

Políticas públicas ambientais: uma reflexão teórico-conceitual para o seu regime jurídico no Brasil

Ruy Telles de Borborema Neto

Advogado da Caixa no Pará

Mestrando em Direitos Humanos pela

Universidade Federal do Pará

Ex-Visiting Student na Pace University School of Law

RESUMO: Este trabalho explora as políticas públicas ambientais como uma categoria do direito público que, no âmbito do direito ambiental, refaz a articulação entre o direito constitucional e o direito administrativo. Inicialmente, examinam-se as contradições existentes na administração pública ambiental brasileira, que derivam da conjugação de referências dos modelos francês e anglo-americano, centrando-se nos princípios de igualdade, legalidade e eficiência, bem como no problema do poder e dos privilégios. Em seguida, fez-se uma discussão teórica sobre as políticas públicas, na qual se abordou o surgimento e a evolução da noção de política pública no direito norte-americano, bem como a relação existente entre direito e políticas públicas. Depois, buscou-se reunir elementos para um conceito de políticas públicas para o direito brasileiro, no qual elas estabeleçam metas coletivas, servindo-se dos mais variados instrumentos jurídicos, com ênfase no seu aspecto procedimental.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direito Público. Administração Pública. Direito Ambiental.

1 Introdução

Este trabalho parte da premissa de que o problema fundamental do direito, incluindo-se os direitos relativos à proteção do meio ambiente, é não a sua fundamentação ou justificação - uma questão da filosofia - mas a sua proteção, ou numa linguagem mais adequada ao direito ambiental, a sua implementação - uma questão jurídica e, num sentido mais amplo, política.¹

O direito ambiental está ligado, em grande parte, ao estudo das atividades do Estado, isto porque ele se serve do direito administrativo, que é o direito público interno por excelência,² para a sua implementação.³

A ciência do direito administrativo no Brasil, todavia, não tem conseguido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada ao direito ambiental, uma vez que as categorias da teoria do direito administrativo são inadequadas para compreender e operar dentro dos limites e de acordo com exigências das funções do Estado em relação ao meio ambiente.⁴

Isto porque, no Brasil, o direito público interno, em geral, e o direito administrativo, em particular, se adequados do ponto de vista negativo - da proteção dos direitos individuais em face do Estado, o que, por si só, é questionável - ficam certamente aquém do que seria necessário para introduzir uma diretriz positiva no Estado - de uma administração pública com sentido promocional e compensador - necessária para o desenvolvimento.⁵

A administração pública brasileira nasceu e se manteve inspirada por uma missão abstencionista. Paradoxalmente, formou-se uma administração pública autoritária e vertical, que age por atos unilaterais, sendo insuficiente para apreender e emular as formas novas que estão sendo gestadas na teoria do direito ambiental.

Assim sendo, a administração pública ambiental, que se estruturou nos últimos 20 anos, recebeu esse referencial teórico-dogmático incoerente e inadequado para a consecução de seus fins.

Ademais, a teoria liberal, que inspirou essa administração pública passiva, legou à contemporaneidade um modo de governar que se caracteriza pela falta de canais de expressão das escolhas políticas que deveriam alimentar as alternativas facultadas ao administrador público, no âmbito do exercício discricionário do seu poder. Nesse paradigma, a definição de interesse público é tarefa da burocracia.

Falta, portanto, um parâmetro de limites positivos à ação administrativa voltada para o meio ambiente, um referencial mais completo ou mais consistente das diretrizes para as escolhas abertas ao administrador público. Esse espaço poderia ser ocupado pelas políticas públicas juridicamente qualificadas segundo forma e regime próprio, o que requer uma mudança metodológica na própria compreensão do direito público em sentido amplo, a partir das políticas públicas.

O trabalho será desenvolvido em duas seções principais. Na primeira, far-se-á um apanhado da situação da administração pública brasileira - não restrita à ambiental - tendo como pontos de discussão as suas contradições, que constituem o marco da ineficácia da administração pública brasileira, que precisa e pode ser alterado através das políticas públicas. Essa análise mostra a necessidade de se rearticular o direito público em torno do conceito de política pública, tarefa que tem sido empreendida mais adequada e profundamente no âmbito do direito ambiental. Portanto, embora a análise desta seção não se restrinja ao direito ambiental - mantendo-se em geral para o direito público - ela mostra justamente os avanços que se tem conseguido através do direito ambiental.

Na segunda, examinar-se-ão as políticas públicas como categoria jurídica alternativa para a superação da crise na administração pública ambiental, a partir da experiência dos Estados Unidos da América (EUA), procurando reunir elementos teóricos para uma compreensão satisfatória do tema das políticas públicas. Ainda dentro desta seção, o referencial teórico reunido nas seções anteriores será utilizado para fazer elaborar um conceito de política pública ambiental. Obviamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas simplesmente de refletir sobre a oportunidade de se tomar a categoria das políticas públicas para enfrentar os problemas de ineficácia do direito público, o que, mais uma vez, tem se revelado com relativo sucesso no âmbito do direito ambiental.

Este trabalho adota a técnica do direito comparado, tendo como referência comparativa o direito público norte-americano - primariamente, o direito administrativo; e secundariamente, o direito constitucional e o da regulação.

O estudo comparativo com o direito norte-americano justifica-se, em geral, pela abordagem interdisciplinar e pragmática que ele tem, que parte da tradição acadêmica dos EUA. O pragmatismo do direito americano faz com que haja proximidade entre os elementos materiais as soluções formais criadas pelo direito.

Em particular, a análise comparativa com o direito público norte-americano é relevante porque o direito público norte-americano apresentou uma interessante evolução, que parece ter girado em torno do conceito de políticas públicas: uma articulação, de um lado, entre o instituto da delegação de poderes legislativos para as agências para implementarem programas de ação governamental e, de outro, o processo administrativo de tomada das decisões pelas agências decorrentes da delegação legislativa, o que, como se constatará, ao longo do trabalho, está no cerne da noção de políticas públicas.

Esse processo administrativo que as agências são obrigadas a seguir na implementação dos programas a elas designados tornou-se um verdadeiro processo de formação das políticas públicas, no qual a participação popular tem sido um elemento importantíssimo para seu o sucesso. O direito administrativo norte-americano tornou-se, em essência, a procura de uma teoria de como a política pública deve ser feita.⁶

2 Contradições da Administração Pública

O direito administrativo - que é o direito público interno por excelência - centraliza, ainda que não esgote, dentro dos contornos do direito constitucional, a estruturação jurídica da ação do Estado.

A noção de que o direito administrativo não tem eficácia - em especial quando é utilizado para realizar direitos que exigem ações do Estado, como o direito ambiental - é tomada, muitas vezes, como um truísmo, sem o cuidado científico de se examinar as causas e a extensão dessa ineficácia.

No trabalho pioneiro de Maria Paula Dallari Bucci sobre as políticas públicas no direito brasileiro, parte-se da idéia de que o direito administrativo possui uma série de contradições - cinco, principalmente - que apontam para a "tensão dialética entre algumas idéias-chave para a estruturação do direito administrativo tal como se apresenta no Brasil".⁷ Por isso, afirma-se que as contradições do direito administrativo formam o marco jurídico da ineficácia da administração pública, incluindo, a administração pública do meio ambiente.

Far-se-á nesta seção uma análise das cinco contradições do direito administrativo brasileiro, tendo como referencial teórico principal a tese de Bucci, mostrando a importância da discussão das políticas públicas como uma categoria central para a superação da distância entre o direito e a prática da administração pública, nas ações voltadas para o meio ambiente.

2.1 Poder: organização e contenção

O direito administrativo cumpre uma dupla função, que é a de organizar o Estado, do ponto de vista interno, e ao mesmo tempo conter o poder do Estado nas suas relações com os cidadãos, acabando por ser sinônimo de Estado de direito.⁸

O Estado de direito consagra o princípio da legalidade no âmbito público, pelo qual toda a atuação do Estado deve estar fundada e autorizada por uma norma jurídica, de forma que todo o exercício de poder do Estado se transforma em uma competência.⁹

Portanto, o direito administrativo, de inspiração francesa, ao menos em sua origem, tem como problema principal a contenção do poder do Estado, sendo a ênfase dada sobre o problema da segurança jurídica ou, em outros termos, da clareza quanto aos limites de atuação do poder estatal.

A tensão que se identifica, neste ponto, está justamente na necessidade do poder do Estado, de um lado, ser exercido com autoridade e, de outro, com organização. O direito administrativo precisa, ao mesmo tempo, ser instrumento da liberdade, protegendo o cidadão contra o Estado, e meio de realização da atividade administrativa, realizando a vontade do Estado. Isso leva ao problema central do direito público, que é o conflito entre autoridade e liberdade.¹⁰

Nesse processo de juridificação do Estado, uma das principais contribuições do direito administrativo foi a organização da burocracia - um corpo permanente de pessoal profissional, uma regularidade abstrata da execução da autoridade, no conceito de Weber, o que permitiu a despersonalização do poder.¹¹

A idéia de burocracia é central para o Estado de direito, pois nela se encontram os princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. Tradicionalmente, os conceitos de administração e governo

são distintos, entendendo-se que governar é tomar decisões políticas e administrar é executar técnica e rotineiramente as decisões do governo. Assim, a definição do interesse público seria do governo, cabendo à administração pública apenas materializá-la, impulsionada, sempre, pelo governo.

A distinção entre administração e governo apresentada corresponde mais a um tipo ideal do que real. As funções de governo e administração, embora se tente destacar os seus papéis distintos, estão continuamente se interpenetrando. O mais adequado, portanto, é que o governo integre política e administração.

O direito administrativo brasileiro ainda não chegou a um entendimento com a ciência da administração, para uma disciplina satisfatória da organização do poder, o que contribui para a sua ineficácia. Ademais, o direito administrativo no Brasil enfrenta o desafio de desenvolver concomitantemente o Estado de direito e uma cultura administrativa gerencial.¹²

Acaba-se por ter uma estrutura institucional de Estado e de administração pública não correspondente ao amadurecimento da cultura política e social, justamente porque não há eficácia em abstrato, mas sempre relativa a um determinado de um povo em determinado momento de sua história.

A contradição que o direito administrativo enfrenta, entre a contenção e a organização do poder, tem um aspecto muito pouco explorado, que é o seu posicionamento em relação ao administrado. No Estado absolutista, o administrado era visto como súdito; no liberal, como cidadão; no social, como utente. Nos anos 90, o administrado passou a ser visto mais como consumidor ou cliente de uma administração pública gestora.

Todavia, o mais adequado seria vê-lo como sócio do que como cliente ou consumidor, conceitos que têm um interesse individual e particular, aos quais falta a perspectiva da comunidade. A idéia de cidadão faz aparecer uma dimensão suplementar dentro da relação administrativa, a cívica. Isso aponta para o núcleo do problema da administração pública no Brasil, a falta de cidadania.

2.2 Igualdade e prerrogativas

Uma das principais diferenças entre o direito administrativo de matriz francesa e anglo-americana é a existência ou não de prerrogativas que derogam e exorbitam do direito comum. A noção de prerrogativa - uma legalidade *sui generis* - surgiu num contexto sociológico e histórico específico: a França do final do século XVIII, na transição do absolutismo para o Estado de Direito, para substituir a autoridade antes despótica do monarca e pela dificuldade de passar direta e imediatamente do absolutismo à plena legalidade.

A terminologia prerrogativa está carregada de significado negativo, havendo, no Brasil, uma história de resistência à igualdade perante a lei pela administração pública brasileira.

Na concepção anglo-americana, a administração pública, assim como os particulares, são submetidos ao sistema do *common law*. A administração pública tem os mesmos instrumentos que os indivíduos para a consecução do interesse público. Essa idéia, estranha no Brasil, é bastante coerente com o princípio da igualdade, de inspiração liberal, para o qual todos os sujeitos de direito devem ser submetidos às mesmas normas e tribunais.

A horizontalidade americana da relação entre a administração pública e os particulares, em contraste com a verticalização francesa, propiciou uma maior proximidade entre o poder e os seus titulares.

As prerrogativas criam uma desigualdade de tratamento que procura se justificar em virtude da desigualdade de condições existente entre a administração pública e os cidadãos. As desigualdades trazidas pelas prerrogativas podem ser admitidas em direito - atendendo-se ao princípio da igualdade - desde que as discriminações ou desigualdades criadas sejam amparadas em norma e guardem uma correlação lógica com a finalidade da norma.¹³

A existência de prerrogativas tem um fundamento objetivo, que é a necessidade de poderes especiais, com encargos especiais, para a realização de atribuições igualmente especiais. As prerrogativas justificam-se na qualidade pública dos interesses que a administração pública persegue.

Entretanto, é incoerente que a administração pública não expresse seus poderes - sejam ou não considerados especiais - como atribuições ou competências previstas em lei, mas como prerrogativas decorrentes de seu poder de império, pois os seus poderes especiais, não previstos taxativamente, acabam não se sujeitando a um controle especial.¹⁴

As prerrogativas, como traço característico do direito administrativo, perdem amplitude e importância com a disseminação da idéia de democracia, passando a ser reconhecidas de forma circunscrita a alguns tópicos especiais do direito administrativo. Assim, as competências são enunciadas em termos de deveres, em Duguit, ou deveres-poderes, em Santi Romano, perdendo sentido a referência ao conceito de prerrogativa.¹⁵

A administração pública, no direito anglo-americano e de forma pragmática, teria se incumbido das mesmas funções tendo como instrumento o direito comum, não reclamando um estatuto jurídico especial, fazendo-o, inclusive, com bastante eficiência.

Percebe-se hoje uma fuga da administração pública para o direito privado, movimento através do qual busca fugir das prerrogativas, escapando, também, às sujeições que as acompanham, típicas do regime-jurídico administrativo, de inspiração francesa. O movimento de

contratualização do direito administrativo é indicativo da crise da noção de prerrogativa e também da busca da legitimação das ações administrativas pelo consenso.¹⁶

2.3 O princípio da legalidade: fontes, poder regulamentar e eficácia

O direito administrativo - de matriz francesa, que foi a mais influente no Brasil - tem uma origem fortemente jurisprudencial, com as elaborações do Conselho de Estado, o que relativiza a afirmação de que a administração pública está sujeita ao princípio da legalidade estrita.¹⁷

No Brasil, o direito administrativo foi legislado desde a sua origem. Todavia, a contradição entre a sua origem jurisprudencial e o princípio da legalidade permanece, pois a atividade do Poder Legislativo - a edição de leis em sentido formal - não esgota a necessidade de normas para a realização das atividades administrativas.

A administração pública exerce poderes quase-legislativos e quase-judiciais, muitas vezes não no âmbito de uma competência plenamente definida, mas através da institucionalização de certas práticas e procedimentos, como uma normatividade de fato, por assim dizer.

A legalidade não é uma relação de conformidade, mas de compatibilidade ou habilitação, o que, ainda assim, conserva um sentido garantista.¹⁸ O princípio da legalidade pressupõe a idéia de lei - instrumento de fixação de direitos e deveres, definindo a relação entre o Estado e os indivíduos - considerada a única expressão da vontade geral e fonte exclusiva do direito.

Em matéria administrativa, todavia, a legalidade significava, ao menos inicialmente, a submissão da administração pública à jurisprudência. Era uma autêntica *case law*, presidida por uma técnica de emprego dos princípios gerais do direito (alguns deles normas extratextuais), extraídos, pelo Conselho de Estado, a partir de textos como a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do preâmbulo da Constituição de 1946.

A importância dos princípios se irradiou para os países influenciados pelo direito administrativo francês e a jurisprudência passou de fonte secundária à primária, ao lado da lei. Lei e jurisprudência constituem uma unidade axiológico-normativa nos países de direito administrativo, anterior à consagração dessa idéia pelo direito constitucional.¹⁹

O conceito de legalidade passou para o de bloco de legalidade, constituído de um agregando de fontes do direito, que fornece a habilitação legal, tanto em termos dos fundamentos do ato, como das formas em que ele se expressa e dos procedimentos que conduzem à sua edição. O que é novidade no direito administrativo é a submissão da administração pública ao direito constitucional.²⁰

A singularidade do direito administrativo brasileiro é a de ser legislado desde a origem, porque o legislador recebeu uma prévia elaboração dogmático-doutrinária. No entanto, a interpretação e a aplicação das leis não é somente feita pela administração pública e pela jurisprudência, mas em parcela significativa pela doutrina administrativista. No direito administrativo brasileiro, ao invés de se ter a legislação e a jurisprudência como fontes principais e a doutrina e o costume como fontes secundárias - como ocorre nos países cujo direito administrativo é de inspiração francesa - a lei é a fonte principal e a doutrina atua como fonte secundária de grande relevância.²¹

Ocorre que a doutrina padece do compromisso institucional que existe na produção jurisprudencial de determinado tribunal, acentuando-se o seu caráter assistemático, uma vez que a produção nessa área é alimentada pela necessidade de solucionar casos concretos.

Em que pese a importância dos princípios para o direito administrativo brasileiro - porque os princípios proporcionam a necessária respiração do sistema jurídico, para a elaboração de informações necessárias que partem de outros sistemas - a legalidade aplicada no Brasil tem, em razão disso, um aspecto frágil - porque fundamentar decisões administrativas em princípios caracterizados pela indeterminação é fator de fragilização da própria legalidade.

O modo de atuação do poder regulamentar no Brasil também mostra o caráter restrito e enfraquecido do princípio da legalidade, entendido o poder regulamentar não só como o poder de expedir decretos para a fiel execução da lei, mas toda atividade normativa infralegal da administração pública direta e indireta.

É perturbadora a reiterada extrapolação administrativa dos limites legais ao poder regulamentar que é, em última análise, parte do problema da separação de poderes entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sobretudo no Estado social, o que está longe de ser resolvido não só no Brasil.

Nos EUA, essa discussão existe, mas o referencial é distinto, tendo em vista que a legitimidade jurídica da atividade normativa das agências é dada pelo instituto da delegação de poderes legislativos, o que decorre da inexistência de um poder regulamentar geral do Poder Executivo que emanasse da Constituição.

A distinção entre os conceitos de delegação e poder regulamentar não é nada clara, mas, em ambos os casos, não dariam sustentação à amplitude da atividade normativa do poder executivo.²²

Percebe-se, assim, que o princípio da legalidade no Brasil tem uma baixa eficácia. Esconde-se por detrás dele uma normatividade extralegal, eminentemente principiológica, proveniente da doutrina e dos costumes, no entanto, sem o controle do contencioso administrativo existente no sistema francês. Essa normatividade de fato provém, sobretudo, do poder regulamentar do Executivo, ao qual também falta um título

de habilitação legislativa claro. Ademais, a própria normatividade legal carece de eficácia, pois a administração pública acaba por não praticar os atos necessários à execução da lei.

2.4 O princípio da eficiência e a responsabilidade civil do Estado

O tema da eficiência permeou o processo desregulação nos EUA, na administração de Ronald Reagan, marcando os anos 80 como os do Estado "custo-benefício".

A *Executive Order* nº 12.291 determinou ao *Office of Management and Budget* o controle da regulação, com atenção detida aos custos e benefícios das iniciativas propostas. A administração de William (Bill) Clinton manteve a mesma linha com a *Executive Order* nº 12.866.

Ao mesmo tempo, o controle judicial dos atos das agências foi assumindo progressivamente uma dimensão mais substantiva com a doutrina do *hard look*, que consiste no controle do procedimento administrativo visando aferir se o resultado é realmente uma decisão bem informada e adequadamente justificada, através de uma ponderação dos princípios da supervisão e da deferência.²³

No mesmo sentido, a proporcionalidade na jurisprudência do Conselho de Estado francês incorpora elementos que integram a noção de eficiência, tendo um sentido de balanço custo-benefício.

O princípio da eficiência, que é uma tendência nos dois sistemas, reconhece um âmbito do conhecimento de mérito dos casos pela instância de controle - seja jurisdicional ou administrativa - sendo também, nos sistemas de direito administrativo, um esforço de superação do seu formalismo característico.

A inserção do princípio da eficiência na Constituição de 1988, pela Emenda à Constituição nº 19/1998, pode acabar tendo sentido retórico, se não se realizarem as medidas concretas para a sua implementação. Deve-se, portanto, buscar um uso legitimador do princípio da eficiência.

Por exemplo, existe uma contradição entre a responsabilidade civil do Estado - que é objetiva, sob a teoria do risco - e o princípio da eficiência, uma vez que condutas imputáveis à administração pública nem sempre concretizam o dito interesse público.

A teoria do risco, como vem sendo construída na jurisprudência brasileira, não tem correspondido tanto ao ideal de solidariedade social. Mas, pelo contrário, tem preponderado muitas vezes somente a idéia de retribuição. O modo como se tem tratado a responsabilidade civil do Estado fortalece a separação entre Estado e sociedade civil no Brasil.

A responsabilidade civil objetiva, sob a teoria do risco, em geral muito bem vista pela jurisprudência e doutrina, tem um aspecto negativo, que é a perda da noção de culpa e a centralidade da noção de dano antijurídico. A imunidade dos funcionários públicos na origem do direi-

to administrativo francês está na raiz do problema da socialização ilimitada dos prejuízos causados pela administração pública, uma marca diferenciadora entre o direito administrativo francês e o direito anglo-americano. Dever-se-ia, portanto, aproximar as noções de competência, como atribuição de poderes para o exercício de funções legalmente consagradas, e de responsabilidade.²⁴

A perspectiva voltada à reparação de atos passados no direito administrativo deixa de lado uma perspectiva prospectiva, de uma orientação que deve ser dada para o futuro. A possibilidade de indenizar funciona como válvula de escape ao enrijecimento do interesse público, o que, todavia, pode ser deturpado.

O uso da indenização, em muitos casos, representa que a administração pública deixa de exercer o seu papel de articuladora dos interesses sociais, preferindo reparar a prevenir o dano.

2.5 O regime de direito administrativo e a unidade de jurisdição

O direito administrativo brasileiro, embora tenha tomado praticamente todas as referências do modelo francês, não adotou o sistema do contencioso administrativo, elemento mais característico dele.

O sistema do contencioso administrativo e o da jurisdição única, ambos sistemas de controle, apenas trazem arranjos institucionais distintos para a mesma finalidade: a legalidade. Os arranjos de índole propriamente jurisdicional têm três tipos principais: o primeiro, como nos EUA e Inglaterra, em que a administração pública se submete aos mesmos tribunais e ao mesmo direito que os cidadãos; o segundo, como na Alemanha, em que dentro do Poder Judiciário funciona uma seção especializada na matéria administrativa; e o terceiro, como na França, em que o órgão de controle se encontra fora da estrutura do Poder Judiciário, embora funcione segundo os moldes da atuação jurisdicional. Esses tipos principais apresentam algumas variações nos diversos países.²⁵

A principal função do contencioso administrativo é garantística, ou seja, de controle dos atos da administração pública. O exercício dessa função lhe dá um segundo papel, que é organizativo, ou seja, de estruturação do direito administrativo. O Conselho de Estado é a instância que confere juridicidade às práticas administrativas, ou seja, cria, em grande parte, o direito administrativo.

Na França, o controle do poder se exerce basicamente pelos recursos contenciosos, sintetizados na figura do *excès de pouvoir* e a organização é dada pela jurisprudência administrativa, como uma autêntica *case law*.²⁶ Nos EUA, o controle cabe ao Poder Judiciário e a organização padece de precariedade. Em primeiro plano, as agências são divididas em razão da matéria, sob uma supervisão, frouxa, do *Office of Management and Budget*.

A síntese das experiências no Brasil produziu um sistema lacunoso na organização e falho no controle.

A concepção tradicional de justiça administrativa está fundada tanto sobre uma interpretação restritiva da separação de poderes como sobre a tradição anterior da monarquia francesa, que estava associada aos juízes, tendo surgido em condições muito próprias que não se repetiram em outros países, tanto é que os países que a adotaram introduziram mudanças no sistema.

O Conselho de Estado está ligado ao Poder Executivo não apenas em sua função consultiva - apreciação prévia de projetos de lei - como também no pessoal - que transita entre o Conselho de Estado e a administração pública ativa. Atualmente, o Conselho Constitucional passou a ocupar um lugar muito mais destacado na produção de um direito público próprio desse tempo.²⁷

O direito administrativo brasileiro adotou e mantém até hoje o sistema de *justice retenue* (justiça retida) do período napoleônico, em que os pareceres em resposta a consultas só adquirem eficácia após a aprovação imperial. A reforma de 1872 imprimiu feição tipicamente jurisdicional ao contencioso administrativo na França e isso não ocorreu no Brasil.²⁸

O sistema do contencioso administrativo é impossível dentro do atual sistema constitucional, mas a jurisprudência administrativa tem uma função formadora e pedagógica, que seriam necessárias no Brasil.

Mesmo nos EUA, em que há pouca legislação sobre a matéria, o *Administrative Procedure Act* (Lei de Processo Administrativo) existe de 1946, o que se fez necessário, entre outras razões, para estabelecer critérios mínimos e uma certa uniformização e racionalização das condutas administrativas.

A falta do contencioso administrativo no Brasil não encontrou substituto às alturas das necessidades, não tendo sido enfrentado o problema da dispersão da ação administrativa. Daí decorre a importância dos pareceres no âmbito da administração pública. Há funções normativas e de tipo jurisdicional dispersas pela administração pública, especialmente em autarquias com atribuições reguladoras.

2.6 As políticas públicas como resposta à ineficiência da administração pública

O enfrentamento dos problemas aqui colocados precisa de uma abordagem de direito público, em sentido amplo, mais abrangente que a postura do direito administrativo tradicional a partir de uma rearticulação entre o direito administrativo e o direito constitucional, que atualmente aparece com mais clareza no direito ambiental, ramo do direito que vem se desenvolvendo com muita rapidez sobretudo a partir da Constituição de 1988.

O direito administrativo de influência francesa tem preocupação genérica com a sua autonomia científica, o que o faz rejeitar (no Brasil muito mais que na França) a conexão necessária que há entre a ciência do direito administrativo e o seu objeto a administração pública, na perspectiva de suas relações jurídicas.

Mesmo quando negada essa relação, ainda assim ela existe e o efeito dessa negação e suposta neutralidade é que outros valores, não jurídicos, ganham força na administração pública, o que é negativo para a construção das instituições necessárias a uma relação sadia entre a administração pública e os cidadãos.

A resposta, ainda que não isenta de críticas, poder ser buscada na experiência americana, na qual as políticas públicas foram incorporadas da ciência política ao direito, transformando-se numa categoria central para a ação do Estado na implementação de direitos positivos, incluindo-se o direito ambiental.

3 As políticas públicas

3.1 As políticas públicas como objeto de estudo do direito

O tema das políticas públicas tem, cada vez mais, suscitado o interesse do direito, em que pese não se trata de forma consciente e sistemática.

As 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".²⁹ São, portanto, "esquema[s] de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos".³⁰ Assim sendo, são um problema de direito público.³¹

A termo política, na expressão política pública, tem o sentido amplo de conhecimento e organização do poder e não de política partidária. A separação entre o direito e a política, que advém do liberalismo, tem sentido conservador, uma vez que não se assumir um comportamento político redundando no significado político de manutenção da ordem estabelecida.³²

Há também um risco de transpor as barreiras entre o direito e a política. Isso reclama uma solução técnico-institucional que trabalhe com o paradoxo de ser simples - permitindo a interação dos atores sociais sem a mediação de um aparato institucional suscetível de apropriação pelas camadas mais preparadas da sociedade - e complexa - resultando numa ação politicamente coordenada e socialmente útil.

3.2 As políticas públicas no direito norte-americano

A expressão política pública, que é uma tradução literal da norte-americana *public policy*, é um conceito científico estabelecido somente

na língua inglesa. O termo tornou-se popular durante o século XX. Quando, cada vez mais, foram-se traduzindo estudos norte-americanos sobre políticas públicas, franceses e italianas, inicialmente, tentaram ajustar o termo ao mero uso de *politique* e *politiche*, ou ao de *politique publique*. Outras traduções utilizaram múltiplas palavras e locuções ao invés de uma tradução literal, tentando explicar a idéia subjacente.³³

Recentemente, a maioria dos estudiosos em países não-anglofônicos simplesmente desistiu e adotou o termo *public policy* com um conceito internacional e não-traduzível, utilizando-o assim mesmo na língua inglesa ou traduzindo-o literalmente para a língua local. No Brasil, acabou-se adotando a expressão políticas públicas, predominantemente no plural, em que pese seja ela também utilizada no singular.

Até mesmo nos EUA, a idéia de política pública é relativamente recente. O direito foi o termo utilizado na formação dos EUA, cuja Constituição preocupou-se com o império do direito e não dos homens (*government of laws, not of men*). Havia, obviamente, a *common law*, cuja permanência após a independência nunca foi questionada.

A Constituição dos EUA, contudo, foi mais moderna, ao basear o direito na *statutory law* ou *legislation* (lei em sentido formal). A idéia de direito, portanto, passou a corresponder, em grande medida, à de lei.³⁴

A noção de política pública simplesmente não existia àquela época. Ela surgiu no final do século XIX, afastada das idéias de direito e lei. O uso da expressão política pública, inicialmente, se deu como um sinônimo leve para as expressões opinião pública, vontade geral ou consenso.

Oliver Wendell Holmes percebeu-se, no final do século XIX - o que foi certamente decisivo para o tratamento deliberado das políticas públicas como categoria do direito - que a vida do direito não era lógica, mas experiência.³⁵ Portanto, enquanto o crescimento do direito é lógico na forma, ele é político na substância.³⁶

O direito manteve a sua supremacia sobre a política pública até o final do século XIX, com a ajuda de cientistas políticos que acreditavam que deveria haver uma separação rígida e formal entre política (*politics*) e administração pública (*administration*).³⁷ Woodrow Wilson, na tentativa de separar a política da administração pública, acreditava que se deveria buscar nos modelos francês e alemão a eficiência administrativa, sem se esquecer dos princípios políticos norte-americanos.³⁸ Assim sendo, ele desenvolveu o ideal de servidor público neutro (*neutral civil servant*), que poderia ser sempre leal ao interesse do cargo público a qual servia, não somente ao seu superior, mas à comunidade também.

Nas duas últimas décadas do século XIX, o significado de política pública se transformou de sinônimo de opinião pública a referência das declarações das ações do Estado. A insistência da distinção entre política e administração, formulada por Wilson, foi tomada e formalizada como as duas funções do governo, sendo a política a expressão da vontade do Estado e a administração a execução da política.

Para Theodore J. Lowi, essa foi a primeira vez em que se uniu *policy* e *politics*, embrião da noção contemporânea de política pública. *Policy*, definida como expressão da vontade do Estado, foi essencialmente uma definição de *policy* como a descrição do produto da atividade do Poder Legislativo, anteriormente, identificada no direito ou na lei (*law*); seguida por uma definição de administração como a atividade do Poder Executivo (*government*).³⁹

No decorrer do século XX, com o crescimento e diferenciação das funções do Estado e, em especial, no âmbito federal, houve, para Lowi, dois desenvolvimentos paralelos relevantes para o processo de consolidação da política pública como uma categoria central do direito público norte-americano: (1) a dicotomia entre política e administração foi rejeitada, em favor de um processo político substancial, entendido como uma rede contínua (*seamless web*), onde o direito ou a política eram feitos a cada passo do caminho; e (2) a fronteira entre o direito e a política foi igualmente deixada de lado, tendo as duas expressões tornado-se sinônimos para propósitos práticos.

Dos anos 30 em seguida, em resposta ao grande crescimento do Estado, a ciência política começou a estudar a política (*policy*). A palavra provavelmente entrou facilmente no vocabulário da ciência política, porque o termo direito, para cientistas políticos, ainda tendia a significar direito público, que se concentrava mais intensamente no direito constitucional, cujos principais temas eram o federalismo (a questão das competências dos Estados e da União) e os direitos fundamentais.

Assim que uma lei era aprovada pelo Poder Legislativo, sobretudo o federal, os cientistas políticos se concentravam em responder as como e por que, o que tomou a forma de uma série de estudos de caso (*case study*), que eram essencialmente narrativas detalhadas daquilo que veio a ser chamado de processo de formação da política pública (*policymaking process*).⁴⁰

Entretanto, os estudos de caso do processo de formação das políticas públicas, inicialmente, não davam importância ao conteúdo da política. A política ou a decisão política era o ganho ao qual se prendia a narrativa, que seria de base para a análise do processo de formação da política pública. A rede contínua do processo de formação da política pública materializava-se, simplificadamente, em discutir como se fazia um projeto de lei, como um projeto de lei se tornava lei e como a lei (como política) era implementada. De fato, a implementação se tornou um aspecto tão importante do processo de formação da política pública que ela quase substituiu a administração pública como nome da disciplina.

O que foi virtualmente perdido no estudo do processo de formação da política pública foi a substância, até mesmo quando a parte da narrativa dava muitos detalhes substantivos das políticas públicas. Isso confirmava a tese de Holmes de que, em substância, o crescimento do direito é legislativo (político) e contrariava a concepção tradicional, que

estava na formação jurídica da *common law* norte-americana, de que o direito era algo a ser descoberto e não feito.⁴¹

Essa crítica, que apela a um retorno à mistificação do direito, tem, todavia, um argumento sobrejacente interessante: de alguma forma, durante o crescimento do Estado, o direito perdeu a sua autonomia e a sua integridade como uma instituição, embora uma instituição humana, falível e mutável.

Lowi, assim como Hayek, concorda que a distinção entre o direito e a política pública foi obliterada. Entretanto, Hayek toma uma posição radical, sugerindo que o Poder Legislativo não consegue editar *just rules of conduct* (o direito). Ele mal-representa e sobrevaloriza o papel do Poder Judiciário na *common law*, cujas regras não são propriamente estabelecidas, mas tem de ser extraídas dos *holdings* (disposições) de casos precedentes através da fundamentação das decisões recursais.

O argumento de Locke é mais adequado, porque, atualmente, não se pode conceber retornar à crença no direito natural, como se o verdadeiro direito sempre houvesse estado esperando para ser descoberto. Assim, o problema da fronteira entre o direito e a política pública ou vice-versa pode-se situar no ponto chave do argumento de Locke de leis permanentemente estabelecidas, conhecidas pelo povo e que não sejam meros decretos extemporâneos. Nesse aspecto, Hayek e Lowi preocupam-se com leis que são meras instruções para administradores.

3.3 A confusão entre direito e política pública

A política pública foi confundida com o direito e tornou-se, entre os dois, o termo utilizado preferencialmente. Lowi desenvolve argumento que explica essa confusão - para a realidade norte-americana - em cinco pontos, que serão indicados a seguir:

1º: A reiteração do fato de que o direito e a política pública tornaram-se praticamente sinônimos. Isso, como explicado por Holmes, ocorreu com a transformação do direito em um direito encontrado principalmente na legislação e na transformação da legislação, como advertido por Hayek, em meras instruções para os administradores. Lowi contextualiza esse fenômeno dentro de uma ciência política cada vez mais comportamental, assim como numa ciência jurídica cada vez mais realista, comportamental e economicista. Lowi adverte que a colocação do processo acima da substância possa ser uma necessidade científica, mas é igualmente uma preferência do liberalismo. Foi o que chamou de política pública sem direito (*policy without law*).

2º: A democracia favorece o uso da expressão política pública no lugar de direito. Para Lowi, numa democracia, o termo direito remete a uma instância oficial, unilateral, hierárquica, autoritária e calcada no autoritarismo. Política pública parece mais suave e humana. A idéia é de

que a política pública, como expressão da opinião pública no século XIX, teve o sentido de democratizar o direito no século XX.

3º: O termo direito parece não só autoritário para uma democracia, mas também evoca permanência para um Estado social. Apesar do direito ter sido desmistificado e ter passado a ser considerado não mais algo que existia eternamente e esperava para ser descoberto, o direito ainda levava à impressão de que, apesar de um produto humano, ele se tornava inacessível uma vez produzido. Em contraste, a política pública, sendo o produto de um processo, permanece continuamente como parte deste, um fenômeno sem fim.

4º: O Poder Executivo está mais acostumado com a política pública. A regulação através de agências (*agency law*) soa como uma acusação de que o Poder Executivo está violando o princípio da divisão de poderes. No fim do século XIX e no início do século XX, quando o Congresso dos EUA começou, através da delegação legislativa, dar um grau de discricionariedade considerável às agências e departamentos (entidades e órgãos da administração pública), a preocupação com a divisão de poderes aumentou.

Inicialmente, a Suprema Corte dos EUA, em *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506, 517 (1911), citando *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1, 43 (1825), aprovou o uso da técnica de delegação de poderes, considerando que, se a lei delegadora ou autorizadora continha alguma forma de linha mestra ou diretriz, a agência ou departamento delegado não estava fazendo novo direito, mas tinha apenas o poder de preencher os detalhes da lei.

Reconhecendo, todavia, que o Poder Executivo estava, de fato, criando um novo campo do direito com o nome oximorônico de direito administrativo, a jurisprudência e a doutrina norte-americana diminuíram a sua importância, considerando-o como um quase-direito. Melhor, então, foi chamar aquilo de política pública do que de direito, apesar de que a infração das normas de direito administrativo pudessem até mesmo levar a responsabilização penal. Em sentido contrário a delegação, houve uma decisão isolada em *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 416-17 (1935) e *Schechter Poultry Co. v. U.S.*, 295 U.S. 495, 534-35 (1935).

5º: A idéia de política pública foi mais atraente do que a de direito porque ela envolve a esperança de que o Estado será mais participatório, não nos moldes tradicionais da democracia direta, que é excluyente e intervalar, mas durante todo o processo de formação das políticas públicas.

A política pública satisfaz a necessidade de eliminar a formalidade do Estado, implícita na vontade de fazer com que o Estado esteja mais próximo do povo. Nos EUA, criou-se, então, um contexto onde os cidadãos tinham brechas na estrutura do Estado para negociar com o poder antes do poder ser exercido, tornando a sua relação com o Estado bas-

tante realista. Assim sendo, o direito ganhou a conotação de formal, enquanto a política pública a de real.

Lowi percebe que a confusão entre o direito e a política pública nos EUA é amplamente aceita, sem grande contestação, pelas mais variadas correntes ideológicas. Ele, todavia, entende que a confusão entre o direito e a política pública, como explicada a partir desses cinco argumentos, é perigosa.⁴²

Trata-se, simultaneamente, de uma objeção e de um apego às formas do direito, que cumprem, para Lowi, a tripla função de contenção do poder, tratamento de igualdade e previsibilidade.⁴³ Ele observa, ainda, que as formas tornam-se mais necessárias na medida em que o Estado amplia as suas funções, tornando-se mais ativo e poderoso e, por essa razão, conclui que as democracias necessitam mais de formas do que outros regimes de governo.

Lowi entende, com isso, que sempre haverá uma saudável separação entre o formal (direito) e o real (política pública) no Estado e que isso, numa democracia, pode ser encarado como uma definição operacional de ilegitimidade. Assim sendo, a política pública - a face informal do Estado, a declaração real das suas ações - deve sempre ter fundamento no e conformação ao direito.

3.4 Aportes para um conceito de política pública no direito brasileiro

A política pública é uma criação do Estado de bem-estar social - para implementar os direitos sociais - expressando, portanto, uma forma de intervenção do Estado. Ainda que se adote como premissa a exaustão do Estado de bem-estar social, é adequado falar em Estado implementador de políticas públicas no Estado social, porque, embora inventadas sob a égide do dirigismo estatal, têm um esquema conceitual que permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, não mais marcado pela subordinação, mas pela coordenação entre as ações privadas e estatais. As políticas públicas ganham um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como o próprio Estado.

No direito ambiental, as políticas públicas tomam geralmente a feição de programas finalísticos, que são adequados às atividades dessa área, com grande difusão dos instrumentos de planejamento.⁴⁴

Ademais, as políticas públicas se situam no contexto de um direito constitucional dirigente e de um direito administrativo regulador, que consistem na utilização do direito público para a implementação e execução de programas econômicos e políticas de desenvolvimento.

Charles-Albert Morand propõe uma correspondência entre a formulação da Constituição dirigente, a partir da obra de Canotilho, e a

idéia de um direito administrativo voltado à concretização, pela administração pública, dos direitos fundamentais, o que se processa através das políticas públicas.⁴⁵

A idéia de Constituição programático-dirigente, cuja atualização deve ser feita pelo legislador com base no reenvio dinâmico, é bastante pertinente à abordagem adotada neste trabalho. Assim como Canotilho trata da cooperação do legislador infraconstitucional na determinação e na conformação material da Constituição, o enfoque das políticas públicas destaca o papel da administração na "determinação e conformação" material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo.

Este talvez seja a principal contribuição das políticas públicas - ao reconsiderar a articulação entre o direito constitucional e o direito administrativo, ou seja, entre Constituição e lei - pode-se fazer dela um catalisador de mecanismos que impulsionem o Estado na implementação dos direito.

As políticas públicas são um "quadro normativo de ação" informados por elementos de poder público, de expertise e que tendem a constituir uma ordem local. Elas de certa forma mostram que o esquema da divisão de poderes - que compreende a sucessão de atos no tempo do Poder Legislativo e do Poder Executivo (governo), que traçam as diretrizes da política, para depois a administração pública executá-la (administração) - é mais ideal que real, correspondendo à organização formal do Estado liberal.⁴⁶

Retomando a perspectiva de política pública de Lowi, as políticas podem ser analisadas essencialmente como uma forma de compreender o direito, ou seja, como instrumentos de ação dos governos: o *government by policies* (governo das políticas) que desenvolve e aprimora o *government by law* (governo das leis).⁴⁷

Assim, a função de governar é o núcleo da idéia de política pública que são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men* (governo dos homens) anterior ao constitucionalismo. Ressalte-se que o termo política do direito (*policy of the law*) é sinônimo de política pública.⁴⁸

Lowi torna bem claro que a noção de política como programa de ação só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. Como assinala Fábio Konder Comparato, as políticas públicas correspondem a uma realidade própria da Revolução Industrial, não sendo tendo sido importantes, ou até mesmo existentes, durante o período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos modernos.

Nesse sentido, Dworkin propõe que se compreenda a política (*policy*), contrapondo-a com a noção de princípio (*principle*), para designar uma espécie de padrão (*standard*) que estabelece uma meta ou objetivo a alcançar, geralmente nos campos econômico, social e políti-

co. Essas metas podem ser negativas, implicando que uma determinada característica deva ser protegida contra uma mudança hostil. O princípio corresponde a um padrão que deve ser observado não por exigência de política, mas de dimensão moral, notadamente justiça e equidade.

Assim, as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.⁴⁹

Compreender essas duas dimensões é importante para superar a concepção da norma geral e abstrata como referência central da atividade administrativa do Estado, introduzindo-se no direito público a noção de política pública como programa de ação.

Deve-se, todavia, retomar a preocupação antes já assinalada por Lowi de descaracterização da lei: a formação da política fazendo uso da lei para não importa que propósito. O sistema das políticas públicas não exclui o sistema das leis que estão em permanente e necessária convivência e diálogo: a realização das políticas públicas deve se dar dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, implicando que passem a ser reconhecidas pelo direito e gerar efeitos jurídicos.

O problema, como adverte Comparato, é desenvolver a análise jurídica de modo a tornar operacional o conceito de política. A política se distinguiria das categorias das normas e atos jurídicos, embora esses elementos sejam parte integrante dela. A noção operacional de política estaria mais próxima do conceito de atividade, conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado, cada um desses sujeitos ao seu regime próprio.

A política pode se exteriorizar por meio de várias formas reconhecidas pelo sistema jurídico: lei, ato administrativo e até mesmo emenda à Constituição. Não há um padrão jurídico uniforme de exteriorização das políticas públicas, o que reflete dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas públicas e sua justiciabilidade.⁵⁰

Num modelo ótimo que preserve os princípios republicanos, mas que também procure se aproximar da realidade com as necessidades de estabilidade econômica e de governabilidade, é relativamente tranqüila a idéia de que a primeira parcela da formação das políticas públicas - as suas grandes linhas - assim como as políticas de longo prazo cabem ao Poder Legislativo. E que a segunda parcela da atividade formuladora e a implementação, bem como as políticas de curto prazo cabem ao Poder Executivo. Ainda dentro da teoria liberal, o Poder Legislativo pode proceder à delegação de poderes, mas as normas mais importantes devem figurar na lei. Neste ponto, perde-se a nitidez da divisão de poderes que aparece num contexto onde o sentido do governo mudou materialmente, de gestão de fatos conjunturais ao planejamento do futuro.⁵¹

Ressalte-se também que as noções de plano e política pública são próximas. Entretanto, como nota Bucci, a política consiste num programa de ação governamental que freqüentemente, mas não necessaria-

mente se exprime no instrumento jurídico do plano que, por sua vez, reveste-se muitas vezes da forma de lei. Em todo o caso, plano e política não se confundem. A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação de agentes públicos e privados. Portanto, na análise das políticas públicas é essencial compreender o regime das finanças públicas.

Outra aproximação existente dá-se entre a formulação da política e a atividade de planejamento que é sempre uma atividade dotada de conteúdo político. O processo histórico que vai da década de 30 até os anos da recuperação econômica do pós-guerra consolidam o planejamento como pressuposto indispensável de todo o programa de ação governamental, idéia que entra até hoje uma correspondência com a realidade.⁵²

Todavia, as políticas públicas, concebidas como forma de implementação do Estado de bem-estar social, não foram assimiladas pelas estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido completamente integradas ao direito. A discussão a época sobre o caráter programático - entendido como sinônimo de não-vinculante - das normas do plano revela essa não integração. Ademais, a planificação não se adapta facilmente a esquema tradicional da norma jurídica "se-então" - ou de aplicação silogística do direito - assentando-se antes num esquema "fim-meio" - ou de aplicação projetada para o futuro. A fundamento do reconhecimento da força normativa dos princípios pode se aplicar também ao reconhecimento das forças normativa das regras do plano, numa visão mais contemporânea.

Bucci propõe, ainda, que as políticas públicas também devam ser analisadas sob o enfoque do processo, porque elas também funcionam como um processo ou conjunto de processos - procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório - para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito, permitindo uma escolha coletiva e racional das prioridades públicas.⁵³

Os EUA têm uma lei federal sobre processo administrativo desde 1946, o *Administrative Procedure Act*, que definiu e sistematizou as formalidades a serem seguidas pelas agências tanto na expedição de regulamentos de caráter geral (*rulemaking*) quanto na tomada de decisões (*adjudication*), sendo que o *rulemaking* acabou tornando-se um *policymaking* (processo de formação das políticas públicas). Percebe-se a importância que o processo das políticas públicas alcançaram nos EUA a partir da constatação de que a participação pública através do processo de *rulemaking* junto com o controle judicial da discricionariedade das agências através da doutrina do *hard look* tornaram-se o cerne do direito e da prática administrativa nos EUA.⁵⁴

O enfoque das políticas públicas como processo de formação do interesse público liga-se essencialmente à questão de discricionariedade

da administração pública, uma vez que o momento essencial da discricionariedade é o da individualização e confrontação dos vários interesses concorrentes. Nos EUA, isso levou a um modelo de administração pública representativo de grupos de interesse (*interest representation model*), incluindo neles os ambientalistas.

Dessa forma, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade, pois requerem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão que desencadeia a ação administrativa. A idéia de discricionariedade há muito deixou de ser sinônimo de insuscetibilidade de controle jurisdicional, todavia o seu núcleo permanecesse sendo um obstáculo à participação dos cidadãos na administração.

Bucci, em resposta, propõe um conceito de processualidade que se abre em três momentos - formação, execução e avaliação - e que levaria à formulação da política como processo e os programas de ação do governo seriam as decisões decorrentes e integrantes desse processo. Trata-se do movimento de procedimentalização das relações entre os poderes públicos, que responde também ao chamado mito da administração neutra e inerte: uma política pode ser viabilizada ou inviabilizada conforme as decisões administrativas que realizem os seus objetivos ou não.

3.5 As políticas públicas ambientais

A consideração sobre os contornos que cercam a noção de políticas públicas para o direito brasileiro, aplicados ao setor material do meio ambiente, é em grande parte uma discussão sobre os contornos da administração pública ambiental - entendida como o conjunto de órgãos, entidades de direito público e privado, e agentes públicos encarregados tanto da proteção do meio ambiente, quando da implementação do direito ambiental - ou seja, a parcela da administração pública incumbida de formular e executar as políticas públicas ambientais.

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a resultados desejados: é essa a conexão das políticas públicas com o direito administrativo. Daí poder-se falar num direito administrativo ambiental e num direito constitucional ambiental.

A partir do referencial que se construiu ao longo deste trabalho, as políticas públicas ambientais podem ser entendidas como o conjunto de atividades através dos quais o Estado pode alcançar determinados fins relacionados ao meio ambiente, concretizando, dessa forma, as normas ambientais.

Obviamente, a simples adição do adjetivo ambiental à locução política pública - pelo qual se passa a falar em política pública ambiental ou política pública de meio ambiente - não é suficiente para explicar os

elementos próprios que as políticas públicas ambientais têm relação à conceito - que se serve de uma compreensão simples e abstrata - de política públicas.

Em outras palavras, o referencial teórico existente em torno das políticas públicas no Brasil - de forma geral e abstrata -, conforme se procurou explicar aqui, não pode ser simplesmente transposto para o setor material do meio ambiente, que com suas particularidades reclama elementos próprios para essas políticas, os quais, todavia, não serão aqui examinados.

Quer-se reafirmar, ao menos, o sentido que essa nova articulação do direito público - constitucional e administrativo - ganhou no direito ambiental, sobretudo a partir da Constituição de 1988, tornando-o, portanto, um campo fértil para as políticas públicas no Brasil.

4 Conclusão

As políticas públicas são uma proposta para o Estado de direito, devem, portanto, operar no marco da legalidade e do controle do poder. Elas têm o sentido de reafirmar as categorias do direito público, ordenando-as em um novo eixo, que coloca ênfase nos fins da atuação do Estado.

Percebe-se que esse movimento em torno das políticas públicas, no Brasil, tem tido um especial desenvolvimento no campo do direito ambiental. A idéia subjacente à noção de políticas públicas é a de dar um contorno positivo à atividade administrativa ambiental, ao lado do já consolidado contorno negativo, que é dado pela antidiscricionariedade. Dessa forma, ter-se-ia um âmbito de ação governamental no meio ambiente, no espaço que medeia entre as proposições legais e a execução das políticas públicas.

Isso aponta para a necessidade de uma análise mais pragmática do direito público, que aproxime o direito administrativo, que é o direito público interno por excelência, da ciência da administração e outras áreas afins. Como se pôde perceber, o direito ambiental parece ser o âmbito jurídico que rearticulou o direito constitucional e ambiental, em torno da noção de política pública,

Ademais, as políticas públicas reconhecem o elemento político na prática do direito administrativo, no processo de definição do interesse público e sua execução. Assim, a atividade do administrador público não é a mera execução das políticas governamentais, mas integra o processo das políticas públicas, ou seja, da tomada de decisões políticas. Além do enfraquecimento da distinção entre a administração e o governo, os cidadãos são chamados a participar mais das atividades do Estado, exercendo um controle sobre suas ações. O agente público, no esquema conceitual das políticas públicas, não age isoladamente, mas juntamente com os cidadãos, que escolhem conscientemente suas metas coletivas.

As políticas públicas priorizam também o controle posterior da atividade administrativa no seu aspecto material. Isso é particularmente importante porque a contenção efetiva da discricionariedade depende de decisões concretas sobre a ação do Estado e um controle material, o que não é dado pela teoria clássica.

Essas conclusões apontam para a necessidade de reconhecer as políticas públicas, dar-lhes forma e impulsionar o seu uso no âmbito do direito público.

Notas

- 1 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-47.
- 2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1995, v. I, p. 49.
- 3 VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *In: Revista Forense*. nº 317. Rio de Janeiro, 1992, p. 29.
- 4 SUNDFEL, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 15.
- 5 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XXXIX.
- 6 DIVER, Colin S. Policymaking paradigms in administrative law. *In: Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, dez. 1981, p. 393.
- 7 BUCCI, 2002, p. 94.
- 8 MAYER, Otto. **Droit Administratif allemande**. Paris: M. Giard & E. Brière, 1903 *apud* BUCCI, 2002, p. 98. O Estado de direito tem uma pluralidade de configurações que alicerçam a juridicidade estatal, nas quais o *Rechtsstaat* (de origem alemã) é apenas uma, ao lado da *Rule of Law* (inglesa) e sua feição *Always under the law* (americana) e o *État legal* (francês). Cf. CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Almedina: Coimbra, 1992, p. 86-91.
- 9 CHEVALLIER, Jacques. **L'état de droit**. Montchrestien: Paris, 1992, p. 13, *apud* BUCCI, 2002, p. 99.
- 10 ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Almedina: Coimbra, 1996, p. 344.
- 11 WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada. Crítica política do funcionalismo e da natureza dos partidos**. Vozes: Petrópolis, 2993, p. 43, *apud* BUCCI, 2002, p. 102.
- 12 PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX. *In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. FGV: Rio de Janeiro, 1998, p. 296.
- 13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 12-13, 21.
- 14 BUCCI, 2002, p. 125.
- 15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Di-reito administrativo**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 1992, p. 74.

- 16 BUCCI, 2002, p. 134.
- 17 "[...] Foi por meio dessa atividade jurisprudencial que se definiu um regime jurídico da contenção do poder político, cuja grande realização, ao longo do século XIX, foi a figura do *excès de pouvoir*. Foi essa atividade que reconfigurou o conteúdo jurídico da noção de discricionariedade, antes muito ampla, quase equivalendo ao exercício arbitrário do poder, mas paulatinamente vinculando-se à idéia de submissão à lei e, mais recentemente, à de motivação e à de proporcionalidade." *Ibid.*, p. 144-145.
- 18 EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *In: Revista de direito administrativo*. nº 56, p. 58, abr./jun. 1959.
- 19 CANOTILHO, 1992, cap. 4.
- 20 EISENMANN, 1959, p. 70.
- 21 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. Malheiros: São Paulo, 1990, p 37.
- 22 BUCCI, 2002, p. 167-171.
- 23 As *Executive Orders* são ordens com força de lei, editadas pelo Presidente, com autorização legal, para a execução ou implementação de uma lei. Elas não requererem aprovação do Congresso para entrar em vigor, mas podem ser por ele sustadas. Elas têm fundamento no Artigo II, Seção 1, da Constituição dos EUA, que dá ao presidente o Poder Executivo, e no Artigo II, Seção 3, que incube ao presidente cuidar da fiel execução das leis.
- 24 BUCCI, 2002, p. 179, 188-201.
- 25 *Ibid.*, p. 203-204
- 26 BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. **Le droit administrative français**. 4. ed. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 1997, p. 7, *apud* BUCCI, 2002, p. 223.
- 27 BRAIBANT; STIRN, 1997, p. 7, *apud* BUCCI, 2002, p. 223.
- 28 *Ibid.*, p. 232.
- 29 BUCCI, 2002, p. 241.
- 30 CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 85.
- 31 "Adotar a concepção de políticas públicas em direito consiste em aceitar um maior grau de interpretação entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política". BUCCI, 2002, p. 242.
- 32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 471.
- 33 LOWI, Theodore J. Law vs. public policy: a critical exploration. *In: POLICY AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS, CORNELL JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY'S FALL 2002 SYMPOSIUM*, outono 2002, Cornell. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. University of Cornell: Cornell, v. 12, nº 3, verão 2003, p. 493-501.
- 34 O Artigo I, Seção 1, estabelece que "[t]odos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Sena-

- do e de uma Câmara de Representantes", ao mesmo tempo em que a Seção 8, após uma lista de competências específicas do Congresso, dispõe que "[o] Congresso terá o poder de elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição". Isso é reforçado pelo Artigo II, Seção 3, da Constituição dos EUA, que prevê que o Presidente "zelará pelo fiel cumprimento das leis".
- 35 HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**, 1881, p. 1, *apud* LOWI, 2003, p. 494.
- 36 HOLMES, 1881, p. 35-36, *apud* LOWI, 2003, p. 497.
- 37 WILSON, WOODROW. The study of administration. In: **Political Science Quarterly**, v. 2, 1887, p. 197-204, *apud* LOWI, 2003, p. 498.
- 38 *Ibid*, p. 220, *apud* LOWI, 2003, p. 498.
- 39 LOWI, 2003, p. 498.
- 40 Usa-se também *policy making*, separando as duas palavras, e *policy-making*, unindo as duas palavras com um hífen. Em todo caso, discorda-se, aqui, encontrada em GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. **Dicionário jurídico inglês-português, português-inglês**. 5. ed. Observador Legal: São Paulo, 2000, p. 599, que optou por "processo de formação da opinião pública", justamente porque o termo política pública, no final do século XIX, mudou de sentido, passando de opinião pública para expressão da vontade do Estado.
- 41 HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and Liberty**, 1973, p. 132.
- 42 LOWI, 2003, p. 500.
- 43 Lowi sustenta a sua colocação com um trexto de TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Democracy in America**, 1840, p. 346: "[...] Men living in democratic ages do not readily comprehend the utility of forms. [...] Forms excite their contempt and often their hatred; as they commonly aspire to none but easy and present gratifications, they rush onwards to the object of their desires, and the slightest delay exasperates them. This same temper [carries] with them into political life".
- 44 MORAND, Charles-Albert. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**. LGDJ: Paris, 1999, p. 113, *apud* BUCCI, 2002, p. 247.
- 45 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 218. "" . BUCCI, 2002, p. 248-249.
- 46 MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **L'analyse des politiques publiques. Montchrestien**: Paris, 1998, p. 16, *apud* BUCCI, 2002, p. 249.
- 47 COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.
- 48 GARNER, Bryan A. (Ed.). **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West, 1999, p. 1245.
- 49 DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Massachusetts, 1978, p. 22 e segs, e 294 e segs.
- 50 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. Não se vai aqui tratar do juízo de validade ou constitucionalidade das políticas públicas. Note-se somente que justiciabilidade existe com base da norma contida no texto do artigo 5º, XXXV, da Constituição; os

modos de exercê-la são vários, alguns mais, outros menos compreensíveis.

51 COMPARATO, 1989, p. 102.

52 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 254.

53 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194-200.

54 STWEART, Richard B. Administrative law in the twenty-first century. *In: New York University Law*. nº 78. may 2003. New York, 2003, p. 444.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 85.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Almedina: Coimbra, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. *In: Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 1992.

DIVER, Colin S. Policymaking paradigms in administrative law. *In: Harvard Law*

Review, Cambridge, Massachusetts, dez. 1981, p. 393.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Massachusetts, 1978.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *In: Revista de direito administrativo*. nº 56, p. 58, abr./jun. 1959.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. Malheiros: São Paulo, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Almedina: Coimbra, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros: São Paulo, 1999

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1995, v. I.

GARNER, Bryan A. (Ed.). **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HADDAD, Paulo Roberto. As limitações das políticas ambientais por comando e

controle. In: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda 21 brasileira: encontro regional - sudeste**. Brasília, DF: nov. 2001, p. 23-31.

HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and Liberty**, 1973.

LOWI, Theodore J. Law vs. public policy: a critical exploration. In: POLICY AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS, CORNELL JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY'S FALL 2002 SYMPOSIUM, outono 2002, Cornell. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. University of Cornell: Cornell, v. 12, nº 3, verão 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

MARGULIS, Sergio. A regulamentação ambiental: instrumentos e implementação. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECOLÓGICA APLICADA. **Textos para discussão**. nº 437. Rio de Janeiro: IPEA, out. 1996, p. 4-6.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988**. São Paulo: Síntese, 1999, p 82-91.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX. In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro, FGV, 1998.

VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. In: **Revista Forense**. nº 317. Rio de Janeiro, 1992.

SUNDFEL, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. Malheiros: São Paulo, 1993.

STWEART, Richard B. Administrative law in the twenty-first century. In: **New York University Law**. nº 78. may 2003. New York, 2003.