da Constituição; (ii) ser uma competência dotada de alto grau de discricionariedade; (iii) ser passível de contraste pelo Parlamento; e (iv) ser passível de contraste pelo Judiciário exclusivamente no que diz respeito à constitucionalidade. (RIANI, 2005)

Importante ressaltar que essa função política não é exclusiva do Chefe do Executivo, também poderão desempenhá-la o Legislativo, o Judiciário e outros órgãos administrativos autônomos, uma vez que são dotados de competências constitucionais que a caracterizam.

A título exemplificativo, colaciona-se um rol de atos exercidos em decorrência de competência política, definidos pela Constituição de 1988: (i) as relações externas, definidas no artigo 84, VII, XIX e XX; (ii) decretação ou aprovação de estado de constitucionalidade extraordinária, previstas nos arts. 36, §1º; 49, IV; 84, IX, X; 136 e 137; (iii) fiscalização e controle, previstos nos arts. 49, V, IX e X; propositura de ações em processo objetivo, que tem por finalidade a proteção da Constituição, cujos legitimados à propositura de ação junto ao Supremo Tribunal Federal estão previstos no artigo 103; (iv) escolha, aprovação e nomeação de altas autoridades da República, previstas nos artigos 49, XIII; 52, III e XIV; 84, I e XIV, XV, XVI, XVII; 73, §1º; (v) iniciativa do processo legislativo⁵; e (vi) dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública, prevista no artigo 84, VI, b⁶.

4 Políticas Públicas

Devido ao caráter multidisciplinar de políticas públicas, tarefa ingrata é a tentativa de sua definição. Condé (2006, p. 166) afirma que o “[...] conceito de política pública (*public policy*) é notoriamente controverso”. Rodrigues (2010, p. 28) deixa clara a dificuldade de se estabelecer o conceito de políticas públicas, uma vez que este não é único, “[...] pois varia de acordo com o enfoque teórico adotado e o contexto político e social ao que ele se aplica”. Nessa mesma linha, Souza (2007) demonstra a diversidade de definições de política pública.

Como ciência, é notório o seu caráter multidisciplinar envolvendo a Ciência Política, a Sociologia, a Economia, o Direito, entre outras. No entanto, neste trabalho, buscar-se-á uma definição objetiva, que seja suficiente para a condução do raciocínio que aqui se pretende realizar, não

⁵ Para que a iniciativa se dê, é preciso um esforço da autoridade competente para a elaboração do anteprojeto de lei. É bem verdade que essa elaboração é um ato pré-jurídico. No entanto, o ato de acionar o Legislativo para o desenvolvimento do processo legislativo, ou seja, a iniciativa legislativa é ato jurídico inserido na função política.

⁶ Só aparentemente se trata de função administrativa. A organização da administração pública não se confunde com a atividade administrativa de oferecimento de comodidades aos particulares, através de prestação de coisas (obras) ou serviços de natureza pública.

tratando políticas públicas como ciência, mas como ação estatal para a solução de problemas da coletividade. Em síntese, política pública será considerada como sendo a ação (ou conjunto de ações) do Estado, ou sua omissão deliberada e consciente, para a solução de problemas coletivos.

Vasto é este campo. Como ação (ou inação) estatal para enfrentar os problemas que lhe são postos, as políticas públicas podem ser da mais variada ordem: políticas econômicas, política de subsídio a determinados setores da economia, políticas regulatórias, política ambiental, política urbana e políticas sociais, tais como as educacionais, de saúde, e de redistribuição de renda, como a assistência social e, de certa forma, a previdenciária.

Já dá para perceber que a *política* aqui mencionada refere-se à atividade ou às atividades (processo) que expressam relações de poder e visam à resolução de problemas ou conflitos relacionados ao interesse público e, portanto, da coletividade. Assim, a política como ação dirigida a uma finalidade (*policy*) diferencia-se de política como jogo político, a relação de interesses entre os vários atores sociais.

Para Dye (1984, *apud* CONDÉ, 2006) política pública é tudo aquilo que o governo escolhe fazer ou não fazer. No entanto, é possível avançar para além dessa concepção simplista e conceber política pública como processo que tem a pretensão de resolver problemas públicos. Portanto, qualquer política pública pretende intervir na realidade social ou buscando a estabilização da realidade existente, tal como as políticas econômicas neoliberais, ou, então, buscando a transformação dessa realidade, como ocorre com as políticas públicas sociais.

Essa intervenção precisa ser ordenada, de tal forma a se estruturar racionalmente e poder produzir os resultados pretendidos (eficácia), mudando ou estabilizando o quadro social objeto da política (efetividade), e, dentro das possibilidades inerentes à política que se pretende estabelecer, cumprindo as metas no menor tempo e da melhor maneira possível (eficiência).

O caráter ordenado da política pública lhe dá um sentido de processo, ou seja, um desencadear de atos logicamente estruturados para se alcançar uma finalidade pré-estabelecida, qual seja, a solução de um

problema social. Daí se falar em *ciclos*, ou etapas, das políticas públicas. (CONDÉ, 2006; RODRIGUES, 2010; SOUZA, 2007)

São apresentadas por esses autores as seguintes etapas de uma política pública: (i) preparação da decisão política (identificação do problema a ser enfrentado) e definição da agenda (o problema ganha espaço na agenda política do Governo); (ii) formulação ou desenho da política pública; (iii) implementação (aplicação da política pela máquina burocrática); (iv) monitoramento (acompanhamento da implementação da política para, eventualmente, corrigir os rumos. Trata-se de uma avaliação concomitante à implementação); e (v) avaliação (nesse momento, avaliam-se os resultados da política implementada. É uma análise *a posteriori* dos efeitos produzidos, identificando-se a eficácia, a eficiência e a efetividade da política pública).

Na fase da implementação, é que a política pensada e abstratamente criada encontra os maiores constrangimentos burocráticos, administrativos, institucionais e econômicos, que podem gerar obstáculos ao seu sucesso (CONDÉ, 2006). A avaliação torna-se um instrumento de retroalimentação da política pública para o seu aperfeiçoamento e manutenção, ou, no limite, serve para a sua extinção, por ineficiência.

Além desses ciclos, é importante ressaltar que uma política pública encontra desmembramentos internos. Ela se concretiza por meio da elaboração de programas e projetos a ela vinculados. Dessa forma, a política pública é estabelecida de forma hierarquizada: num nível superior, são definidas as linhas gerais de ação, os princípios e regras para a formação de programas e projetos. Os programas, desenhados em função das linhas gerais da política pública e com a função de dar a ela maior concretude, delimitam o campo para a criação de projetos. Estes são unidades específicas de ação em função de um programa. Vê-se, pois, que uma política pública se realiza por meio de projetos vinculados a programas, que delimitam campos para a criação de projetos em função dos aspectos estruturantes e teleológicos da política pública. Souza (2007, p. 70) esclarece que “[...] políticas públicas, depois de desenhadas e formuladas, se desdobram em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e grupos de pesquisa”.

A racionalidade da política pública precisa ser buscada para se conseguir uma solução ótima para o problema enfrentado. No entanto, Simon, citado por Souza (2007, p. 67), acertadamente fala em racionalidade limitada dos *policy makers*. Isso porque esses atores encontram pela frente informações incompletas ou imperfeitas, exíguo tempo para tomada de decisões, interesses próprios — normalmente da burocracia ou dos atores da sociedade civil, por meio da captura — e, pode-se ainda afirmar, limitações de ordem técnico-administrativa, com a incapacidade de técnicos formularem adequadamente as políticas públicas.

Para que se possam, no entanto, criar estruturas que visem efetivar as pretensões da política pública, é imprescindível a existência de um mínimo de racionalidade para a criação de estruturas que enquadrem o comportamento dos atores, modelando-o na direção dos resultados pretendidos. (SOUZA, 2007)

É possível dizer, com Rodrigues (2010), que, quando os diversos grupos divergentes que compõem a sociedade tomam decisões coletivas em conjunto, eles condicionam toda a sociedade. Nesse mesmo sentido, para Bucci (2002, p. 241), políticas públicas

[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. São metas coletivas conscientes [...].

Na verdade, como a própria autora entende, política pública deve ser compreendida como processo tendente a uma escolha coletiva de prioridades para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.

Nesse processo, desempenha papel relevante o Executivo. É ele, através de sua burocracia e interação política, o grande agente desencadeador dos projetos de políticas públicas. No entanto, é preciso estabelecer a distinção entre políticas de governo e políticas de Estado.

As primeiras dizem respeito diretamente à concretização do programa de governo vitorioso num processo eleitoral e são formuladas e implementadas diretamente pelo Executivo. A sua implementação independe

de aprovação legislativa, salvo no que diz respeito à aprovação dos recursos orçamentários necessários. Portanto, as políticas públicas de governo são gestadas dentro dos órgãos ou entidades do próprio Executivo e, por isso mesmo, têm a propensão a não serem duradouras, ainda que existam para concretizar a Constituição, já que não há obrigatoriedade legal para a continuidade da execução desse tipo de política.

Já as políticas de Estado possuem um grau de estabilidade mais acentuado, e sua estruturação, o seu desenho institucional, é aprovada pelo parlamento e, conseqüentemente, são transformadas em leis. Isso vincula o Executivo na implementação dessas políticas, tendo em vista o princípio constitucional da legalidade. Percebe-se, pois, que a implementação de políticas públicas duradouras e que venham concretizar a Constituição passa, necessariamente, pela participação do Legislativo, a quem cabe, como representante da pluralidade social, traçar as linhas mestras destas ações estatais.

No entanto, mesmo tratando-se de políticas de Estado, definidas pelo Legislativo, é correto afirmar que, diante do fenômeno da *deslegalização*⁷ ocorrido no Estado contemporâneo, em função da tibieza do Legislativo, dos aspectos técnicos que envolvem as ações atuais e da velocidade exigida pela sociedade para responder às suas demandas, é imprescindível que se deixe margem de ação normativa ao Executivo, a quem cabe agir dentro dos limites e diretrizes aprovados pelo parlamento.

Por fim, para se chegar a uma compreensão do que sejam as políticas públicas, é preciso ressaltar que elas são públicas e não privadas porque pretendem solucionar problemas da coletividade, e não problemas individuais/particulares. Esses problemas coletivos podem ser da mais diversa ordem, como estruturais, econômicos e ambientais. Mas, tradicionalmente (ou, pelo menos, no senso comum), as políticas públicas se referem a políticas sociais, como saúde e educação.

⁷ O fenômeno de perda da força da lei formal, ou, mais ainda, da perda da sua força como condicionante da atuação administrativa, vem sendo denominado por “deslegalização”, que pode ocorrer sob dois prismas: por meio de delegação formal da competência normativa ao Executivo ou instituições e por meio da discricionariedade própria dos textos normativos contemporâneos.

No caso brasileiro atual, há determinações constitucionais para a realização de políticas públicas⁸, sob pena de se ter uma Constituição inefetiva e, por consequência, tendente a perder a sua força normativa, o que poderia comprometer até mesmo o Estado de Direito; ou seja, o processo político constituinte estabeleceu programas estatais a serem cumpridos. Em uma expressão, a Constituição brasileira atual definiu um rol de necessidades públicas. Como se vê, é uma decisão política que define “necessidade pública”; no entanto, a política, como relação entre partes antagônicas e conflituosas, ainda precisa definir prioridades e os meios para a satisfação de tais necessidades, dos problemas sociais.

É a política, por meio de seus atores visíveis (Executivo e Legislativo) e invisíveis (mídia e academia, por exemplo), que define a agenda, que coloca em evidência o problema a ser enfrentado. Além disso, define a alocação de recursos públicos para a realização das políticas públicas. O processo orçamentário público aloca recursos financeiros do Estado para a satisfação das necessidades públicas; ou seja, a atividade financeira do Estado é instrumental, mas também primordial para a realização de políticas públicas. Como essa atividade financeira é definida politicamente, a implementação de políticas públicas, em especial as sociais, fica na dependência das relações políticas que definem as prioridades orçamentárias.

Como se vê, a política participa das políticas públicas ao definir as necessidades públicas (os problemas coletivos a serem enfrentados – a agenda), bem como ao estabelecer os recursos financeiros que serão carreados para a implementação das políticas públicas. Ademais, a política também interfere significativamente na formulação/desenho das políticas públicas, uma vez que ela está intrinsecamente presente na definição dos beneficiados, bem como na identificação da sua gestão, fiscalização, controle e avaliação.

Definitivamente, isso não quer dizer que política pública não tenha um cunho técnico e que fique submetida exclusiva e prioritariamente à política. O desenho da política pública precisa contar com a intervenção de técnicos capacitados e, posteriormente, a sua implantação, por meio de programas e projetos, passa, obrigatoriamente, pela capacitação técnica

⁸ É fácil encontrá-las, a título de exemplo, no art. 3º e no art. 6º.

dos gestores e operadores. No entanto, não se pode ignorar o fato de que a política encontra-se presente, com maior ou menor força, nas diversas fases do ciclo de uma política pública.

5 Formulação de Política Pública e Pluralismo Político-Democrático

A democracia não pode mais se caracterizar como o direito da maioria e se identificar com o processo eleitoral universal. Sendo a democracia um conceito histórico e instrumento de realização dos direitos fundamentais (SILVA, 2002), não é possível identificá-la com a regra da maioria. A regra da maioria é bem-vinda quando destinada à formação de uma vontade coletiva, quando a unanimidade não é conseguida. É regra instrumental para a maximização do consenso (BOBBIO, 2000). Sendo a democracia instrumental para a consecução dos direitos fundamentais, não poderia nunca se estruturar sobre a regra da maioria em detrimento dos direitos fundamentais das minorias. Portanto, ao lado dos instrumentos tradicionais de democracia indireta e daqueles que estabelecem um modelo democrático semidireto, tais como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, hodiernamente a participação popular direta na gestão cotidiana e regular do Estado é determinação da Constituição brasileira de 1988⁹ e se faz presente nos novéis diplomas normativos¹⁰.

Assim, no processo de formação das políticas públicas numa sociedade plural em que todos possam formular preferências, todos os setores da sociedade transformam-se, pelo menos potencialmente, em atores político-sociais.

É indubitável que os setores mais organizados e mais influentes no governo (inclusive e principalmente do ponto de vista econômico) detêm uma maior capacidade de interferir na agenda política e na formulação de políticas públicas. São atores nesse processo os partidos políticos, os

⁹ Alguns exemplos: art. 31, §3º; art. 58, II, § 2o; art. 194, caput, e inciso VII, do parágrafo único; art. 198 e art. 204.

¹⁰ São exemplos: a Lei de Responsabilidade Fiscal; o Estatuto da Cidade; o Estatuto da Criança e do Adolescente.

sindicatos, as associações, os grupos de interesses, os movimentos sociais e o próprio indivíduo. Tendo em vista os diversos temas sujeitos à elaboração de políticas públicas, há grupos mais fortes e mais fracos nesse processo. Cabe ao Estado institucionalizar instrumentos de participação popular direta, tais como conselhos comunitários, fóruns decisórios, orçamentos participativos, audiências e consultas públicas, com vistas a equalizar esse processo político. Esses instrumentos concretizariam elementos indispensáveis para uma democracia, na visão de Dahl (2001), aqui absorvida, tais como a liberdade de expressão e fontes alternativas e independentes de informação.

Na liberdade de expressão, para o autor citado, há dois aspectos a serem considerados: o direito de ser ouvido e o direito de ouvir. Só assim os cidadãos possuirão a capacidade de influenciar “o *programa de planejamento* das decisões do governo”. (DAHL, 2001, p. 110, grifo do original)

De forma complementar, as fontes alternativas e independentes de informação “[...] que não estejam sob o controle do governo ou que sejam dominadas por qualquer grupo ou ponto de vista [...]” (DAHL, 2001, p. 111) também são imprescindíveis para a formação de uma *compreensão esclarecida* e, conseqüentemente, para uma participação efetiva e cidadã no planejamento público.

Entretanto, é preciso que se fique atento para que esses instrumentos de participação não se transformem em meios para legitimação do interesse do governo ou de setores sociais mais fortes, em detrimento de um processo democrático de formulação da política pública.

Apesar desse imperativo democrático, é certo que as políticas de governo, como materialização de um programa político-partidário, consolidado dentro do Executivo, conta com um grau menor de participação popular, muito embora venham referendadas pela legitimidade das urnas. Já as políticas de Estado, como políticas públicas mais perenes, demandam a participação do Legislativo e uma maior abertura para participação social em sua formulação.

Da conjugação (i) da determinação de um governo democrático com instrumentos de participação direta no planejamento estatal com a (ii) definição de política pública anteriormente apresentada, é possível considerar que política pública não é qualquer ação ou omissão do governo (ou do Estado). Para se considerar uma política pública, a ação (ou omissão) do Estado precisa: (i) ser intencional; (ii) ser racional; (iii) ter objetivos estabelecidos; (iv) ser produtora de efeitos duradouros e de longo prazo, apesar de também interferirem na realidade imediata; (v) estar envolvida por um grande universo de atores; (vi) ser um processo, não um ato isolado, e, portanto, (vii) resultado de diferentes etapas: agenda/decisão, formulação, implementação, monitoramento e avaliação; e (vii) ter diferentes níveis: política pública, programa, projeto.

Dessa forma, não se confundem com política pública as intervenções internas dos poderes constituídos, com características de gestão ou governança, que determinam ou não mudanças estruturais nos organismos estatais, ainda que, indiretamente, haja repercussão social.

Ainda que se alargasse ao máximo o conceito de política pública, não se poderia crer que se trataria da gestão ou das atividades regulares ou pontuais do Estado. Se não for assim, tudo que o Estado fizer, rigorosamente tudo, será política pública. Por exemplo: realizar concurso público e nomear um servidor seria uma política pública, pois o servidor vai fazer algo que resultará num benefício, direto ou indireto, para o cidadão. Assim, a nomeação no serviço público seria uma política pública. Esse raciocínio simplista levaria à inutilidade de se definir, estudar e trabalhar políticas públicas, pois, sendo tudo política pública, seria impossível pensá-la, analisá-la, avaliá-la e buscar suas características gerais ou uma teoria geral das políticas públicas.

6 Políticas Públicas e Funções Estatais

Pretende-se agora identificar as possíveis relações entre as funções estatais e as políticas públicas, buscando avaliar qual ou quais das funções têm maior aptidão jurídica para elaborá-las e implementá-las.

Para tanto, pretende-se distinguir os momentos das políticas públicas: (i) o da definição da agenda; (ii) o da sua formulação/desenho; e (iii) o da sua implementação, monitoramento e avaliação. Quanto à definição da agenda, pode-se dizer que se trata de momento pré-jurídico, essencialmente político, no sentido de não regrado pelo Direito. Como se pretende, aqui, identificar a aptidão jurídica das funções estatais para a elaboração de políticas públicas, em especial a da função jurisdicional, deixando de lado elementos metajurídicos, não se pretende avaliar este momento. Interessa ao estudo os itens (ii) e (iii) já referidos.

Na formulação de uma política pública, tem-se uma situação em que decisões técnicas e políticas são tomadas (assim como ocorre no processo legislativo, que, indubitavelmente, é processo jurídico), mas, ainda assim, pode-se dizer que elas já são parametrizadas pelo direito. O referencial jurídico para o desenho de uma política pública é a Constituição. As metas, os limites e os meios precisam guardar compatibilidade com os valores e imposições constitucionais. Portanto, nesse processo, estar-se-á diante de função política.

Após a formulação, ou desenho, de políticas públicas, é preciso institucionalizá-las ou formalizá-las juridicamente, seja por meio de decreto do Executivo, quando se trata de política de governo, seja por meio de lei, quando se tem uma política mais perene, como as políticas de Estado. A edição de decreto, ainda que se caracterize como ato normativo, quando implementa política pública desvinculada de lei anterior, é ato diretamente decorrente da Constituição e, portanto, inserido na função política. A iniciativa legislativa, propondo ao parlamento a criação de uma política pública, é decorrência da função política. Já a criação de uma lei específica (portanto, oriunda do parlamento) é decorrência da função legiferante.

Assim, fica claro que, devido à complexidade e à necessidade de discussões entre os atores interessados e abrangidos pela política que se pretende implementar e a decorrência dessas políticas da Constituição, as funções estatais envolvidas são a legiferante e a política.

Situação outra diz respeito à implementação, ao monitoramento e à avaliação de política pública (item iii). Nesse caso, têm-se atos decorrentes, senão exclusivamente, pelo menos predominantemente, da função ad-

ministrativa do Estado. Decorrem da função administrativa porque não se caracterizam nem como função legislativa (trata-se de atos concretos, segundo critérios definidos em ato infraconstitucional), nem como função jurisdicional (não decide nada com força de verdade legal, que impossibilita revisão judicial do ato). Também não é decorrente da função política porque, diretamente, está vinculada a ato normativo infraconstitucional que a institucionalizou (trata-se de ato infralegal, ou, quando a política pública é definida por ato administrativo, é ato material decorrente de decreto).

Quanto à etapa de avaliação de uma política pública, ela é exercida em decorrência da função administrativa, seja quando realizada pela própria burocracia do Executivo, ou pelos órgãos de controle dos Tribunais de Contas (que exercem função administrativa), ou, ainda, pelas Casas Legislativas. Não se trata de competência derivada da função política porque a avaliação tem como marco os atos infraconstitucionais que institucionalizaram (juridicizaram) a política pública e definiram suas metas. Assim, só indiretamente estariam parametrizados por disposições constitucionais. Trata-se de avaliação da eficácia, eficiência e efetividade da política pública, segundo os meios e as metas a serem atingidas, definidos no desenho da política pública.

Outra questão é a mudança, ou até mesmo a extinção, da política pública. Nesse caso, estar-se-ia na mesma situação esboçada anteriormente, quando se tratou da formulação e de sua institucionalização jurídica.

Diante desse quadro apresentado, portanto, parece que a função jurisdicional não possui qualificação jurídica para o desenho, implementação e avaliação de políticas públicas.

Ao encontro do princípio da democracia participativa vai a elaboração de políticas públicas por meio da participação política ampla, o que é impossível no processo judicial ordinário. Essa participação, por maior que sejam os problemas de representação popular no Legislativo, é muito mais significativa no parlamento do que no Judiciário. Ademais, não se advoga, aqui, a restrição do processo democrático ao parlamento. Ao contrário, até pelos problemas de representação plural e da cooptação do Le-

gislativo pelo Executivo¹¹, é imprescindível a instituição de mecanismos de participação popular direta na gestão pública, tais como conselhos populares e orçamentos participativos, e a institucionalização de processos administrativos decisórios participativos¹², que deveriam ter suas deliberações, senão vinculantes para a Administração, pelo menos impositivas, ao gestor público, da obrigação de motivar suas decisões contrárias às deliberações desses órgãos colegiados.

De certa forma, esse entendimento é encontrado na obra de Dahl (2009), quando afirma que, entre os critérios para se ter um processo democrático, encontram-se: (i) a participação efetiva dos cidadãos, com a oportunidade de fazer os demais conhecerem sua opinião; (ii) a igualdade de voto; (iii) o entendimento esclarecido, compreendido como a oportunidade de os membros aprenderem sobre as políticas alternativas e as suas prováveis consequências; e (iv) o controle do planejamento por meio dos membros da comunidade, o que acaba retroalimentando o sistema, com a coletividade decidindo as questões que precisam ou devem ser colocadas no planejamento.

Pelo que já se expôs a respeito de políticas públicas e democracia, da participação popular na sua formulação e controle, e dos aspectos técnicos que as envolve, parece muito claro que o Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não tem, por definição constitucional, competência, jurídica e fática, para a sua formulação e implantação (seja de política de governo, seja de política de Estado). Substituir o processo político pelo processo judicial é transferir a elaboração de políticas públicas a uma aristocracia judicial incapaz para tanto.

¹¹ São tradicionais os seguintes instrumentos de cooptação dos parlamentares pelo Executivo: (i) emendas parlamentares individuais ao orçamento; (ii) participação de parlamentares como assessores diretos do Chefe do Executivo (ministros ou secretários de estado/municipais); e (iii) preenchimento do número excessivo de cargos em comissão na Administração Pública por meio de indicação parlamentar.

¹² Poder-se-ia falar que a institucionalização jurídica de processos administrativos democráticos decisórios seria o critério das democracias participativas contemporâneas. Nesse sentido, o processo administrativo não deve ser visto como um mero desencadear de atos organizados logicamente como preparativo de uma decisão final. Não se confunde com construções formalistas. Deve ser compreendido como uma relação jurídica em que a Administração busca a participação dos administrados nas tomadas de decisão.

Nada obstante, não se está defendendo a incapacidade ou impossibilidade de o Judiciário atuar na concretização de direitos prestacionais. Definitivamente não é isso! O Judiciário não é órgão prestante para a elaboração de políticas públicas, mas, sem sombra de dúvidas, é órgão garantidor de direitos subjetivos. A abertura do Judiciário, estabelecida pela Constituição de 1988, tornou-o órgão garantidor dos direitos fundamentais de minorias e, inclusive, ocupando o papel de desencadeador de processo político, mobilizando a sociedade e, de certa forma, interferindo na formação da agenda política. Mas isso não é formatar e implementar política pública. É satisfação de direito subjetivo, no exercício da função jurisdicional.

Ademais, poderá o Judiciário realizar o controle jurisdicional de políticas públicas, seja em face do princípio constitucional da isonomia, seja em face de violação de outros direitos fundamentais de grupos sociais. Entretanto, mais uma vez, repita-se, isso não caracteriza o desenho e implementação de política pública, mas o exercício da função jurisdicional, decidindo conflitos de interesse.

Dessa forma, defende-se o entendimento de que o Judiciário, quando, por exemplo, garante o direito à saúde, determinando ao Estado a internação ou o fornecimento de remédio a paciente, não realiza política pública, garante, individualmente, o direito constitucional à saúde. Ainda que em tutelas coletivas, não há a realização de políticas públicas propriamente, mas intervenção de órgão estatal judiciário para a satisfação de direito(s) não satisfeito(s) devido à inércia dos demais órgãos estatais (Legislativo ou Executivo).

7 Conclusões

Em breve conclusão, pode-se afirmar que uma Constituição Jurídica tem o seu fundamento numa determinada realidade social. Ela tem a pretensão de conformar a realidade, inclusive transformando-a. É o que ocorre com as constituições dirigentes ou programáticas.

Uma característica da Constituição brasileira de 1988 é a determinação de transformações sociais ao Estado. Essas mudanças, veiculadas

por meio de disposições programáticas, para que tenham amplo alcance, precisam tornar-se realidade por meio de políticas públicas.

Por políticas públicas entende-se o processo intencional e racional que visa à solução de problemas públicos, com impactos duradouros e de longo prazo, ainda que também interfiram na realidade imediata, composto por diferentes etapas: agenda/decisão, formulação, implementação, monitoramento e avaliação, e por diferentes níveis: política pública, programa e projeto.

Segundo a classificação das funções estatais em legiferante, jurisdicional, administrativa e política, pode-se afirmar que:

- a) Na formulação de uma política pública, decisões técnicas e políticas são tomadas, mas já se pode dizer que elas são parametrizadas pelo direito. O referencial jurídico para o desenho de uma política pública é a Constituição. As metas, os limites e os meios precisam guardar compatibilidade com os valores e imposições constitucionais. Portanto, nesse processo, está-se diante de função política.
- b) Após a formulação ou desenho de políticas públicas, é preciso formalizá-las juridicamente, seja por meio de decreto do Executivo, seja por meio de lei — funções administrativa e legislativa, respectivamente. A implementação, o monitoramento e a avaliação de política pública são atos decorrentes da função administrativa do Estado porque não se caracterizam nem como função legislativa, nem como função jurisdicional, também não são decorrentes da função política porque são atos infralegais.
- c) Diante desse quadro apresentado, a função jurisdicional não possui qualificação jurídica para o desenho, implementação e avaliação de políticas públicas. Ao encontro do princípio da democracia participativa vai a elaboração de políticas públicas por meio da participação política ampla, o que é impossível no processo judicial ordinário.

Nada obstante, não se está defendendo a incapacidade ou impossibilidade de o Judiciário atuar na concretização de direitos prestacionais.

O Judiciário não é órgão prestante para a elaboração de políticas públicas, mas, sem a menor sombra de dúvidas, é órgão garantidor de direitos subjetivos. Também está apto à realização do controle de políticas públicas e, tendo em vista suas decisões, acaba interferindo diretamente na formação da agenda política.

Referências

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970. Tomo I.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A questão das minorias no sistema constitucional brasileiro: estudo de um caso. *In*: GARCIA, Maria (Coord.) **Democracia, hoje: um modelo político para o Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Tomo I: Forense, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. 2. ed. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1994.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoria general del Estado**. 2. ed. Trad. Héctor Gros Espiell, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CONDÉ, Eduardo Salomão. Diversidade em processo: as políticas públicas em perspectiva. **Teoria e Cultura**, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, p. 164-184, 2006.

- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. 2. ed. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução da 2. ed. Alemã de Fernando de los Rios Urruti, México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.
- RIANI, Frederico Augusto d'Avila. **A vinculação do chefe do Executivo à lei orçamentária no cumprimento das determinações constitucionais**. 2005. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação**: cidadania, direito, estado e município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: HOCHMAN Gilberto; ARRECHE, Marta; MARQUES, Eduardo. **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. (p. 65-86)

Frederico Augusto d'Avila Riani é Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Professor do Departamento de Direito Público Material da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). *E-mail*: frederico.riani@ufjf.edu.br.
Endereço profissional: Universidade Federal de Juiz de Fora. Faculdade de Direito. Rua José Lourenço Kelmer, s/n, CEP: 36.036-900. Juiz de Fora/MG.