

### **3. PLANO MESO-INSTITUCIONAL: ARRANJOS INSTITUCIONAIS COMO ORGANIZAÇÃO SISTEMÁTICA DA POLÍTICA PÚBLICA. A categoria *instituição* e a perspectiva objetiva do governo.**

#### **3.1. Instituições e institucionalismo jurídico.**

Neste trabalho, a noção de instituição é utilizada em duas acepções. A primeira delas, como perspectiva de aproximação para visão dos três planos de análise do fenômeno governamental: macro, micro e meso-institucional. O governo corresponde ao plano macro-institucional. A ação governamental, menor unidade da atividade programada do governo, núcleo de sentido das políticas públicas, ao plano micro-institucional. E entre esses, no plano meso-institucional, os arranjos institucionais, políticas públicas na sua forma exterior, conjunto de elementos, iniciativas e normas que compõem o programa de ação governamental devidamente estruturado.

A segunda acepção, mais estrita, designa exatamente a expressão exterior da política pública: o arranjo institucional. A institucionalidade exhibe o aspecto sistemático das políticas públicas, o nexo de unidade dos vários elementos que compõem o programa de ação governamental. A iniciativa de organizar a ação consubstancia a sua dimensão objetiva, despersonalizada, e ao mesmo tempo define papéis a cada um dos envolvidos na ação, constituindo posições subjetivas jurídicas, isto é, direitos e deveres, estabilizados por força de normas e estruturas jurídicas.

A institucionalização também sintetiza o paradoxo entre mudança e permanência, característico do governo, uma vez que é, simultaneamente, movimento de transformação, combinado com a intenção de dar a ela caráter permanente, consolidado em estruturas e na organização jurídica estatal.

A categoria *instituição* presta-se à conexão entre vários campos do conhecimento que se ocupam das políticas públicas. As instituições são objetos reconhecidos tanto pela ciência política, como pela economia e pela sociologia e,

a partir delas, também pela ciência da gestão pública, o que lhes confere relevo para a composição de totalidades articuladas, aglutinações de elementos que no conjunto adquirem um sentido social específico. Várias teorias utilizam-se dessa figura para o diálogo interdisciplinar, entre elas o neo-institucionalismo histórico (ciência política, história e sociologia), o neo-institucionalismo organizacional (gestão pública, a sociologia das organizações e ciência política) e a escolha pública (ciência política e economia). Entretanto, o trabalho com instituições passa por dificuldades que, em certo sentido, o aproxima dos percalços na análise de políticas públicas; a abrangência de cada uma das noções é muito vasta e suas aplicações, excessivamente heterogêneas, além de ambas carecerem de uma metodologia estruturada.<sup>322</sup>

Dentre as várias acepções do termo *instituição*, é muito difundida na ciência política a proposição de Douglas North, que as definiu, sinteticamente, como “regras do jogo”,<sup>323</sup> referindo-se às regras eleitorais, estrutura dos partidos políticos, relações entre os vários ramos do governo, sindicatos, entre outros elementos que se consideram conformadores do processo político. A relevância das instituições, segundo essa visão, está em permitir a compreensão das decisões coletivas não como mera soma de interesses individuais, mas como resultado de uma forma de integração desses.<sup>324</sup> Os processos de decisão coletiva, tomados como sinônimos das instituições, “não são neutros, mas produzem desvios sobre as preferências individuais singelamente consideradas.”<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> Maria Paula Dallari Bucci. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In *Políticas Públicas. Possibilidades e Limites*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, especialmente pp. 225-260.

<sup>323</sup> Douglas North. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. London : Cambridge University Press, 1990.

<sup>324</sup> “Para colocar esse ponto mais concretamente, consideremos a relação entre os eleitores e as políticas públicas. Se os eleitores pudessem expressar plena e livremente suas opiniões sobre cada política pública, o resultado seria, provavelmente, um caos de opiniões ao invés de um consenso com relação a essas políticas. Os procedimentos políticos [...] impõem limites ao processo político, que permitem as tomadas de decisão, mesmo onde não há equilíbrio natural de preferências.” Ellen Immergut. O núcleo teórico do novo institucionalismo in Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi (orgs.), *Políticas Públicas. Coletânea*, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006, pp. 155-195; a citação refere-se à p. 158.

<sup>325</sup> Immergut, ob. cit. Segundo a autora, essa visão institucionalista, de que o processo altera o resultado da decisão, já estava presente em Rousseau, para quem: “As leis e os costumes moldaram as preferências do homem e institucionalizaram o poder e o privilégio.” A noção de

Outro aspecto apontado pelas teorias institucionalistas é o traço de persistência presente nas instituições, a reprodução de práticas com base em regras sociais, aí compreendidas as organizações formais, os costumes informais e os processos que estruturam as condutas.<sup>326</sup> As instituições seriam fórmulas sociais de “estabilização espontânea”, o que acentua a aptidão historicista do institucionalismo, voltado à captura dos fatores históricos, inclusive jurídicos, que determinam a organização e a permanência desses arranjos, conferindo-lhes estabilidade. No campo jurídico voltado à ação, esse cabedal analítico é útil, na medida em que permite replicar estratégias, na composição de novas instituições.

A compreensão das relações entre os vários institucionalismos é sem dúvida uma via interessante para o estudo das políticas públicas como objetos multi-disciplinares por excelência.<sup>327</sup> Mas optou-se aqui por não explorar esse aspecto. A idéia de instituição como “regra do jogo” é excessivamente simplista para o direito, em que ela tem forte enraizamento, como são exemplos, no âmbito privado, o contrato, a propriedade, os direitos sucessórios e o testamento, o casamento, a personalidade, as obrigações de reparação, entre outras. As instituições jurídicas são arranjos reconhecidos em geral, independentemente de formas diversas no direito positivo; definem-se como sistemas de regras, embora nem todo sistema de regras corresponda a uma instituição. São realidade social perceptível, assim como outras instituições sociais, que com elas não se confundem, tais como as universidades, escolas, hospitais, cortes e Parlamentos,

---

vontade geral, em oposição à soma de vontades dos indivíduos, expressaria a raiz institucionalista desse autor.

<sup>326</sup> *“Institutional factors play two fundamental roles in this model. On the one hand, the organization of policy-making affects the degree of power that any set of actors has over the policy outcomes... On the other hand, organizational position also influences an actor’s definition of his own interests, by establishing his institutional responsibilities and relationship to other actors. In this way, organizational factors affect both the degree of pressure an actor can bring to bear on policy and the likely direction of that pressure.”* Sven Steinmo; Kathleen Thelen e Frank Longstreth. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge University Press, 1992.

<sup>327</sup> Tratei desse tema em Notas para uma metodologia de análise jurídica de políticas públicas, cit.

cabendo às primeiras identidade jurídica, enquanto as últimas apresentam identidade organizacional.<sup>328</sup>

Neste trabalho o propósito é desenvolver a compreensão especificamente jurídica das políticas públicas e neste capítulo, em particular, identificar, a partir da teoria geral do direito, conceitos pertinentes para a compreensão de como as escolhas políticas se traduzem nas formas e processos jurídicos que moldam a política pública. As teorias institucionais do direito, especialmente as de Santi Romano e Maurice Hauriou, foram formuladas no momento de formação do direito público, na Itália e na França, respectivamente, os países que forneceram as matrizes de organização administrativa baseada no do direito administrativo e nessa medida provêm um arcabouço conceitual interessante para a compreensão jurídica das políticas públicas.

**a. O ordenamento jurídico de Santi Romano: objetivação e organização.**

Santi Romano foi um dos fundadores do direito público italiano, discípulo de Vittorio Emanuele Orlando. Foi professor de diversas universidades na Itália, autor de obras de referência em direito constitucional, administrativo, internacional e, na condição de jurista de grande reputação, ocupou o cargo de presidente do Conselho de Estado italiano no período fascista (1928-44).<sup>329</sup> A teoria institucionalista sobre “o conceito de ordenamento jurídico” é reconhecida como uma de suas grandes obras, no campo da teoria geral do direito.

A proposição principal de *L'Ordinamento Giuridico*<sup>330</sup> é a idéia de *objetivação*, por meio do ordenamento jurídico. Pela objetivação, agregam-se e se superam os interesses individuais num plano superior, um conjunto ou complexo de normas que têm unidade e sentido como ordenamento.

---

<sup>328</sup> Neil Mac Cormick. Law as Institutional Fact. In Neil Mac Cormick e Ota Weinberger. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht, Holanda: D. Reidel Publishig Company, 1992, 2a. impressão, pp. 49-76.

<sup>329</sup> Paolo Biscaretti de Ruffia. A contribuição de Santi Romano para a moderna ciência juspublicística italiana. In *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Santi Romano. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, pp. IX-XXVII; Norberto Bobbio. Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano. In *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, pp. 165-186.

<sup>330</sup> Santi Romano. *L'Ordinamento Giuridico*. Firenze: Sansoni, 1962.

A outra idéia-chave, que complementa a primeira e que dá à teoria sua marca para o direito público, é a de *organização*. O ordenamento jurídico é sinônimo de organização e esse é o elemento que confere unidade ao sistema ou organismo e faz com que o todo seja mais que a soma das partes.<sup>331</sup> “[...] o direito, antes de ser norma, antes de dizer respeito a uma simples relação ou uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição dessa mesma sociedade na qual se desenvolve e que ela constitui como unidade, como ente em si.”<sup>332</sup>

As instituições são entes ou corpos sociais, com as seguintes características: a) existência objetiva e concreta, devendo sua individualidade, ainda que imaterial, ser exterior e visível; b) natureza social e não puramente individual; c) “fechamento”, individualidade própria; d) firmeza e permanência, cuja identidade não se perde com a mudança de seus elementos.<sup>333</sup>

O ponto de partida de Santi Romano é a recusa à idéia de que o direito seja redutível à norma. O direito de um país, a Itália ou a França, por exemplo, não é apenas a coleção de normas editadas em cada um deles.

“[...] o direito de que falamos é alguma coisa de mais vivo, de mais animado: é, em primeiro lugar, a complexa e variada organização do Estado italiano ou francês; os numerosos mecanismos ou engrenagens, a ligação de autoridade e força, que produzem, modificam, aplicam, garantem as normas jurídicas, mas não se identificam com essas. Em outros termos, o ordenamento jurídico, em sentido amplo, é uma entidade que se move em parte segundo as normas, mas *principalmente, move, quase como peças num tabuleiro, as próprias normas*, que assim representam antes o objeto e também o meio da sua atividade, e não um elemento da sua estrutura.”<sup>334</sup>

O direito não se reduz às normas, mas compreende também a entidade que põe a norma; essa é a tese fundamental. O poder de estabelecer a norma “é o próprio direito e a norma não é senão a sua voz, ou melhor, uma de suas vozes, um dos modos pelos quais opera e atinge os seus fins”.<sup>335</sup> O ordenamento jurídico, por conseguinte, também não se circunscreve às normas, mas ainda que as contenha, parte sempre de um momento anterior, lógica e materialmente.

---

<sup>331</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 14.

<sup>332</sup> Santi Romano, ob. cit. p. 25-27.

<sup>333</sup> Santi Romano, ob. cit., pp. 35-39.

<sup>334</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 15, grifei.

<sup>335</sup> Santi Romano, ob. cit., pp. 19-20.

“Cada ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa, cada instituição é um ordenamento jurídico.”<sup>336</sup>

A instituição é expressão da *objetividade* do direito, um de seus aspectos formais distintivos, que consagra a despersonalização do poder. Exprimindo a “consciência social objetiva”, estabelece a regra, transcendendo o indivíduo e se constitui numa esfera de unificação de interesses individuais, quando as relações entre os indivíduos enfrentam divergências e restrições.

“O processo de objetivação, que dá origem ao fenômeno jurídico, não se inicia com a emanção de uma regra, mas em um momento anterior: as normas não são senão uma manifestação, uma de suas várias manifestações, um meio com que se faz valer o poder daquele *eu social* de que se fala.”<sup>337</sup>

A objetivação do direito é a propriedade que faz com que o ente criado seja distinto das pessoas que o criaram. O novo ente perdura no tempo, para além das pessoas que o instituíram. As relações jurídicas por ele estabelecidas não se confundem com aquelas firmadas pelos seus instituidores ou integrantes. Objetivação, em suma, é o oposto da dimensão subjetiva do direito, cuja expressão-síntese é a relação jurídica e as posições subjetivas em que essa se desdobra, examinadas no cap. 2.

“Em primeiro lugar, a instituição não se resolve nunca em uma simples relação ou em várias relações jurídicas determinadas. A relação jurídica diz respeito à concepção subjetiva do direito [...] A relação não é, portanto, uma entidade em si, mas uma relação entre diversas entidades, adotada essa palavra em sentido amplo. A instituição, por sua vez, é o direito objetivo, e é o direito objetivo porque é um ente, um corpo social, que tem, no mundo jurídico, uma existência efetiva, concreta, objetiva. Essa implica relações, mas não se resolve nelas, antes é a elas preordenada, no sentido de que consiste naquela organização ou estrutura que é necessária para que as próprias relações, se e quando se desenvolvem na sua órbita, possam ser qualificadas como jurídicas.”<sup>338</sup>

Em resumo, “a instituição é unidade; a relação, jurídica ou não jurídica, postula a pluralidade.”<sup>339</sup>

---

<sup>336</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 27.

<sup>337</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 19.

<sup>338</sup> Santi Romano, ob. cit., pp. 66-67.

<sup>339</sup> Idem, ibidem. A noção de relação jurídica está no cerne da abordagem processualista, examinada no cap. 2.

A objetivação resultaria de um processo de diferenciação, pelo qual o novo ente, instituído com a formação de um ordenamento jurídico, passa a se distinguir das pessoas que o instituíram. E isso se aplica tanto a empresas como ao Estado. No caso das empresas, um dos traços do capitalismo é a autonomização do controle do capital em relação às pessoas dos proprietários e a sociedade anônima é a maior expressão desse fenômeno.

No caso do Estado — a instituição “típica e característica”<sup>340</sup>— o processo de objetivação representa a formação de uma estrutura jurídica permanente, que se descola da pessoa do soberano.<sup>341</sup> A objetivação assegura, ainda, a continuidade da instituição, independentemente das pessoas, no caso do Estado, desvinculando-se das preferências pessoais e irresponsabilidade do monarca. Esse detém apenas uma *posição* no reino, um elemento subjetivo que passa a integrar uma noção agora objetivada, o Estado.<sup>342</sup>

“[...] o Estado é sempre e sobretudo um regime, um ordenamento jurídico, uma instituição da qual o monarca, os súditos, o território, as leis, não são senão elementos. [...] A antiga questão de saber se o rei, em certos Estados, está acima das leis, é muito diferente daquela se ele está acima do Estado. O rei pode considerar-se acima de seus súditos, da sua terra, das leis por ele emanadas e abrogadas: se se quiser usar a terminologia moderna, se pode também dizer que os súditos, terra e leis sejam objeto do seu poder; mas em todos os casos, se trata apenas de elementos do Estado, não do Estado inteiro, no qual se compreende o próprio monarca. Este, em outros termos, não tem um direito de domínio meramente individual, mas um direito que lhe compete como membro soberano do Estado e que portanto implica uma sua posição neste último.”<sup>343</sup>

A institucionalização converte em jurídicas questões antes postas em termos apenas políticos. O fato de se tratar de um poder eventualmente absoluto, num raciocínio em tese, não altera a circunstância de que a objetivação se faz pela separação da esfera pessoal daquela institucional. E essa última se expressa

---

<sup>340</sup> Santi Romano, ob. cit. p. 71.

<sup>341</sup> Na história, esse processo de objetivação se dá antes de tudo com três funções, o fisco, o exército e a justiça, a partir do séc. XVI, segundo Weber, ob. cit., p. 70.

<sup>342</sup> “A própria alienação ou transmissão de um monarca a outro do Estado tem precisamente esse caráter e importa não só a alienação ou transmissão de um direito, mas a perda de um *status* pessoal, a saída do rei do reino e o ingresso nesse de um novo rei.” Santi Romano, ob. cit. p. 71.

<sup>343</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 73.

sempre na forma jurídica, mesmo que se trate de alterar as próprias leis que conformam a instituição.<sup>344</sup> A objetivação é necessária à modernidade.

A identidade entre ordenamento jurídico e instituição é posta em questão quando se trata do Estado, especialmente o Estado em formação. A resposta de Santi Romano demonstra o que vem a ser o processo de objetivação do direito, que “põe as normas”. A formação de um Estado, segundo a visão tradicional, seria um fenômeno do poder; a potestade do Estado seria uma potestade de fato, um atributo pré-jurídico do próprio Estado, o que seria ilustrado com o seguinte raciocínio: “o direito é posto pelo Estado; então o Estado antecede o direito; então aquilo que constitui o Estado antecede o direito.” Ao que refuta Santi Romano:

[...] Estado e ordenamento jurídico estatal não são [...] dois fenômenos diferentes, nem manifestações de um mesmo fenômeno, mas vice-versa são coisas idênticas e, portanto, isso significa que um atributo essencial do Estado, como a sua potestade, não é nunca extra ou pré-jurídico, mas nasce com ele e com o seu ordenamento, que sempre a disciplina e regula. Que esse então seja o poder de por um novo direito, isso não quer dizer que preceda o direito: também essa sua afirmação e manifestação se move na órbita que lhe é permitida por um direito pré-existente, cuja primeira vida é a mesma desse poder.”<sup>345</sup>

Reafirma-se e se reforça, portanto, a correlação entre Estado e direito.

A instituição é uma forma de organização social <sup>346</sup> e também ordenamento jurídico, “uma esfera mais ou menos completa de direito objetivo”. Há uma implicação recíproca entre instituições e direito e essa é a terceira idéia-

---

<sup>344</sup> “Ainda que, em tal ordenamento, se trate de um senhorio que excede em grande medida o que um sujeito tem em face de um objeto de sua potestade, se deduzisse disso que os efeitos do seu exercício podem resolver-se em alterações da estrutura, da organização e das leis do Estado, portanto, na emanação de um novo direito objetivo.” Santi Romano, ob. cit. p. 71.

<sup>345</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 82.

<sup>346</sup> “A organização ou instituição não seria um ente natural, dotado de vida própria, mas um ente que serviria ao atingimento de determinados escopos sociais, que seria pensado ou considerado como sujeito de direito.” São exemplos de entes as corporações e fundações, “conjuntos de meios, materiais ou imateriais, pessoais ou reais, patrimoniais ou de natureza ideal, destinados a servir permanentemente a um fim determinado, em benefício não de pessoas que pertencem à própria instituição, mas de pessoas estranhas, que são os destinatários”. Sentido similar é registrado na criação do instituto público (*Anstalt*) no direito administrativo alemão, descrito por Otto Mayer e Fleiner, em obra de 1913, que não seria uma pessoa jurídica, mas “um conjunto, uma unidade de meios, materiais ou pessoais, que, nas mãos de um sujeito da administração pública, são destinados a servir de uma maneira permanente a um determinado interesse público: o exército, uma escola, um observatório, uma academia, os correios etc.” Santi Romano, ob. cit., pp. 29-30 e 37.

chave, a de que a *objetivação e a organização ocorrem por meio do direito*: “[...] o direito é o princípio vital de cada instituição, aquilo que anima e reúne os vários elementos de que essa resulta, que determina, fixa e conserva a estrutura dos entes materiais. Reciprocamente a instituição é sempre um regime jurídico.”<sup>347</sup>

O caráter jurídico é dado pelo poder social que determina a instituição. A organização, assim, não é apenas uma norma ou complexo de normas; é posição, estruturação de um ente social, mas é principalmente um fenômeno que se verifica pela sua execução. O que revela o caráter sociológico e empirista da formulação institucionalista.

A noção de organização tem especial destaque para o direito público, uma vez que indica o relevo peculiar do direito *não como limite*, mas como *estrutura e função* das tarefas estatais. O Estado é a primeira e a mais importante entre as instituições. É uma instituição complexa, instituição de instituições, e ao mesmo tempo parte de uma instituição mais ampla, a comunidade internacional. Tem como instituições subordinadas, no seu interior, as comunas, as províncias, os órgãos, assim como outras unidades, mais ou menos autônomas, mais ou menos independentes, no que respeita aos meios, mais ou menos perfeitas, tais como os Poderes Legislativo, Judiciário e administrativo, as escolas, academias etc.<sup>348</sup> Em relação ao Estado, “o direito é e não pode deixar de ser o seu princípio de vida, sua estrutura orgânica, sua essência.”<sup>349</sup>

Independentemente das relações jurídicas estabelecidas pelo Estado, o seu caráter institucional é definido não por essas relações, mas pela sua organização, que abriga os componentes subjetivos sob o objetivo.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 46. “O direito não pode ser apenas a norma posta pela organização social, como muitas vezes se diz, mas é a organização social que, entre suas várias manifestações, põe também a norma.” (p. 51)

<sup>348</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 38 e 42.

<sup>349</sup> Santi Romano, ob. cit., pp. 48-49.

<sup>350</sup> “Para alguns outros ramos do direito estatal, nossa doutrina ganha maior evidência. O direito constitucional não se exaure nas normas que regulam as relações do Estado, antes contempla, primeiro que tudo e na sua maior parte, o Estado em si e por si, nos seus elementos, na sua estrutura e na sua função, que como aquela legislativa, não dão lugar a relações singulares e concretas. Esse é o reino em que o ponto de vista do direito como instituição é tão decidido e amplo que esquecê-lo ou negá-lo significa anular, ou quase, todo o direito constitucional. Mas também o direito administrativo, antes de disciplinar as relações que nascem da função administrativa, é o direito que estabelece a organização dos entes que a exercem. Igualmente, o

A teoria institucionalista de Santi Romano permite compreender o mecanismo de tradução do poder político em fenômeno jurídico, com a noção de objetivação, combinando-o com uma visão publicista da organização, que corresponde ao ordenamento jurídico. A teoria romaniana é notável se considerarmos que data de 1918, portanto, antecede a crise de 1929, a segunda guerra mundial e as circunstâncias que acentuaram o desenvolvimento do direito no sentido da intervenção estatal, dos incentivos governamentais e mecanismos jurídico-institucionais que vieram a se consagrar ao longo do séc. XX.<sup>351</sup>

### **b. Hauriou: idéia diretriz e poder organizado.**

Hauriou é contemporâneo de Santi Romano e assim como ele é um dos autores pioneiros do direito público, com obras em direito administrativo, em sociologia do direito e diversos outros temas de relevo no desenvolvimento das bases jurídicas do funcionamento do Estado. A teoria institucionalista de Hauriou, cujos contornos iniciais se apresentavam no seu *Précis de Droit Public*, de 1916, foi publicada de forma autônoma como o ensaio *Teorie de l'Institution e de la Fondation. Essay de Vitalisme Social*<sup>352</sup>, em 1925, mais amplamente difundido.

Santi Romano, que conhecia a versão inicial da teoria de Hauriou,<sup>353</sup> destaca a importância de sua obra, tanto por introduzir no mundo jurídico o conceito de instituição, como por desenvolvê-lo desvinculado da noção de personalidade jurídica, com relevo à “individualidade objetiva” da instituição.<sup>354</sup> Apesar disso, discorda da admissão, pelo francês, da figura da instituição como

---

direito processual, nos seus desenvolvimentos ulteriores, se funda sobre a organização do Poder Judiciário e assim por diante.” Santi Romano, ob. cit., p. 98.

<sup>351</sup> A exposição faz referência à discussão sobre a lei em sentido material, entendendo que a despeito de a norma ser geral e abstrata, isso não impede que a lei — que não se reduz às normas — contenha também certos provimentos especiais (de efeitos concretos). Santi Romano, ob. cit., p. 21.

<sup>352</sup> Maurice Hauriou. *La Teoria de la Institucion y de la Fundacion. (Ensayo de vitalismo social)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, pp. 31-77.

<sup>353</sup> A formulação original de Hauriou, utilizada por Santi Romano, definia a instituição como uma organização social, ou “todo arranjo permanente por meio do qual, no interior de um grupo social determinado, os órgãos que dispõem de um poder de dominação são postos a serviço de objetivos de interesse do grupo, por uma atividade coordenada com aquela do conjunto do grupo.” *Apud* Romano, ob. cit., p. 31.

<sup>354</sup> Santi Romano, ob. cit., p. 32.

fonte de direito. Para Santi Romano, a instituição é o direito, isto é, existe perfeita identidade entre a instituição e o ordenamento jurídico (“cada ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa, cada instituição é um ordenamento jurídico.”)

Apesar das distinções entre as duas teorias, ambas têm pontos de contato evidentes, na composição e nos argumentos, que lhes conferem força explicativa para a compreensão da dimensão institucional do Estado e o papel do direito na sua organização.

A teoria de Hauriou é apresentada num desconcertante ensaio sobre o “vitalismo social.” Na introdução as instituições são apresentadas, “no direito como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real”.<sup>355</sup> Hauriou considera necessário enfrentar a objeção que denomina de “a querela do objetivo e subjetivo”. Esse ponto merece ser aprofundado, por que embora aparentemente distancie a formulação de Hauriou da de Santi Romano, na verdade, conforme análise mais detida, aproxima os dois autores na fundamentação objetivista, predominante para o segundo e complementar para o primeiro, do institucionalismo.

A dicotomia subjetivo/objetivo é apresentada da seguinte maneira:

“Os juristas entendem por direito subjetivo tudo o que, em direito, se mantém pela vontade consciente de sujeitos determinados, como, por exemplo, as situações contratuais e as disposições testamentárias chamadas de última vontade; pelo contrário, entendem por direito objetivo tudo o que, em direito, se mantém sem a ajuda da vontade consciente dos sujeitos determinados e que, dessa maneira, parece manter-se por si mesmo, como, por exemplo, uma regra de direito consuetudinário.”<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> Hauriou, ob. cit., p. 31. No início do texto, Hauriou refere dois obstáculos ao desenvolvimento da visão institucionalista, o primeiro que chama de “querela do contratualismo” e o segundo a querela do subjetivo/objetivo. O primeiro teria sido oposto por Rousseau e a proposição do contrato social, uma vez que, para Rousseau, “as instituições sociais existentes estavam viciadas por haver sido fundadas sobre a força pura e que era mister renová-las mediante o contrato social, mediante livre consentimento.” A ressalva de Hauriou é que Rousseau teria confundido força e poder e que na medida que as instituições resultam no exercício consentido do poder, não se caracteriza a violência, portanto não se sustentaria essa objeção ao argumento em que se funda o pensamento institucionalista.

<sup>356</sup> Não deixa de ser curiosa a “objetividade” de Hauriou, relacionada à idéia de consciência, “assim, o subjetivo se mantém por nossas vontades conscientes e o objetivo, por nossas idéias subconscientes”. Hauriou, ob. cit. p. 32.

O direito, na verdade, seria composto por essa dualidade, em que coexistem elementos subjetivos e objetivos. A radicalização subjetivista de meados do séc. XIX, representada pelas noções de personalidade jurídica e direito subjetivo, teria sido seguida de uma contraposição objetivista. A regra de direito objetivo, expressão, por excelência, dessa última visão, compondo-se do conjunto de leis e regulamentos e a “ordem pública”, no direito francês com a obra de Duguit, que rejeita a idéia de direito subjetivo<sup>357</sup>. Por influência de Durkheim, expressa-se uma concepção de base sociológica, que permite transcender a dimensão individual, “a regra de direito é um produto do meio social, uma regra aceita como obrigatória pela ‘massa das consciências’”.<sup>358</sup> A formulação da teoria da personalidade jurídica do Estado, ponto essencial nos primórdios da teoria jurídica do Estado, como a vontade subjetiva da pessoa Estado, vontades do legislador ou do governante, representa a tentativa de fundir as duas visões.<sup>359</sup>

Os limites do direito objetivo, contudo, segundo Hauriou, são inerentes à sua inaptidão para a criação das inovações sociais. “Esta é uma contra-verdade por demais evidente; o meio social não tem mais que uma força de inércia que se traduz por um poder de intensificação das iniciativas individuais, quando as adota”; “se o meio social fosse dotado de um poder criador, a regra de direito seria um deplorável instrumento de criação, porque o princípio que existe nela é um princípio de limitação. As regras de direito são limites transacionais impostos às pretensões dos poderes individuais e dos poderes das instituições: são regulamentos que se antecipam aos conflitos.”<sup>360</sup>

---

<sup>357</sup> Leon Duguit. *Leçons de Droit Public Général*. Paris: Éditions la Mémoire du Droit, 2000 [obra de 1926], p. 53.

<sup>358</sup> Hauriou, ob. cit., p. 36.

<sup>359</sup> A base da pessoa jurídica é o ordenamento jurídico, a instituição, que, portanto, precede a personalização formal do ente. “Uma instituição assume caráter de pessoa quando essa, ou pelo seu próprio ordenamento ou por um outro ordenamento, mas sempre sobre a base daqueles, se considera como um ente dotado da sua própria vontade, isto é quando a vontade, materialmente manifestada por certos indivíduos, que são elementos em sentido amplo (membros, órgãos, administradores) da instituição, com as formas e para os fins que impõe sua estrutura, é considerada como vontade da própria instituição.” A questão da personalidade jurídica não é relevante nesse ponto. Santi Romano, ob. cit., p. 78.

<sup>360</sup> Hauriou, ob. cit., p. 37.

E a tensão entre objetivismo e subjetivismo é apresentada a partir do problema-limite do surgimento das instituições, de forma análoga ao que faz Santi Romano:

“[...] se é verdade que as regras de direito são, para as instituições, um elemento de conservação e de duração, não se pode concluir disso que seja o agente de sua criação. Nisso reside todo o problema: trata-se de saber onde se encontra, na sociedade, o poder criador; se são as regras de direito que criam as instituições ou se são as instituições que engendram a regra de direito, graças ao poder de governo que contêm.”<sup>361</sup>

A resposta de Romano, como sabemos, é que o mesmo poder criador que engendra as instituições faz nascer o direito; há uma plena identificação entre instituição e ordenamento jurídico. A resposta de Hauriou se apresenta como composição da dualidade, na medida em que “os elementos subjetivos são os que constituem as forças criadoras e, portanto, a ação; os elementos objetivos, a regra de direito, o meio social, a ordem pública, não são senão elementos de reação, de duração, de continuidade”.<sup>362</sup>

“As grandes linhas dessa nova teoria são as seguintes: uma instituição é uma idéia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social: para a realização dessa idéia, se organiza um poder que lhe proporciona os órgãos necessários; de outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos.

[...]

As instituições nascem, vivem e morrem juridicamente; nascem por operações de fundação que lhes fornecem seu fundamento jurídico ao continuar-se; vivem uma vida ao mesmo tempo objetiva e subjetiva, graças a operações jurídicas de governo e de administração repetidas e, ademais, ligadas por procedimentos; por fim, elas morrem por operações jurídicas de dissolução ou abrogação. Deste modo, as instituições representam juridicamente a duração, e sua urdidura sólida se cruza com a trama mais frouxa das relações jurídicas passageiras.”<sup>363</sup>

A despeito dessa composição, Hauriou adota uma categorização dúplice, admitindo as chamadas “instituições-pessoas” e as “instituições-coisas”. As do segundo tipo, entre as quais se define a própria regra de direito, não

---

<sup>361</sup> Hauriou, ob. cit., p. 36.

<sup>362</sup> Hauriou, ob. cit., p. 38.

<sup>363</sup> Hauriou, ob. cit., p. 39-41.

correspondem a um princípio de ação ou empresa, mas, ao contrário, a um princípio de limitação. Seu contorno exato não resta claro, até porque o desenvolvimento que se segue no texto não trata delas, mas pode-se inferir que se trata das estruturas permanentes do Estado. Quanto às primeiras, aproximam-se bastante das instituições definidas por Santi Romano, uma vez que se trata dos “corpos constituídos” (Estados, associações, sindicatos). São elas, as instituições-pessoas ou instituições corporativas, que correspondem à teoria de Hauriou conforme a conhecemos.

Os elementos da teoria institucional de Hauriou são três: “1º) a idéia da obra a realizar em um grupo social; 2º) o poder organizado posto a serviço dessa idéia para sua realização; 3º) as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da idéia e de sua realização.”<sup>364</sup>

A idéia-diretriz talvez seja a marca mais visível da teoria institucionalista de Hauriou e o que, a despeito da objetividade e concretude com que foi descrita, associa essa teoria a uma aura um tanto mística, como se da “idéia”, metafísica e intangível, pudesse evoluir a instituição. Contudo, na locução *idéia-diretriz*, o segundo componente, sinônimo de *plano de ação* e *organização em vista da ação* é tão marcante quanto a componente ideológica; “na idéia-diretriz existe um elemento de *plano de ação* e de *organização em vista da ação*, que supera singularmente a noção de *fim*”<sup>365</sup>. A noção de *fim* vincula-se ao *resultado*, enquanto a organização e o plano de ação referem-se aos *meios* que devem ser empregados para alcançar os resultados.<sup>366</sup>

A idéia-diretriz também não se confunde com a noção de *função*.

“A idéia de Estado sobrepassa singularmente a noção das funções do Estado. A função não é senão a parte já realizada ou, pelo menos, já determinada da empresa; na idéia-diretriz dessa subsiste uma parte indeterminada e virtual que alcança até mais além que a função. A separação dos dois domínios é nítida no Estado; existe o domínio da função, que é o da administração e da marcha determinada dos

---

<sup>364</sup> “[...] para nossas instituições, produz-se um fenômeno de incorporação, quer dizer, de interiorização do elemento poder organizado e do elemento manifestações de comunhão dos membros do grupo, dentro do marco da idéia a realizar e que esta incorporação conduz à personificação.” Hauriou, ob. cit., p. 41.

<sup>365</sup> Hauriou, ob. cit., p. 44, grifei.

<sup>366</sup> Hauriou, ob. cit., p. 42-43.

serviços e existe também o domínio da idéia-diretriz, que é o do governo político, o qual trabalha no indeterminado.

Agora bem: é um fato que o governo político apaixona os cidadãos muito mais que a marcha da administração, de tal maneira que o que há de indeterminado na idéia-diretriz exerce sobre os espíritos uma ação maior que o que está determinado sob a forma de função.”<sup>367</sup>

Depois de rejeitar as aproximações da idéia-diretriz em relação às noções de fim e função, Hauriou aproxima-a da noção de objeto. E com isso, curiosamente, o viés objetivista da figura é realçado, na mesma linha da objetivação de Santi Romano. É pela idéia-diretriz que “a empresa vai objetivar-se e adquirir uma individualidade social”.<sup>368</sup>

Não obstante, o elemento subjetivo, no institucionalismo de Hauriou, convive em posição de equivalência com o objetivo. A idéia da empresa, não no sentido econômico, mas com a significação de “empreendimento” social, para ele, está associada a um componente subjetivo obrigatório: “não existe instituição corporativa sem um grupo de interessados.” “Este grupo pode ser determinado em parte pela constrição exercida pelo poder, mas o ascendente da idéia de obra e o interesse que os membros têm em sua realização desempenha um papel muito importante enquanto explicam o que as adesões têm de voluntárias.”<sup>369</sup> Cada interessado é sujeito da idéia da empresa ou do Estado, tem os riscos e a responsabilidade por seu sucesso. Tem a posição equivalente à de um acionista da “empresa do Estado”, e é justo que adquira, em contrapartida, um direito de controle e participação no seu governo.

O segundo elemento da instituição é o poder de governo organizado. Por esse, a organização opera a transformação do elemento subjetivo — “o poder é uma forma de vontade”— ela “espiritualiza o elemento humano da organização”.<sup>370</sup> A organização do poder de governo se resume em dois princípios: a separação de poderes e o regime representativo. O princípio do

---

<sup>367</sup> Hauriou, ob. cit., p. 43.

<sup>368</sup> Hauriou, ob. cit., p. 44.

<sup>369</sup> Hauriou, ob. cit., p. 46.

<sup>370</sup> Ainda que desperte certa estranheza a expressão “espiritualização”, que é empregada em diversas passagens do texto como aplicação de figuras psicológicas ao corpo estatal, o sentido que vem reiterado é o de abstração do fenômeno institucional em relação à vontade pessoal do instituidor, dos integrantes ou qualquer ente fisicamente existente. Hauriou, p. 47. O paralelo com o organismo humano tem longa tradição na teoria política, podendo-se citar Hobbes, para quem a soberania é a “alma” do Estado.

regime representativo corresponde à necessidade de forjar uma visão comum, que possa ser considerada como do corpo, formalmente distinta e destacada da de cada um dos seus membros. Já a separação de poderes, formulada em termos inteiramente distintos da teoria clássica, corresponde a uma separação de competências; no Estado moderno, “o Poder Executivo tem a competência da decisão executória; o poder deliberativo, a competência da deliberação e o poder eleitoral, a do assentimento.”<sup>371</sup> Essas competências são distribuídas em órgãos, dos quais se destaca o poder do sufrágio, que é exercido pelos eleitores da circunscrição. O fenômeno da supremacia das competências é que transmuda a força, o poder de dominação, em “poder de direito suscetível de criar direito”.<sup>372</sup>

E embora a organização do poder lide muitas vezes com motivações egoístas, alguns fatos demonstram a força da explicação institucional, como por exemplo, a submissão dos chefes militares ao poder civil, nos Estados modernos.

“[...] o poder de governo é uma força de ação espontânea e não somente o chamado ao cumprimento de uma função, já que muito amiúde esta força de ação se rebela contra sua função; logo a história revela o poder de ascendência que possui a idéia de obra a realizar, posto que lenta mas segura e progressivamente, mesmo no Estado, as paixões fogosas dos governantes terminaram por sujeitar-se ao seu serviço [...]”<sup>373</sup>

Essa conformação do poder à organização se sustenta sobre o “espírito público compenetrado na idéia de Estado”, uma mentalidade criada pela ascendência da “idéia de obra a realizar”.

Por fim, o terceiro elemento das instituições é a chamada “manifestação de comunhão”. Hauriou utiliza-se da figura da refração para ilustrar a disseminação de uma idéia (em especial a idéia-diretriz) pelo meio social. “A idéia se refrata em conceitos similares em milhares de consciências.”<sup>374</sup> A força e persistência residem no seu caráter objetivo, isto é, no fato de não se tratar de uma idéia de um indivíduo, mas de uma noção latente no corpo social, que

---

<sup>371</sup> Hauriou, p. 47.

<sup>372</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>373</sup> Hauriou, *ob. cit.*, pp. 48-49.

<sup>374</sup> Hauriou, *ob. cit.*, p. 51.

apenas é “encontrada” por ele. É o caráter objetivo da obra que lhe permite passar a outro espírito sem perder a identidade.<sup>375</sup>

Hauriou questiona a noção de consciência coletiva, conforme sustentada por Durkheim, com base na formação de uma “opinião intermediária” no campo social. Entende ele que, “ao contrário, a refração de uma mesma idéia-diretriz em uma pluralidade de consciências individuais reserva o papel dirigente das mais altas consciências às consequências que devem obter-se pela ação.” O papel das elites não se confundiria com a evolução do meio.<sup>376</sup> Nesse sentido, a posição de Hauriou é próxima daquela formulada posteriormente por Gramsci, que distingue a filosofia do senso comum e atribui ao intelectual orgânico, por meio da filosofia da praxis, a responsabilidade de “elaborar uma filosofia que — tendo já uma difusão ou possibilidade de difusão, pois ligada à vida prática e implícita nela — se torne um senso comum renovado pela coerência e pelo vigor das filosofias individuais.”<sup>377</sup> Essa passagem está relacionada com a idéia gramsciana de inspirar a massa a uma “concepção de vida superior”.

E embora a conclusão de Hauriou reafirme o caráter dúplice do direito, subjetivo e objetivo,<sup>378</sup> sua convicção de que a objetividade das instituições é a contribuição mais importante do institucionalismo (em convergência, finalmente, com o conceito de objetivação de Santi Romano) é textual:

“O erro de Léon Duguit, quando edificou seu sistema de direito objetivo, foi de apostar no direito objetivo, de apostar na regra de direito. O verdadeiro elemento objetivo do sistema jurídico é a instituição; é verdade que ela contém um germe subjetivo que se desenvolve por meio do fenômeno da personificação; mas o elemento objetivo subsiste no *corpus* da instituição e só esse *corpus*,

---

<sup>375</sup> Hauriou, ob. cit., p. 45 e p. 77.

<sup>376</sup> Hauriou, ob. cit., p. 51.

<sup>377</sup> “Autoconsciência significa, histórica e políticamente, criação de uma elite de intelectuais: uma massa humana não se ‘distingue’ e não se torna independente ‘por si’, sem organizar-se (em sentido lato); e não existe organização sem intelectuais, isto é, sem organizadores e dirigentes, sem que o aspecto teórico da ligação teoria-prática se distinga concretamente em um estrato de pessoas ‘especializadas’ na elaboração conceitual e filosófica.” Antonio Gramsci. *Concepção Dialética da História*. 8ª ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1989, p. 21.

<sup>378</sup> “[...] verdade, tão velha quanto o mundo, que os elementos importantes, dentro do sistema jurídico, são os atores jurídicos — os indivíduos, de um lado, e as instituições corporativas de outro — porque eles são pessoas vivas e criadoras, tanto pelas idéias de empresas que representam, quanto por seu poder de realização. No que respeita às regras de direito, não representam senão idéias de limite em lugar de encarnar idéias de empresa e de criação.” Hauriou, p. 76.

com sua idéia diretriz e seu poder organizado, já é muito superior em virtude jurídica à regra de direito. *São as instituições que fazem a regra de direito, não são as regras de direito que fazem as instituições.*<sup>379</sup>

A contribuição de Hauriou, assim como a de Santi Romano, ao mesmo tempo em que fundamentam a disciplina jurídica do Estado não restrita às suas normas, mas vinculada às instituições, indicam os conceitos fundamentais de *organização e poder organizado pelo direito* como as bases para a juridificação do Poder Público do seu tempo. O detalhamento conferido por Hauriou ao aspecto organizacional das instituições, bem como ao movimento de institucionalização, assim como o conceito de objetivação em Santi Romano, associado à noção de ordenamento jurídico, representam uma articulação interessante das noções de poder e direito, abordagem publicista que renova a tradição das instituições, e oferece importantes perspectivas de desenvolvimento da abordagem jurídica das políticas públicas.

### **c. A contribuição das teorias institucionalistas à compreensão jurídica das políticas públicas.**

A despeito da acuidade dos chamados “corifeus” do institucionalismo jurídico, sua elaboração teve influência relativamente modesta, no fornecimento de categorias de estruturação do pensamento jurídico, campo da teoria geral do direito, na comparação com suas homólogas normativistas, em especial o positivismo kelseniano, sendo mais aplicadas no direito administrativo e constitucional.

Os problemas de aplicação prática institucionalismo jurídico decorrem, talvez, de uma certa “fluidez” das instituições, dificilmente redutíveis a elementos puramente objetivos, abrigando, ao contrário, idiosincrasias e vícios consagrados pelo “costume social”. Ele tenderia, por isso, a ser conservador, afastando-se da evolução racional pautada pela busca de generalidade e abstração.

---

<sup>379</sup> Maurice Hauriou. *A Teoria da Instituição e da Fundação. Ensaio de Vitalismo Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 53.

Carl Schmitt examinou os diferentes tipos de pensamento jurídico, demonstrando o lugar do pensamento institucionalista,<sup>380</sup> ou “do ordenamento concreto”, na sua formulação, que se diferenciaria do normativista, na medida em que esse último atuaria na lógica “do conflito”, compondo argumentos, com base nas normas, apenas para justificar a decisão judicial, enquanto o pensamento do ordenamento concreto seria próprio dos tempos de paz, normalidade e estabilidade.<sup>381</sup>

Essa distinção realça uma característica bastante presente na cultura jurídica atual, em que as disputas judiciais têm proporção exacerbada, na formação e na militância profissional jurídicas, se comparado o diminuto peso relativo das questões judicializadas, em face da escala e repercussão social de questões de organização, pré ou extra-judiciais. Santi Romano já registrava esse fenômeno, no início do séc. XX, postulando a superação da “tradição constituída com base na prática do direito privado, de reduzir o direito às regras de decisão, no âmbito do processo judicial.”<sup>382</sup>

O pensamento do ordenamento concreto, para Schmitt, valorizaria a “elaboração espontânea” do direito pelas comunidades, com base em seus “sentimentos” e na “situação estamental concreta”. Em outras palavras, “os

---

<sup>380</sup> Carl Schmitt. Os três tipos de pensamento jurídico. In *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Max Limonad, 2001. Cumpre advertir que nesse texto Schmitt enaltece o “[...]novo conceito de jurista introduzido na Alemanha pelo movimento nacionalsocialista. A integração corporativa dos juristas alemães na Frente do Direito Alemão em um conceito de jurista que suspende e supera o dilaceramento positivista de direito e economia, direito e sociedade, direito e política. [...]”

<sup>381</sup> Além desses, haveria um pensamento de tipo decisionista, cuja marca é a “soberania”, típico dos momentos de caos ou de anarquia, situação que demandaria e justificaria a decisão, conforme descrita por Hobbes, seu expoente máximo, em *Leviathan*. Carl Schmitt. Os três tipos de pensamento jurídico, p. 182.

<sup>382</sup> Santi Romano, ob. cit., p.10. No mesmo sentido, Schmitt: “O tipo decisionista está especialmente difundido entre os juristas, pois o ensino jurídico e uma ciência do direito que serve diretamente a práxis jurídica tendem a ver todas as questões jurídicas apenas sob a perspectiva de um caso de conflito e atuar como meros preparadores da decisão judicial sobre o mesmo. [...] na decisão do caso e na sua ‘fundamentação’ normativista a partir do teor literal de uma normatização escrita. O pensamento jurídico orienta-se dessarte exclusivamente segundo o caso de colisão e de conflito. Ele é dominado pela representação de que um conflito ou uma colisão de interesses, quer dizer, uma desordem concreta somente é superada e ordenada por meio de uma decisão. As normas e regras com as quais a fundamentação da decisão em termos jurídicos se depara, transformam-se dessarte em meros pontos de vista para a decisão de litígios, material de documentação para fundamentações de decisões judiciais. Deste modo a rigor nem existe mais uma ciência sistemática do direito; todo e qualquer argumento de ciência do direito não passa de razão potencial da decisão à espera de um litígio.” Ob. cit., p. 183.

costumes, regularidades e previsibilidades do ordenamento”, essencialmente no plano privado, retomando-se o fio do direito natural.<sup>383</sup> O ordenamento concreto recolheria as concepções de direito, provendo os conceitos que orientam a elaboração e a aplicação das normas.<sup>384</sup> Essa visão, diga-se, também está presente no neo-institucionalismo jurídico mais recente, que considera as instituições como “conceitos-premissas”, entendimentos consolidados que servem como referências na criação da lei e posteriormente, no momento de sua aplicação. Nesse sentido, não são as normas que constituem as instituições, mas ao contrário, as instituições que dão às normas sua força.<sup>385</sup>

Um dos problemas do institucionalismo reside no aspecto fluido das instituições, o que dificulta sua apreensão e sistematização racional. No contraponto com a teoria normativista poder-se-ia identificar formas para diminuir essa lacuna.

A teoria pura do direito, de Kelsen, busca apartar de elementos políticos ou sociológicos aquilo que seria específico no direito, o “direito positivo”. Ainda que pareça chocante que se pudesse cogitar de uma teoria do direito desconectada de seu fundamento axiológico primeiro --- a justiça ---, essa proposição, adotada por Kelsen como ponto de partida, é, evidentemente, um recurso metodológico, no sentido de buscar uma compreensão específica das questões normativas.<sup>386</sup> Apesar de ser talvez o jurista de maior influência na formação de uma concepção técnico-jurídica do direito, reconhecida por seus debatedores, Kelsen é muitas vezes mal compreendido, sem que se lembre que dessa mesma concepção decorreu a criação do mecanismo jurídico do controle concentrado de constitucionalidade, positivado pela primeira vez na Constituição

---

<sup>383</sup> Schmitt, ob. cit., p. 164.

<sup>384</sup> “Todo e qualquer ordenamento, também o ‘ordenamento jurídico’, está vinculado a conceitos normais concretos que não são derivados de normas genéricas, mas geram tais normas a partir do seu próprio ordenamento com vistas a ele./Uma regulamentação legal pressupõe conceitos do normal que tão pouco derivam da regulamentação legal, que, muito pelo contrário, sem eles justamente a normatização se torna inteiramente incompreensível e nem se pode mais falar de uma ‘norma’.” Schmitt, ob. cit., p. 177.

<sup>385</sup> Neil Mac Cormick. *Law as Institutional Fact*, cit., pp. 49-76.

<sup>386</sup> Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, cit.

austríaca de 1920<sup>387</sup> e que está na base da concepção normativa da Constituição, segundo a qual as disposições desta não são meros enunciados políticos, mas prescrições exigíveis perante os tribunais. Isso amplia, na prática, em muito, o controle judicial, em relação ao universo anteriormente restrito ao direito privado. É verdade que à época da criação do controle concentrado já funcionava, havia mais de um século, o controle de constitucionalidade difuso, criação da Suprema Corte americana<sup>388</sup>. No entanto, sem a concepção formalista kelseniana, não se teria o controle propriamente jurídico das “normas políticas”, isto é, as normas constitucionais, que foi o que se generalizou com o constitucionalismo pós-positivista. A consagração dos tribunais constitucionais, na grande maioria das constituições dos movimentos de redemocratização pós segunda guerra, representa de forma emblemática esse fenômeno e é a inovação — normativa, a partir de uma elaboração teórica — que altera, na prática, a ordem jurídica a partir da segunda metade do séc. XX.

Talvez a questão mais relevante a opor o institucionalismo jurídico clássico e o normativismo kelseniano seja o problema das fontes do direito. O institucionalismo rejeita a redutibilidade do Estado às normas, considerando-o “a instituição das instituições, em cujo ordenamento numerosas outras instituições, independentes em si, encontram sua proteção e ordem.”<sup>389</sup> E mantém uma reserva em relação ao direito estatal, que arriscaria “perturbar os equilíbrios e destruir as instituições”.<sup>390</sup> Enquanto Schmitt concorda com Santi Romano quanto à precedência do ordenamento em relação à norma,<sup>391</sup> o positivismo kelseniano adota como premissa a estatalidade do direito, isto é, a correspondência entre direito e Estado.

A ideia de redução do direito ao direito estatal tem outros opositores. A ideia de uma ordem jurídica normativa baseada em um conceito idealizado de

---

<sup>387</sup> “[...] o sistema austríaco, obra pessoal e sem dúvida alguma genial (uma das maiores criações históricas devidas a um só jurista) de Kelsen, sistema surgido pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920, a aperfeiçoado na reforma de 1929.” (p. 56) Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma jurídica*. In *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1985, pp. 39-120.

<sup>388</sup> Cf. item 1.4, acima.

<sup>389</sup> Schmitt, ob. cit., p. 207.

<sup>390</sup> Schmitt, ob. cit., p. 175.

<sup>391</sup> Schmitt, ob. cit., p. 178.

validade, cuja manifestação última é a norma fundamental hipotética, pedra angular do positivismo, é recusada não apenas pela teoria institucionalista, mas também pelo realismo jurídico, representado pela teoria empirista de Alf Ross, que a considera metafísica. Partindo, assim como Schmitt, de uma abordagem tríplice das visões do direito — pensamento analítico (“formalismo metodológico”), de Austin e Kelsen, baseado no sistema de normas positivas; pensamento ético, centrado na idéia de justiça, como critério para a “retidão” de uma norma jurídica, a partir do direito natural; e pensamento centrado na interação do direito e a sociedade, isto é, “o direito tal como se desenvolve realmente na vida da comunidade”<sup>392</sup>—Ross confere relevo a essa última abordagem, que tem muitos pontos em comum com o pensamento institucionalista, a despeito da argumentação própria de cada uma. A teoria empírica baseia-se na apreensão sociológica da realidade, e na asserção de que só se poderia considerar direito o “ordenamento concreto vigente”, assim exemplificado: “o direito de Illinois, da Califórnia etc.”. “Direito vigente significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.”<sup>393</sup>

A centralidade da dimensão fática acentua o aspecto não estatal do direito e é essa a interseção relevante com o pensamento institucionalista. Assim como nesse, a teoria de Ross destaca a possibilidade de aplicação espontânea do direito:

“A maioria das pessoas obedecem ao direito não só por receio da polícia e das sanções sociais extrajurídicas (perda da reputação, da confiança etc.), mas também por acato desinteressado ao direito. O cidadão comum também é animado — num maior ou menor grau — por uma atitude de acato ao direito, à luz do qual os governantes aparecem como “poderes legítimos” ou “autoridades”, as exigências do direito como credoras de acato e a força que é exercida em nome do direito não é considerada como mera violência, *mas sim justificada na qualidade do que respalda o direito*. Quando as regras

---

<sup>392</sup> Alf Ross. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000, § 1. Assim, a distinção schmittiana entre normativismo, ordenamento concreto e decisionismo em Ross não tem o último termo, em lugar do qual aparece o pensamento ético.

<sup>393</sup> Ross, ob. cit., p. 41.

do direito estão bem estabelecidas, essa atitude se torna automática, de sorte que nenhum impulso surge no sentido de contrariar o direito.”<sup>394</sup>

O problema dessa proposição, no entanto, é não conferir relevo à distinção dos conceitos de vigência e efetividade. Isso a torna problemática para aplicação numa ordem jurídica caracterizada por ampla margem de inefetividade, como a do Brasil, o que será comentado mais à frente.<sup>395</sup>

A visão institucionalista contém elementos que a aproximam de uma e de outra abordagens, tanto a formalista como a empírica, e nisso reside o seu interesse.<sup>396</sup> A instituição jurídica leva em conta o fenômeno social que está “por trás” do direito, aquilo que leva à sua produção. Essa consideração da “sociedade real” empresta a densidade social necessária para enfrentar os dilemas próprios de um Estado que aspira à condição de democracia desenvolvida, mas onde não se logrou a efetividade do direito e onde as instituições muitas vezes são meramente “nominais”, o mesmo ocorrendo com o Estado, que, pela ótica institucionalista, é a instituição de instituições.

O diálogo dos vários tipos de pensamento jurídico é rico para a crítica dos processos de criação do direito que se pretendem mais próximos das práticas sociais e, com isso, mais vocacionados a tornar-se planos de organização da vida social, dotados de efetividade. O que se propõe é um novo tratamento para a construção do direito estatal, com forte peso do processo social que lhe dá origem, no sentido do institucionalismo romaniano, “o direito são as normas e o que põe as normas”.

As políticas públicas ocupam esse espaço, canalizando parte das tensões sociais --- que tradicionalmente desaguavam na disputa pelo texto da lei --- para o campo dos ação governamental, que alarga o contexto de formação do direito,

---

<sup>394</sup> Ross, ob. cit., p. 80. “Posto que a obediência é fortalecida pelo costume, toda ordem mantida de fato, incluso aquela que se apóia principalmente na mera força, tende a se transformar numa ordem ideologicamente aprovada. Este é o fenômeno que foi descrito pelo filósofo do direito alemão Georg Jellinek como a ‘força normativa do realmente existente’. Todo poder soberano *de jure* tem como antecessor um poder soberano *de facto*.” Ob. cit., p. 83, grifei.

<sup>395</sup> Item 2.2.f.

<sup>396</sup> Norberto Bobbio faz uma breve alusão à teoria institucional do direito como a designação que à época se dava à teoria sociológica. *L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi* In *Dalla Struttura alla funzione*, cit., 1977, p. 90.

ainda que esse mantenha compulsoriamente, por força do princípio da legalidade, sua posição central naquilo que respeita à ação do Estado. Nessa perspectiva, a “caixa de ferramentas”<sup>397</sup> para a construção das políticas públicas traduz-se num arsenal de categorias jurídicas, teoricamente bem estabelecidas e conscientemente conectadas a aspectos tratados pela economia e pelas demais ciências sociais, se o que se pretende são efeitos sociais duradouros e de interesse público. Os programas de ação governamental --- direito estatal por definição --- devem ser formados e validados, com base na combinação orgânica de práticas sociais virtuosas com categorias jurídicas cultivadas na democracia. Esse seria um caminho realista, que levaria em conta os diferentes estágios de amadurecimento e planos de interlocução existentes em relação a cada um dos diversos temas e problemas enfrentados pelo governo, conforme se definam os arranjos institucionais.

### **3.2. Formação jurídica dos arranjos institucionais, na lógica de um “regime de efeitos”.**

#### **a. Arranjos e modelos institucionais.**

A partir das formulações teóricas apresentadas no tópico anterior, passa-se a considerar o conceito de instituição como qualificativo para os arranjos institucionais que consubstanciam as políticas públicas.

*Instituição e institucionalizar* não são sinônimos, mas termos correlatos. As políticas públicas não são entes ou corpos, mas materializam-se em arranjos de normas, decisões e medidas, correspondendo mais à figura das “tramas”, envolvendo competências públicas e interesses individuais e coletivos, em função de um objetivo comum. Daí a necessidade de certas mediações, para aplicar a teoria das instituições às políticas públicas. Os arranjos institucionais que materializam as políticas públicas apresentam um caráter sistemático que justifica que, embora “sem corpo”, a eles se apliquem, pelo menos em parte, os atributos próprios das instituições. Há uma diferença de intensidade; a

---

<sup>397</sup> A expressão é utilizada por Jean- Claude Thoenig. *L'analyse des politiques publiques*. In *Traité de Science Politique* (Madeleine Grawitz e Jean Leca, coords.). Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 3.

agregação nos arranjos institucionais não tem o mesmo caráter e permanência daquele que organiza os elementos nas instituições.

A *institucionalização* é a objetivação e a organização, por meio da ordenação jurídica. É o que mantém a agregação, a força que impede a dispersão dos elementos e permite a caracterização desses como componentes de um arranjo funcional, a despeito de suas naturezas distintas. O adjetivo *institucional* refere-se ao conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que o tornam um objeto definido, distinto do ambiente que o cerca, a partir de uma certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que produz a reiteração de determinados comportamentos.

Pode-se definir o termo *institucionalizar*, no sentido da ação governamental, como a iniciativa de estabelecer um determinado padrão de organização — permanente e impessoal, formalmente desvinculado da pessoa do governante ou gestor que desencadeia a ação —, que atua como fator de unidade de vários centros de competência em articulação, visando a composição de distintos interesses, meios e temporalidades, em função da idéia-diretriz. Institucionalizar, a partir da teoria de Santi Romano, é objetivar, isto é, constituir uma instância, um feixe de ações organizadas, que se descola da pessoa que o instituiu e passa a ter vida própria. Além disso, é ordenar, organizar segundo determinada combinação de conceitos e diretrizes racionais. A estruturação da ação é dada pelo direito, em determinado arranjo de disposições, regras e procedimentos previsíveis e definição de autoridades, com os poderes devidos, para o exercício das funções do Poder Público, destinadas à estabilidade, permanência e previsibilidade.

A institucionalização pode ser caracterizada basicamente pelos seguintes traços: a) objetivação, descolamento em relação ao governante ou gestor que institui o programa; b) um padrão de organização; c) a juridificação desse padrão organizativo, baseada na formalização e nos elementos jurídicos que o definem, que distribui posições e situações jurídicas subjetivas dos diversos atores — deveres, proibições, autorizações e permissões—, cujo exercício movimenta o programa de ação e lhe confere vida concreta; d) uma idéia-diretriz, isto é, um

princípio referencial, que orienta todos os atores e atos envolvidos naquele arranjo, associado ao plano de ação.

*Arranjo institucional* é locução que conota o agregado de disposições, medidas e iniciativas em torno da ação governamental, em sua expressão exterior, com um sentido sistemático. É utilizada em substituição à expressão vaga “*outcomes* dos processos políticos”.<sup>398</sup> Como a exteriorização de uma política pública é muito diversa e variável, a noção de arranjo, menos comprometida com um aspecto formal determinado, é mais adequada à descrição do fenômeno, dado que qualquer política pública é necessariamente a composição de um conjunto de elementos, normas, órgãos, valores, interesses, orientado à implementação de uma mudança estratégica. O arranjo institucional de uma política compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora (com o perdão da tautologia), da qual conste o quadro geral de organização da atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, as decisões previstas para a concretização da política, além do balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, tanto os protagonistas da política quanto os seus destinatários ou pessoas e entes por ela afetados, como empresas e consumidores, por exemplo.

O arranjo institucional comporta uma análise específica, seus componentes podendo indicar maior ou menor aptidão para os resultados, considerado um conjunto de variáveis, a partir dos elementos que compõem o modelo. Como quadro sistemático de ação, o arranjo institucional permite considerar tanto a dimensão objetiva, isto é, o conjunto organizado, como a

---

<sup>398</sup> O sentido aqui utilizado não coincide com algumas formulações na ciência política, que associam a idéia de *arranjo* à provisoriedade da situação, como é o caso de Dahl: “o que é necessário para que um país seja democraticamente governado? No mínimo, ele terá de ter determinados arranjos, práticas ou instituições políticas que estariam muito distantes (senão infinitamente distantes) de corresponder aos critérios democráticos ideais./ *Arranjos* políticos podem ser considerados algo muito provisório, que seriam razoáveis em um país que acaba de sair de um governo não-democrático. Costumamos pensar que *práticas* são mais habituais e, assim, mais duráveis. Em geral, pensamos que as instituições estão estabelecidas há muito tempo, passadas de geração a geração. Quando um país passa de um governo não-democrático para um governo democrático, os arranjos democráticos iniciais aos poucos se tornam práticas e, em seu devido tempo, tornam-se instituições. Por úteis que pareçam essas distinções, para nossos objetivos será mais conveniente preferirmos *instituições*, deixando as outras de lado.” Robert Dahl. ob. cit., p. 98. O que falta a essas definições é justamente a consideração do elemento jurídico, pois é ele, e não o transcurso do tempo, que produz modificação no estado de determinada combinação de práticas, no sentido de sua permanência.

dimensão subjetiva, ou seja, cada uma das posições de indivíduos ou grupos envolvidos na política pública. Nesse último caso, o interesse subjacente a essas posições também pode ser analisado em cada processo, conforme descrito no cap. 2.

*Modelo institucional* significa um determinado padrão de arranjo institucional, passível de aplicação e replicação em contextos semelhantes. Pode-se utilizar o modelo<sup>399</sup> no sentido de replicar, em escala ampla, um padrão de arranjo institucional, para determinado fim.

O modelo institucional, como tipo-ideal, contém o roteiro de ação, seus valores orientadores, suas referências históricas, seus compromissos ideológicos. Quanto mais esses componentes forem conscientemente percebidos e apropriados pelos atores sociais envolvidos na formulação e implementação das políticas públicas, mais se estará diante de um quadro racional, em que os vetores da política são fielmente traduzidos em medidas técnicas e jurídicas de execução. Os modelos institucionais conferem unidade à ação governamental, em complemento ou em substituição, em determinadas circunstâncias, à atividade de planejamento centralizada.

Podemos aplicar ao substantivo *modelo* o qualificativo *institucional* nas duas acepções de Hauriou, instituições-pessoas ou instituições-coisas. O primeiro tipo corresponderia às políticas públicas como programas de ação, para a obtenção de resultados e realização de metas em quantidade e prazo definidos (plano de ação). O segundo tipo, que Hauriou associa à regra de direito, corresponderia à legislação estruturante, não diretamente vinculada a plano de ação, como é o caso dos códigos jurídicos, por exemplo. A técnica do modelo poderia ser (e é) aplicada nas duas situações, mas neste estudo será examinada sempre com foco no primeiro caso.

Os modelos são usados na realidade dos países desenvolvidos com duas formas de aplicação que importa considerar. Uma delas é a das diretivas, aplicadas no contexto da União Européia em relação a uma série infindável de

---

<sup>399</sup> Francisco G.Heidemann e José Francisco Salm (orgs.). *Políticas Públicas. Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 2a. ed., Brasília: Ed. UnB, 2010, caps. 3 e 4.

temas que era conveniente ou necessário disciplinar de modo, se não uniforme, pelo menos convergente. Além dos temas iniciais, a união aduaneira e a circulação de pessoas, ainda no âmbito do Mercado Comum Europeu, posteriormente outros aspectos passaram a ser de interesse enfrentar pelos vários países de maneira convergente e às vezes padronizada. É o que acontece, por exemplo, quando a circulação de pessoas passa a envolver o intercâmbio de profissionais qualificados e a certificação, em termos de formação acadêmica, precisa ser traduzida, não apenas no plano linguístico, mas em relação à certificação de competências. As rudimentares tabelas de equivalência entre os diplomas e graus dos diversos países passa a dar lugar a um processo formal de convergência, voluntário, da organização dos estudos e da documentação da formação dos estudantes.<sup>400</sup> O próprio processo de busca de convergência é modelizado, de tal maneira que em prazo determinado certas etapas são percorridas e o conjunto dos países envolvidos as supera simultaneamente.

A “modelização” ou adoção de modelos de convergência é empregada em inúmeros campos, por meio das diretivas, cuja premissa é a pactuação de um formato determinado para a disciplina da matéria definida. Assim, passam a ser objeto de deliberação, segundo disciplina jurídica voltada à obtenção do consenso, os parâmetros para o conteúdo pretendido, os prazos, com a consideração dos recursos envolvidos, sejam humanos, materiais ou financeiros.

A outra experiência de ação modelizada é aquela emanada de alguns organismos internacionais na execução de programas-padrão.<sup>401</sup> O exemplo mais dramático é o dos programas de privatização dos anos 1990, adotados segundo

---

<sup>400</sup>Esse é um dos aspectos do chamado Processo de Bologna, pelo qual, a partir de 1999, os países participantes, em caráter voluntário, buscaram estabelecer parâmetros comuns para certificação da formação, com a adoção dos sistema de unidade de transferência de créditos (ECTS), de forma a viabilizar a intensificação da circulação de estudantes no contexto europeu e o aproveitamento de créditos nas várias fases da vida acadêmica, para a superação dos problemas formais do reconhecimento de estudos. Jeroen Huisman. *The Bologna Process towards 2020: institutional diversification or convergence?* In *The European Higher Education Area: Perspectives on a Moving Target*. Barbara M.Kehm, Jeroen Huisman, Bjorn Stensaker (eds.). Rotterdam: Sense Publishers, 2009, pp. 245-262; Dirk Van Damme. *The search for transparency: convergence and diversity in the Bologna Process*. In pp. 39-56. In *Mapping the Higher Education Landscape. Towards a European Classification of Higher Education*. Frans van Vught (ed.). The Netherlands: Springer, 2009.

<sup>401</sup> Gilberto Marcos Antonio Rodrigues. *A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais*. In *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (org.) São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 193-216.

um “receituário” que o foi não apenas nominalmente, mas na essência, proposto e aplicado segundo esse espírito, como condicionante para a obtenção de financiamento internacional. Trata-se de um caso em que a formação do direito resulta de adesão, em grande medida não voluntária, a padrões definidos de maneira heterônoma. Há outros exemplos, como o das Metas do Milênio, ilustrativos de que a técnica dos modelos pode ser adotada como fator de aceleração do desenvolvimento de certas áreas, por meio do estabelecimento das normas e documentos jurídicos básicos e convergentes para a conquista de objetivos de interesse geral. A distinção entre a uniformidade e a convergência, evidentemente, adquire relevância, especialmente se considerado o espaço de atuação conferido à autonomia dos verdadeiros interessados. No âmbito europeu, a ramificação técnica dessa discussão resultou no desenvolvimento da área da inteligência artificial aplicada ao direito, que lida com a criação de taxonomias, isto é, a categorização de determinados campos, com base na representação do conhecimento aceita como comum.<sup>402</sup>

Finalmente, existe uma terceira recorrência da idéia de modelo institucional, talvez os mais difundidos na prática jurídica, pelos quais um determinado padrão de organização tende a servir de inspiração para propósitos análogos, por um mecanismo informal de emulação, sem um crivo racional de comparação muito apurado. A discussão sobre possível adoção dos “sistemas únicos” no Brasil, no campo dos direitos sociais, por inspiração do Sistema Único de Saúde, é um exemplo dessa prática informal.<sup>403</sup>

As expressões *modelagem* ou *desenho institucional* geralmente são utilizadas significando a atividade de composição de um arranjo determinado, com a manipulação consciente de cada um de seus elementos, tendo por base uma funcionalidade previsível.

---

<sup>402</sup> Danièle Bourcier, Patricia Hasset e Christophe Roquilly. *Droit et Intelligence artificielle. Une Révolution de la Connaissance Juridique*. Paris: Romillat, 2000. Esse tema é referido no cap. 4.

<sup>403</sup> Assim foi criado o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e se discute a criação de um sistema único de segurança pública (“SUSP”). Também se cogita de um “sistema único de educação”. Todos esses “sistemas únicos” visariam enfrentar precipuamente o problema generalizado da desarticulação federativa, particularmente acentuado em matéria de direitos sociais e seus respectivos recursos humanos.

Existem diferentes tipos, modelos, desenhos e também graus de institucionalização. A distinção entre “políticas de Estado e políticas de governo” pode ser compreendida por esse prisma. O arranjo institucional, pode-se dizer, nasce “política de governo” e aspira ser “política de Estado”.<sup>404</sup> Ele assumirá essa condição a depender de dois fatores: a institucionalização e a legitimação política. A institucionalização é o fator relacionado aos dispositivos jurídico-institucionais — a lei, as normas de atribuição de competência etc. — que dão corpo à política, conferindo permanência a determinada orientação no ordenamento jurídico, pelo menos até que essa venha a ser modificada, mediante procedimento de idêntica natureza, em regra por iniciativa de outro grupo político que assuma o governo. O outro fator que indica tratar-se de política “de Estado” é o da legitimação política, que funciona como impeditivo à reversão de determinada orientação de governo, mesmo quando há troca de grupo político nas eleições, nas situações em que os efeitos sociais e econômicos são reconhecidos pela generalidade da população como de interesse coletivo e passam a ser merecedores de sustentação pela opinião pública. O “estadista” distingue-se do mero “governante” pela alçada de sua atuação, descortinando visões e diretrizes que perduram por prazo longo, transcendendo o horizonte do seu tempo político presente, ou pelo menos de sua gestão governamental.

A “morte” de uma política dita de Estado, na sucessão de governos, pelo esvaziamento de meios ou pelo deslocamento de competências, não necessariamente descaracteriza aquela política como “de Estado”; pode revelar apenas o seu baixo grau de institucionalização. Considerando a imprescindível dimensão jurídica, pode-se afirmar que as políticas “de governo” estruturadas e institucionalizadas — o que, evidentemente, depende da natureza do processo político que logrou produzir consenso não apenas sobre os fins da política, mas também sobre os meios e o processo de implementação — alcançarão ser políticas “de Estado”.

Mesmo as políticas temporárias, especialmente relevantes nos países em desenvolvimento, como iniciativas de equalização social, que se devem esgotar

---

<sup>404</sup> Referi a distinção em O conceito de política pública em direito, cit., pp. 18-20.

no momento em que o conjunto da população atinge determinado patamar de fruição de direitos e benefícios sociais, não caracterizam, por isso, políticas de governo, mas inserem-se, como as demais, na categoria das políticas de Estado, uma vez que seu fundamento transcende a base política do grupo no exercício do poder. Em vista desse paradoxo, mais esclarecedora que a dicotomia políticas de Estado ou de governo parece ser a distinção entre políticas “estruturantes”, cuja vocação de permanência é de maior duração, em virtude de seu caráter diretivo sobre outras políticas, e políticas “contingentes”. Mas a recíproca pode não ser verdadeira. Há políticas que nascem estruturantes e nesse sentido, supra-partidárias, sem atrelamento especial com o grupo político no exercício do governo. É o caso de medidas permanentes relacionadas ao fortalecimento de estruturas estatais, como a justiça, a educação e assim por diante.<sup>405</sup>

### **b. Formação do direito na base da política pública**

No campo das políticas públicas, o que faz das instituições objeto de interesse é o seu papel na formação do direito, ou o que alguns denominam “política jurídica”<sup>406</sup>.

Esse é um tema que se consagrou, no normativismo, especialmente a partir da obra de Kelsen, pelo aspecto negativo, uma vez que, em nome da cientificidade e do progresso do universo jurídico, buscou-se a estruturação do conhecimento jurídico como técnica social específica, baseada em postulados e método próprios, independentes de apreciações ou juízos de cunho político. Com isso, proscreeu-se o estudo das conexões do direito com a política.

“[...] desde o começo foi o meu intento elevar a Jurisprudência, que — aberta ou veladamente — se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.

---

<sup>405</sup> Paulo Roberto de Almeida. Sobre políticas de governo e políticas de Estado: distinções necessárias. <http://www.imil.org.br/artigos/13.08.2009>. Acesso em 17.06.2011.

<sup>406</sup> Não por acaso, um dos que utiliza essa expressão é Maurice Hauriou. *Politica giuridica e materia del diritto*. In Maurice Hauriou. *Teoria dell'Istituzione e della Fondazione*. Widar Cesarini Sforza (org.). Milano: Giuffrè, 1967, pp. 119-169. Também Alf Ross, ob. cit.

A luta não se trava na verdade — como as aparências sugerem — pela posição da Jurisprudência dentro da ciência e pelas consequências que daí resultam, mas pela reação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe.”<sup>407</sup>

Quando o olhar do jurista se desloca do fenômeno do direito posto, em que foi enclausurado pelo positivismo, em seu esforço de desprender aquilo que considerava o aspecto intrinsecamente jurídico do direito — as normas— das questões políticas, sociais, além da moral e a própria justiça, e pretende se ocupar do processo de criação e formação do direito, percebe que são pobres as categorias próprias tanto para análise como para a construção das normas e arranjos institucionais, especialmente no campo da teoria geral do direito, que auxiliem a compreensão sobre como se dá o encontro entre o direito e a política no processo de elaboração das normas, legislativas, administrativas e até mesmo judiciais ou quase judiciais, como é o caso das decisões das cortes de contas, entre outras.

A teoria institucionalista permite considerar, na linha da proposição de Santi Romano, que as instituições são “as normas e o que põe as normas”, o fenômeno que antecede a formalização do direito, quando se materializa o direito posto.<sup>408</sup> Nesse sentido, a visão institucionalista, indissociavelmente historicista e organizacionista, tem grande poder explicativo em relação aos processos que levam à formação do direito.

Na União Européia, o aumento e multiplicação de normas se intensificou, gerando uma “crise das fontes” do direito, em que as questões da sociedade passam a demandar tratamento jurídico e esse, por sua vez, emerge não necessariamente do corpo estatal, mas surge nos diversos contextos e espaços de relações sociais.

---

<sup>407</sup> Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997 [obra de 1934], *Prefácio à 1a. edição*, p. XI.

<sup>408</sup> Uma das divergências entre Hauriou e Santi Romano é o problema das fontes do direito. Para o primeiro, a instituição é fonte do direito; para o segundo, é o próprio direito. Santi Romano defendia o pluralismo jurídico.

“[...] hoje não se pode deixar de reconhecer um papel determinante à própria praxis, praxis de homens de negócios e dos seus consultores jurídicos. São os canais privados da assim chamada globalização jurídica, que correm seguros ao lado dos canais oficiais e que se apresentam, na plasticidade de suas invenções, como uma fértil oficina de instrumentos indispensáveis ao capitalismo maduro que estamos vivendo (invenções não previstas, na maioria das vezes, nem pelos legisladores nacionais, nem pelos supranacionais).

O primeiro diagnóstico provisório que o historiador pode expressar é de que estamos perante a reapropriação do direito por parte da sociedade: a sociedade é um corpo vivo, em crescimento, e não pode tolerar o fato de levar nas costas uma pele antiga que para ela se resume em uma constrição. Este pluralismo jurídico significa a recuperação de um papel autenticamente ordenante do direito. Não são mais as centrais do poder político a, de modo prevalente, modelá-lo segundo os próprios desenhos, mas são as instâncias emergentes — que emergem de baixo — que pedem soluções técnicas.”<sup>409</sup>

A institucionalização da União Européia não se faz sem crise. A crise da estatalidade, posto que a implementação da instância supranacional — melhor seria dizer no plural, das instâncias supranacionais, uma vez que a “Europa de Bruxelas” se traduz numa diversidade de estruturas e instâncias administrativas, em que o poder técnico e político se distribuem e a descentralização emerge como fenômeno — tem um significado histórico e institucional determinado.

Se esse modelo desperta uma percepção renovada da relação entre a produção do direito e sua base social, no plano da ação, no entanto, não serve de paradigma para o Brasil, em que o contexto é, de certa maneira, oposto, associado a maior centralidade e protagonismo do Estado na condução ao desenvolvimento. O problema reside em como fazê-lo no cenário da democracia, a partir da agregação das forças sociais vivas.<sup>410</sup> O reconhecimento de que há um espaço de criação do direito na sociedade, que, se bem apreendido e adequadamente formalizado, leva à evolução social, está presente na percepção de que a atuação estatal não ocorre de maneira centralizada e monolítica, mas fragmentadamente e em camadas. O pluralismo sugerido por um governo de políticas públicas visa responder, não como alternativa, mas como caminho de

---

<sup>409</sup> Paolo Grossi. Introdução à edição brasileira de *L'Ordinamento Giuridico*. In *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 26.

<sup>410</sup> Konrad Hesse. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

viabilidade, pelo enfrentamento, a fragmentação do Estado, tanto política como administrativa. As políticas públicas, como arranjos institucionalizados, são maneiras de viabilizar a participação da sociedade no governo, além da organização do próprio governo, democratizando as ações e processos governamentais, em compasso com o processo político em sentido estrito.

No direito público, a identidade, pelo menos parcial, de objeto com a sociologia e a política, faz necessário sempre um esclarecimento preliminar de escopo. No surgimento da teoria do Estado, como disciplina, isso foi necessário, assim como ocorreu com o direito administrativo e posteriormente com o direito econômico. A especificidade jurídica desses campos está no seu caráter normativo, que é, paradoxalmente, a despeito de experiências malsucedidas de positivismo exacerbado (em geral a serviço de governos autoritários, para quem a autoridade da norma posta, independentemente das circunstâncias do processo de positivação e da legitimidade desse, esgotava o fenômeno do direito), o instrumento precípua de transformação social pela via jurídica. Reduzido à observação sociológica, o direito abriria mão dos instrumentos que o dever ser, investido em normas, lhe confere para influir sobre as relações sociais e alterar o curso daquelas que produzem pobreza, iniquidades e injustiça. O Estado deixaria de ter sentido como unidade organizada de decisão e ação.<sup>411</sup>

“[...] a Teoria do Estado, como parte das ciências jurídicas, está destinada à questão do “dever ser” e assim impedida de se conservar somente com a questão do “ser”. Essa afirmação se justifica simplesmente pela qualificação das tarefas do direito que está no fato de o direito ter que regular o convívio entre as pessoas, não podendo se limitar à mera contemplação. O direito possui um compromisso de formação [...]. O ordenamento jurídico deve possibilitar o convívio, mesmo que, como demonstrado, somente a partir da determinação valorativa e voluntária, não propriamente jurídica, dos objetivos do Estado que estão ao seu serviço. Destarte, é o caráter dinâmico da ciência jurídica que a diferencia da fenomenologia da sociologia política.”<sup>412</sup>

Essa é a razão que justifica que um país como o Brasil, cuja realidade social é mais próxima da Índia e da China, siga se inspirando na teoria jurídica européia e norte-americana para a busca de modelos jurídicos de ordenação, em

---

<sup>411</sup> Heller, ob. cit., p. 273, ou, conforme a referência de Doehring, como "unidade orgânica de decisão e produtora de efeitos". (p. 16)

<sup>412</sup> Karl Doehring. *Teoria do Estado*, cit., p. 15.

vista do grau de refinamento teórico que tais sistemas alcançaram, desenvolvido e experimentado em instituições em geral também relativamente evoluídas, do ponto de vista de seu regramento e da participação democrática. Mas a observação sociológica da realidade há de incidir, no caso dos países em desenvolvimento, sobre os problemas jurídicos peculiares, de modo a detectar desafios específicos e forjar soluções originais.<sup>413</sup> Um problema peculiar entre nós, talvez o primeiro deles, é o da inefetividade das normas, como parte de um modo próprio de formação do direito, que enfraquece iniciativas de transformação das estruturas desiguais da sociedade.

### **c. Organização. Articulação e caráter sistemático.**

Considerando o princípio da legalidade administrativa, todo programa de ação governamental se estrutura sobre uma base legal. Ainda que a fonte de habilitação não seja imediatamente a lei — muitas vezes é norma de hierarquia inferior, decreto, portaria, resolução ou até mesmo disposição da legislação orçamentária, que trate da alocação de recursos, ou outra disposição, que discipline a utilização dos meios públicos ou atribuições da burocracia— tais normas, evidentemente, deverão estar fundadas em disposição legal. Isso não quer dizer, no entanto — e aqui a construção institucionalista tem toda pertinência— que o programa surja com a edição da norma. O “ordenamento jurídico” do programa de ação, diriam os institucionalistas clássicos, não nasce com a norma, mas é ele que põe a norma. Em outras palavras, o amadurecimento político dos contornos da ação é que desencadeia a sua formalização institucional, quando então a norma passa a lhe conferir existência oficial.

Pode ocorrer --- e frequentemente ocorre --- a criação de programas por expansão ou desdobramento de outros existentes, ou ainda por adaptação de ações em prática, ao abrigo de disposição normativa mais geral. Desenvolvem-se, assim, programas de ação de forma incremental, de modo que experiências iniciais, geralmente normatizadas de forma singela, em atos do âmbito interno de estruturas administrativas, tais como ministérios, após uma fase de experiência e

---

<sup>413</sup> No mesmo sentido, entre outros, Mario Gomes Schapiro. *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

aprovação, acabam alargando seu âmbito de aplicação e se fortalecendo, no que diz respeito aos recursos, o que resulta em reformulações, sob normas administrativas de hierarquia superior, tais como decretos, ou mesmo convertidas em programas regidos por lei ou até emendas constitucionais.<sup>414</sup>

O efeito dessa modificação é o aumento de sua densidade institucional, considerando que a consagração do programa em lei significa atribuir à ação vocação de permanência, e portanto maior objetivação, deixando a aplicação dessa de depender da vontade dos ocupantes do Poder Executivo responsáveis pela formulação da política pública. Com isso amplia-se, pelo menos em tese, a condição de continuidade da execução dos programas, em reação a um dos grandes problemas das democracias pouco maduras, a descontinuidade administrativa.

Os programas de ação iniciados por diferentes governos não se materializam sobre uma “tabula rasa” institucional. O cenário mais típico é o da existência de “camadas de estruturas”,<sup>415</sup> isto é, órgãos, competências, corpos burocráticos criados para determinado programa, num governo, que terminam esvaziados com as sucessões políticas e ali permanecem. Cada novo programa arranja, de maneira peculiar, sobre uma base normativa própria, atribuições de órgãos públicos muitas vezes pré-existentes, novas funções para servidores públicos, aproveitando estruturas antigas ou criando outras e articulando-as ou rearticulando-as, a partir da orientação governamental presente (integral ou parcialmente) da norma instituidora, que passa a conferir novo sentido àquele conjunto. O traço a destacar no arranjo institucional, portanto, é seu caráter sistemático, de ordem, que atua graças, em grande medida, à coesão proporcionada basicamente pelos instrumentos jurídicos. No ambiente caótico

---

<sup>414</sup> Essa idéia foi trabalhada em meu O conceito de política pública em direito, cit., com referência às diferentes expressões e suportes jurídicos das políticas públicas.

<sup>415</sup> Humberto Falcão e Arnaldo Cunha Jr. entendem que “não há um único melhor desenho; as estruturas são contingentes”, ainda que isso possa parecer paradoxal, visto que as estruturas geralmente são mais permanentes e os processos nelas apoiados é que sofrem as contingências passageiras. Mas a observação da prática da administração pública evidencia que “o desempenho organizacional depende de uma lógica de contínuo ajustamento estrutural”. Humberto Falcão Martins e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Jr. Organização governamental – Problemas e soluções em perspectiva conceitual e da administração pública brasileira. In *Nova Organização Administrativa Brasileira*. (Paulo Modesto, coord.) Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009, pp. 247-279. Ver item 2.2.a, abaixo, comentário sobre a questão organizacional e o processo administrativo.

da multiplicidade de normas e estruturas, o arranjo institucional se configura como ordem definida, que permite visualizar seus contornos, distinguindo-o do ambiente de normas e decisões circundante.

Não se trata da idéia, presente em Kelsen, da ordem jurídica como um sistema de normas. Trata-se da valorização do aspecto organizativo do direito, mais próximo da proposição de Hart, que evolui no positivismo, partindo de uma visão crítica da insuficiência das normas de conduta como expressão do sistema jurídico (próxima, nesse sentido, de Santi Romano). As chamadas “normas de organização” — regras de reconhecimento, de alteração e de decisão, que funcionam como “meta-regras” sobre as demais — ditas normas secundárias, compõem, com as normas de conduta, ditas primárias, o sistema jurídico, definindo um elemento de ordem pública no sistema normativo. A mudança que decorre do advento dessas regras é tão importante, para Hart, que “pode mesmo ser considerada a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.”

“Porque a introdução na sociedade de regras de atribuição de competência aos legisladores para alterarem e acrescentarem as regras de dever, e aos juízes para determinarem quando as regras de dever foram violadas; é um passo em frente tão importante para a sociedade quanto a invenção da roda. [...] pode mesmo ser considerada a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.”<sup>416</sup>

Essa descrição do direito como composto por duas classes de normas, as normas de conduta e as de competência, também é utilizada por Alf Ross, consubstancia aquilo que na sua visão determina exatamente o “caráter institucional” do direito:

“[...] o direito consiste não só em normas de conduta, mas também em normas de competência, as quais estabelecem um conjunto de autoridades públicas para aprovar normas de conduta e exercer a força em conformidade com elas. Devido a isto, o direito tem o que podemos denominar *caráter institucional*. Funciona através de uma maquinaria jurídica que visa à legislação, o juízo e à execução, e se afigura, portanto, ante os olhos do indivíduo como algo objetivo e externo. É a expressão de uma comunidade supraindividual, uma ordem social, enraizada numa consciência jurídica formal.”<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> Hart, ob. cit., p. 50.

<sup>417</sup> Ross, ob. cit., p. 85.

A teoria geral, portanto, vem reforçando a dimensão organizacional do direito, antecipada pelas teorias do institucionalismo jurídico clássico, com base nas noções de objetivação, organização, poder-organizado e idéia-diretriz.

Em obra mais recente, o escocês Neil MacCormick --- Professor de Teoria do Direito (*jurisprudence*, no direito inglês) e membro do Parlamento Europeu, oriundo do partido nacionalista escocês --- reforça o dualismo entre normas e uma ordem normativa institucionalizada, a partir de um outro critério, aquele que distingue os meros usuários dos criadores e implementadores de normas.<sup>418</sup> O plano institucional caracteriza-se pela geração das normas e padrões normativos que orientarão as condutas do conjunto dos usuários.

“O direito é uma ordem normativa institucional e o direito do Estado contemporâneo é uma forma de direito. Há outras, como o direito internacional, o direito das novas formas político-legais emergentes, tais como a União Européia, direito canônico, direito da *sharia*, o direito das organizações esportivas e o dos jogos que elas regulam e sem dúvida muitas outras. Todas têm em comum a aspiração à ordem (no sentido de ‘ordenação’, não no sentido de ‘comando’). Um conjunto elaborado de padrões para a conduta humana é considerado obrigatório para todas as pessoas no âmbito do domínio ordenado, e a ordem prevalece entre as pessoas destinatárias, na medida em que elas logrem adequação entre suas condutas e os padrões estipulados. A possibilidade de ordenação resultante da conformidade com tais padrões depende, obviamente, do conjunto de padrões configurar uma totalidade racionalmente inteligível. Portanto, há uma qualidade sistemática postulada sobre os padrões de conduta supostos ou ‘normas’ que subjazem à aspiração à ordem.”<sup>419</sup>

O caráter sistemático das políticas públicas é o que possibilita enfrentar a fragmentação ou desarticulação da ação governamental, evoluindo no sentido do desenvolvimento. Esses problemas apresentam-se tanto no âmbito intragovernamental, quando a ação depende do envolvimento sistemático de vários pólos de competência com atribuição sobre o tema, como extragovernamental, quando o sucesso da ação governamental está relacionado ao comportamento de agentes externos ao corpo do governo.

---

<sup>418</sup> Neil MacCormick. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Orford University Press, 2007, p. 2.

<sup>419</sup> MacCormick, ob. cit. p. 11.

Um outro aspecto para o qual é importante a idéia sistemática é a “articulação temporal”, visando enfrentar a descontinuidade administrativa, que põe em risco a execução dos programas de ação quando ocorrem trocas de comando político, associadas ou não ao processo eleitoral. Essa questão, primordialmente política ou político-partidária, pode ser enfrentada, pelo menos em parte, se a estruturação jurídica da ação governamental considerar um “regime de efeitos” no tempo, isto é, se for definida de modo a minimizar os riscos de inefetividade que terminam por esvaziar os objetivos finais previstos na norma. Isso só é possível com base na construção programada de um encadeamento de normas e seus efeitos, que redundem na organização concreta e operacional da atuação dos agentes públicos envolvidos na política pública.

#### **d. Idéia-diretriz e unidade da ação.**

A idéia-diretriz, de Hauriou, é interessante para explicar como se opera a distinção da política pública em relação ao ambiente. A idéia-diretriz, como se viu, é mais do que a idéia, a imagem do programa, que se pretende disseminar entre os seus beneficiários e a população em geral, é o plano de ação.<sup>420</sup> Contudo, é inegável seu aspecto comunicacional. No plano das políticas públicas esse aspecto coincide, em certa medida, com o que hoje se chama de “marca política” do programa. A “refração” da idéia-diretriz mencionada por Hauriou corresponde à replicação da carga de referenciais, não apenas emocionais mas também, e principalmente, conceituais, sobre os quais se alinham as expectativas cívicas. Daí ser equívoca a redução da marca do programa de ação a um expediente de simples “mercadologização”, por meio de sua associação a um ícone emocionalmente assimilável. Trata-se, mais do que isso, de compactar na marca a idéia, de forma que se reconheça nela o entrelaçamento de conceitos, compromissos e resultados esperados, subjacentes ao programa de ação. Quando eventualmente esses elementos logram consolidar-se na marca, tem-se a suma de um processo de legitimação social do programa. Ou seja, retorna-se ao conceito original de idéia diretriz, que combina o componente simbólico, de

---

<sup>420</sup> Ver item 3.1.b, acima.

direção, compartilhado por vários atores envolvidos naquela política pública, com a dimensão do “plano de ação” e “organização da ação”.

A diferença entre a marca de apelo “mercadológico” imediato e aquela que sintetiza compromisso político repousa sobre a justificação política real, o fundamento do próprio Estado, que se desdobra nas razões que justificam a ação do governo.

Não basta descrever tecnicamente mecanismos e expedientes de ação articulada. Examinar as premissas do funcionamento do Estado e compreender as razões de sua sustentação política e jurídica é necessário para que o trabalho com a ação governamental não se limite ao tratamento técnico (e tecnocrático) das regras e componentes do funcionamento do aparelho de Estado. A sustentabilidade desses mecanismos reclama uma fundamentação político-institucional que represente busca e obtenção de legitimidade política e social, pelo tempo necessário para que os resultados visados com a ação governamental sejam percebidos pelo público externo ao governo.

Algumas teorias governamentais centradas no problema dos interesses em disputa, em nome da “maximização do bem-estar”, retiraram do horizonte a perspectiva de um interesse comum que pudesse se colocar acima das aspirações individuais. E se é necessário compreender estrategicamente os movimentos internos ao Estado, que entrelaçam a política à maximização dos interesses econômicos, entre outros —a desconsideração da existência de uma esfera de interesse público autêntico, que se sobrepõe aos interesses individuais imediatos, com respeito à coletividade e podendo mesmo transcender o horizonte temporal da geração presente, gera como saldo uma compreensão amesquinhada da política.

O que confere densidade social à ação governamental é estar lastreada em fundamentação da moral coletiva, suficiente para gerar um sentimento compartilhado de utilidade e valor positivo. Em outras palavras, a fundamentação do Estado, sua justificação filosófica. Esse argumento é nuclear para uma abordagem das políticas públicas que considere a centralidade da ação governamental na vida social.

Sem considerar, na linha de Hegel, o Estado como culminância da evolução histórica, síntese e ápice da evolução da vida política,<sup>421</sup> não se pode aceitar a tese oposta, do Estado como mero subsistema, ator social ou arena política. A despeito de possíveis crises, o Estado ainda é o *locus* privilegiado de organização da política interna, com grande peso também na política internacional.

Hegel descreve o movimento da história, continuamente em direção ao Estado, que o materialismo dialético de Marx posteriormente inverte, não em direção ao Estado, mas rumo à sua dissolução. O alcance da dialética como movimento de evolução social repercute sobre o fenômeno do Estado, e também sobre conceitos fundamentais da teoria do direito. A vontade coletiva — a partir da vontade geral de Rousseau — é uma evolução em relação à vontade individual,<sup>422</sup> assim como o dever o é em relação ao instinto,<sup>423</sup> e a sociedade, em relação à moral individual. Da mesma forma, a vontade, produto da razão, refletida em relação aos seus limites, é uma evolução em relação ao livre-arbítrio, e a pena, evolução que liberta o homem, uma vez que permite que suas escolhas gerem respostas do Estado. A “dialética do luxo”, antecipando a voracidade do capitalismo então nascente, multiplicando as necessidades, é uma evolução no “sistema de carências”.<sup>424</sup>

A idéia de unidade no fenômeno do Estado, central na obra hegeliana, perdeu-se, em geral, nas análises políticas do século XX, em especial a norte-americana, que tenderam a destacar muito mais a fragmentação do poder. O conceito de unidade entre os interesses individuais e o interesse coletivo é

---

<sup>421</sup> Hegel. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editores Ltda., 1986. [obra de 1820] p. 43.

<sup>422</sup> § 19- [...] o homem descobre em si, como dado da consciência, que quer o direito, a sociedade, o Estado etc. Mais tarde, aparecerá uma outra forma do mesmo conteúdo; agora o seu aspecto é o do instinto, mais tarde será o do dever.” Hegel, ob. cit..

<sup>423</sup> “§ 149- [...] Mas o que na realidade o indivíduo encontra no dever é uma dupla libertação: liberta-se, por um lado, da dependência resultante dos instintos naturais e bem assim da opressão em que se encontra como subjetividade particular submetida à reflexão moral do dever ser e do possível; liberta-se, por outro lado, da subjetividade indefinida que não alcança a existência nem a determinação objetiva da ação e fica encerrada em si como inatural. No dever, o indivíduo liberta-se e alcança a liberdade substancial.” Hegel, ob. cit.

<sup>424</sup> “§ 195- [...] Orienta-se o estado social para a indefinida complicação e especificação das carências, das técnicas e das fruições até aquele limite que é a diferença entre a carência natural e a carência artificial. Daí provém o luxo que é, ao mesmo tempo, um aumento infinito da dependência e da miséria.” Hegel, ob. cit.

contraponto e complemento necessário à abordagem da ação governamental como traçada e definida em nome de interesses concretos.

E se pretendemos um tratamento jurídico da ação governamental hábil a superar ou minimizar os efeitos da fragmentação, faz-se necessário compreender e aprofundar mecanismos jurídicos de coordenação e articulação de agentes envolvidos com a sua produção e implementação, sem perder de vista o seu fundamento primeiro.

#### **e. Regime de efeitos. Efetividade e sustentabilidade.**

A política pública, devidamente recortada em relação ao entorno institucional e social, como tipo ideal, deve ser considerada como o arranjo institucional hábil a produzir um encadeamento de ações, organizado em função de um regime de efeitos. Em outras palavras, ações que produzem diretamente efeitos sobre outras relações jurídicas ou que geram os pressupostos para a produção dessas novas relações, conexas com as primeiras, de modo que a direção estratégica possa se desenrolar ao longo de uma cadeia jurídica extensa, que crie uma teia de vinculações ordenadas entre diversos atores sociais, ao longo de um período de tempo abrangente o suficiente para a percepção social (mais do que jurídica) de seus efeitos.

O objeto *políticas públicas*, como um constructo especulativo de pesquisa, vem sendo adotado como arranjo que deve ser identificado com base nos efeitos institucionais produzidos. Em outras palavras, os arranjos que não permanecem ou não geram efeitos não são relevantes no plano ideal-típico adotado neste trabalho. Por outro lado, os arranjos estabilizados, identificados como tais na vida social, e que se habilitam à produção reiterada de efeitos, interessam para esta perspectiva. Considera-se o aspecto dinâmico da política pública, isto é, o arranjo institucional em funcionamento, produzindo efetividade jurídica e, por sua vez, sofrendo efeitos “replicados e treplicados”, a partir da ação governamental.

O que caracteriza idealmente a política pública, como objeto de interesse para o direito, distinto dos atos jurídicos e atividades que a compõem, é a existência de um *regime de efeitos jurídicos combinados, articulados ou*

*conjugados* decorrentes desses mesmos atos e atividades, ou, dito vulgarmente, a sua “amarração jurídica”. O relevante é a sucessão de atos encadeados ou combinados, cujo nexos são efeitos com significado jurídico e social particular. Não é casual que se privilegie esse aspecto, numa quadra em que a dimensão da efetividade do direito tem sido tão destacada. O pragmatismo da cultura política dominante dialoga com esse valor, ao reforçar a importância dos resultados práticos da ação político-social. A efetividade ideal do direito, dessa forma, não reside em um ato de vontade do gestor público, mas decorre da cultura institucional, baseada na adoção de práticas que reforçam o tratamento jurídico exposto e sistemático das consequências da ação, seus desdobramentos e seus contra-efeitos. O acompanhamento desses ao longo do tempo e sua qualificação pelo direito é a tônica do que se chama de “regime de efeitos”.

Esse “regime”, que explicita o desenvolvimento da ação governamental no tempo, exhibe a impropriedade dos esquemas de compreensão baseados em códigos binários. É o que ocorre, por exemplo, na teoria de sistemas luhmanniana, baseada na chave “lícito/ilícito” como identificadora do subsistema jurídico. Essa abordagem é extremamente empobrecedora, visto que há em direito vasta gama de meios tons entre o lícito e o ilícito, especialmente se consideramos os seus efeitos. Toda a ciência da punibilidade das condutas, as agravantes e atenuantes, a exclusão de ilicitude, opera segundo um mosaico de disposições que raramente gera resultados idênticos, mesmo quando se está diante do concurso de agentes de uma conduta ilegal.

O esquema binário válido/inválido, aplicado sobre o passado, não reflete, nem palidamente, a riqueza de possibilidades que se coloca para a ação governamental no sentido de delinear o regime de efeitos mais adequado ao seu processo de implantação e execução. A evolução mais recente do direito, aliás, com o desenvolvimento da chamada *soft law*, isto é, modalidades de disciplina das relações jurídicas não baseada na coerção,<sup>425</sup> torna sem sentido essa

---

<sup>425</sup> Entre nós são exemplos dessa modalidade os termos de ajustamento de conduta, largamente utilizados pelo Ministério Público para induzir o cumprimento das regras, entre outros. Outra vertente, mais desenvolvida em outros países, é a da negociação no momento da formação das relações jurídicas. Olivier Soubeyran. Définir les politiques. L'étude d'impact de l'aménagement à

estruturação. Aliás, a técnica jurídica da regularização pactuada de situações irregulares perante a ordem jurídica (anistias fundiárias, parcelamentos de débitos fiscais etc.) se baseia exatamente na mitigação diferenciada dos efeitos da invalidade originalmente prevista na regra. Em nome do valor maior do saneamento da situação e da permanência da relação no âmbito do direito oficial, deixa-se de aplicar punições que a literalidade da norma atribuiria aos atos inválidos.

A noção de regime jurídico consubstancia a mais cotidiana expressão de sistema com que convivem os chamados “operadores do direito”. O regime nada mais é senão o encadeamento de regras aplicáveis a determinada situação, uma vez deflagrada a hipótese de incidência normativa. Os debates outrora comuns na doutrina a respeito da “natureza jurídica” de determinados institutos cede lugar à discussão sobre o regime jurídico incidente, isto é, sobre as regras e precedentes de aplicação que incidem sobre o caso. Aplica-se aí a dedução, com uso de silogismos, ou a analogia, para suprir a omissão de algum elemento que impede a aplicação imediata desse. Embora seja o “pão de cada dia” da prática jurídica, o regime é tratado de maneira insuficiente pela teoria geral do direito, especialmente no campo público, omissão mais significativa quando se cogita dos processos de formação do direito, que deveriam ser fortalecidos com base na utilização de regimes jurídicos existentes ou organização de novos regimes, para conjuntos de políticas estrutural ou funcionalmente análogas (o que ocorre, repita-se, de maneira informal e assistemática, por emulação de regimes existentes). Exceto para aplicação específica em alguns campos, como é o caso do direito tributário, por exemplo, há pouca tradição de sistematização de categorias-base para o desenvolvimento de regimes jurídicos.

A proposição de um “regime jurídico de efeitos” da ação governamental não significa que se trate de regime jurídico único e idêntico para as diversas expressões possíveis para as ações governamentais que integram o sentido da política pública. Ao invés disso, indica que a análise da projeção dos efeitos da ação governamental no tempo, com os instrumentos do direito, pode revelar

---

l'environnement. In *L'Analyse des Politiques Publiques aux Prises avec le Droit*. Didier Renard et alii, cit., pp. 183-206.

direções políticas ou técnicas indesejadas u pervertidas em relação ao seu enunciado.

Fala-se em efeitos, não em efeito, no singular, pois o que caracteriza a política pública é o encadeamento de ações e consequências, às vezes dependente de múltiplos centros de imputação jurídica, envolvidos na inovação institucional. O desafio é criar capacidade de articular não apenas pessoas, mas agora normas e efeitos previstos em normas e, dito melhor, as relações jurídicas objeto dessas normas. O fenômeno das cadeias normativas, a partir das quais se definem os regimes jurídicos, que, afinal, conferem tratamento de conjunto a uma situação, identificando papéis e estabelecendo a dinâmica dos atores sociais, merece a consideração como tal, isto é, como conjunto, mais do que cada norma considerada em si.

O “regime de efeitos” que se propõe como ideal-típico para as políticas públicas, não é propriamente um regime jurídico, uma vez que não cuida de uma cadeia normativa. Mas procura identificar traços ou elementos em cadeias jurídicas com feições similares, que as tornam mais aptas à produção de certos efeitos. Trata-se de uma abordagem que não aparta, mas combina, necessariamente, as dimensões da validade, isto é, o encadeamento hierárquico de cada norma com a que lhe confere fundamentação, numa relação de compatibilidade, e da eficácia. O domínio técnico desse ponto deve habilitar a uma intervenção política ou social mais eficiente (com menos “calor e perda de energia”).

O papel da base normativa do programa é renovar tanto a cadeia de incidência de efeitos jurídicos, como a sucessão de consequências desses no plano social, da qual decorre sua legitimidade. A inovação e a renovação jurídico-institucionais marcam a natureza evolutiva das políticas; alterações contingenciais podendo produzir câmbios estruturais. A qualidade da base jurídica e a densidade institucional da política refletem-se reciprocamente.

#### **f. Objetivação. A constituição da autoridade pública como entrelaçamento do político e jurídico.**

A constituição da autoridade repousa sobre a definição formal da regra de competência. A regra de competência representa importante “nó” de cruzamento da política com a técnica jurídica. A instituição da autoridade pública é um ato ao mesmo tempo jurídico-formal, de organização e político, sem a qual, não se pode, a rigor, falar em Estado moderno. Sem a regra de competência, estaríamos na situação dos Estados pré-modernos que ainda não lograram estabelecer o Estado de direito. “No coração da teoria do Estado de direito está o princípio de que os diversos órgãos de Estado não podem agir senão em virtude de uma habilitação jurídica: todo uso de força material deve estar fundado sobre uma norma jurídica; o exercício da força [puissance] se transforma em uma competência, instituída e enquadrada pelo direito.”<sup>426</sup>

O estabelecimento da autoridade, para a ação governamental, também apresenta uma dimensão de efetividade, uma vez que sua capacidade de gerar, ao longo da cadeia de decisões e execuções, expressões fiéis aos objetivos visados, é condição necessária a qualquer concepção de plano governamental eficaz. Até mesmo para os mecanismos flexíveis do direito, em que a lei permite e não obriga ou comanda, a existência da autoridade, conjugando seus sentidos abstrato e concreto, isto é, a condição de exercer orientação e coordenação, é requisito indispensável para o funcionamento das figuras e mecanismos consensuais.

A norma que institui o programa de ação define a regra de competência, identificando os agentes e órgãos públicos com atribuição para a prática dos atos relacionados à sua implementação. Em direito, ao feixe de atribuições deve estar associado um correspondente feixe de poderes,<sup>427</sup> ou melhor, poderes-deveres, uma vez que se trata de poderes juridicamente cometidos à realização de tarefas de interesse público. Conforme os contornos da regra de competência e dos

---

<sup>426</sup> Jacques Chevallier. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992, p. 13.

<sup>427</sup> Competência administrativa, para Hely Lopes Meirelles, é “o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e é por ela delimitada.” (ob. cit., p. 134).

poderes associados, essa pode ser nominal ou efetiva, esvaziada ou hipertrofiada.<sup>428</sup>

Na linguagem da gestão pública, fala-se na articulação de competências, o que sem dúvida é um aspecto primordial para a execução das etapas de implementação da política pública, cujo objeto é, em geral, multifacetado e multidisciplinar. Dada a magnitude do resultado e das metas a atingir, a execução do programa de ação depende de um feixe de manifestações, decisões e medidas concretas, que se assentam sobre vários centros de decisão administrativa e política. Essas manifestações devem ocorrer em articulação, seja por coordenação, isto é, em condições de equivalência entre os vários centros de competência, ou por subordinação, sob a direção de um deles. A competência pode ser direta, para a decisão, ou indireta, para os atos a ela subordinados, tais como os atos de instrução, dos quais a decisão depende.

***A inefetividade jurídica reiterada e o problema da “desconfirmação” da autoridade.***

Para a existência de um “regime de efeitos” da política pública é necessário que a autoridade do órgão decisório se mantenha íntegra ao longo do ciclo de produção e implementação da decisão, ou, mais importante, na hipótese de não implementação ou implementação defeituosa desta. Em outras palavras, o que reforça a autoridade é a condição de o detentor da competência proceder a ajustes neutralizadores de resistências ou à inefetividade da regra, mantendo-se a capacidade de dirigir a ação.

---

<sup>428</sup> Max Weber define a noção de competência ao tratar da “dominação por meio de organização”, como a primeira característica do modo de dominação burocrática e que evidentemente inspira o regramento jurídico sobre competência, ainda atual: “O funcionamento específico do funcionalismo moderno manifesta-se da forma seguinte: I. Rege o princípio das competências oficiais fixas, ordenadas, de forma geral, mediante regras: leis ou regulamentos administrativos, isto é: 1) existe uma distribuição fixa das atividades regularmente necessárias para realizar os fins do complexo burocraticamente dominado, como deveres oficiais; 2) os poderes de mando, necessários para cumprir estes deveres, estão também fixamente distribuídos, e os meios coativos (físicos, sacros ou outros) que eventualmente podem empregar estão também fixamente delimitados por regras; 3) para o cumprimento regular e contínuo dos deveres assim distribuídos e o exercício dos direitos correspondentes criam-se providências planejadas, contratando pessoas com qualificação regulamentada de forma geral.” *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 198.

A habilidade à produção de efeitos está diretamente ligada à efetividade da autoridade, tanto política como jurídica.<sup>429</sup> E o teste para a verificação da existência e efetividade da autoridade reside na capacidade de reação ao descumprimento das normas que a instituem, em primeiro lugar, e ao conteúdo das disposições por ela expedidas, em seguida.

Ao decidir pela exigibilidade de determinada conduta, a autoridade deve considerar as hipóteses de cumprimento do comando e execução da conduta, ou, alternativamente, descumprimento do comando e não execução da conduta. E deve, para cada uma das alternativas, encadear normativamente as hipóteses sucessivas e respectivas consequências.

O descumprimento da norma pode caracterizar situação de ilegalidade, por afronta ao seu conteúdo, ou simplesmente “extra-legalidade”, quando o padrão do descumprimento é de tal ordem generalizado e reiterado, que se está diante da inexistência ou negação da autoridade. No plano macro-institucional, esse quadro pode corresponder ao estado de exceção, descrito por Carl Schmitt como ensejador da decisão política.<sup>430</sup> Ou corresponde a um padrão costumeiro de ilegalidade, isto é, uma ilegalidade tão reiterada, que consolida o comportamento de inexistência ou de aplicação seletiva da regra de competência. É o que ocorre nas cidades brasileiras, conforme denunciam os urbanistas, num exemplo que poderia ser estendido a diversos campos do direito brasileiro:

“Mais além do que definir formas de apropriação do espaço permitidas ou proibidas, mais do que efetivamente regular a produção da cidade, a legislação urbana age como marco delimitador de fronteiras de poder. A lei organiza, classifica e

---

<sup>429</sup> Hely Lopes Meirelles distingue os poderes administrativos dos políticos. Os primeiros são considerados “poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.” (ob. cit, p. 100)

<sup>430</sup> “Carl Schmitt afirma que só a partir do estado de exceção pode ser posto, em toda a sua profundidade, o problema da realização do direito, pois trata-se da essência do Estado, da questão da manutenção da unidade política. A normalidade não demonstra nada, só a exceção prova tudo, pois *a regra vive da exceção*. A soberania, simultaneamente, afirma e nega a ordem. Toda ordem repousa sobre uma decisão, não sobre uma norma. O estado de exceção não é apenas o oposto da ordem constitucional da normalidade, mas seu fundamento, a partir da decisão do soberano. O soberano decide sobre a situação na qual o direito pode valer.” Gilberto Bercovici. *Soberania e Constituição: para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 27-28, grifo meu.

coleciona os territórios urbanos, conferindo significados e gerando noções de civilidade e cidadania diretamente correspondentes ao modo de vida e à micropolítica familiar dos grupos que estiveram mais envolvidos em sua formulação. Funciona portanto como referente cultural fortíssimo na cidade, mesmo quando não é capaz de determinar sua forma final.

Aí reside, talvez, um dos aspectos mais interessantes da lei: aparentemente funciona, como uma espécie de molde da cidade ideal ou desejável. Entretanto, e isto é poderosamente verdadeiro para o caso de São Paulo e provavelmente para a maior parte das cidades latino-americanas, ela determina apenas a menor parte do espaço construído, uma vez que o produto — cidade — não é fruto da aplicação inerte do próprio modelo contido na lei, mas da relação que esta estabelece com as formas concretas de produção imobiliária na cidade. Porém, ao estabelecer formas permitidas e proibidas, acaba por definir territórios dentro e fora da lei, ou seja, configura regiões de plena cidadania e regiões de cidadania limitada. Esse fato tem implicações políticas óbvias, pois, além de demarcar as fronteiras da cidadania, há um importante mecanismo de mídia cultural envolvido, desde que as normas urbanísticas funcionem exatamente como puro modelo. Com isto queremos dizer que, mesmo quando a lei não opera no sentido de determinar a forma da cidade, como é o caso de nossas cidades de maiorias clandestinas, é aí onde ela é mais poderosa no sentido de relacionar diferenças culturais com sistemas hierárquicos.”<sup>431</sup>

A transcrição elucida um mecanismo perverso de associação do estatuto de regularidade à concentração de riqueza e poder, em que a ineficácia da legislação urbanística em regular a produção da cidade, “é a verdadeira fonte de seu sucesso político, financeiro e cultural, em uma cidade em que riqueza e poder estiveram historicamente bastante concentrados.”<sup>432</sup> Em que pese o fato de que nas cidades brasileiras a situação de ilegalidade não é reservada exclusivamente aos mais pobres — ao contrário, há um sem número de mansões ilegais, “ilhas particulares”, descumprimento de normas ambientais urbanas por parte de grandes empreendimentos imobiliários etc.— isso não invalida o argumento de que a situação de conformidade com a lei é um “ativo”, um bem, ou, na linguagem de políticas públicas, um meio que o agente público utiliza, consciente ou inconscientemente, para demarcar espaços políticos.

Nesse último caso, o primeiro desafio do gestor público é a constituição ou reconstituição da autoridade, não referida à pessoa do gestor público, mas à

---

<sup>431</sup> Raquel Rolnik. *A Cidade e a Lei. Legislação, Política Urbana e Territórios na Cidade de São Paulo*. São Paulo: Studio Nobel/Fapesp, 1997, pp. 13-14.

<sup>432</sup> Idem, *ibidem*.

instância ou instituição de onde promana o comando inatendido. Esse processo é político e jurídico simultaneamente. Num Estado em desenvolvimento, são relevantes, para o objetivo proposto neste trabalho, as causas de inefetividade do direito, sejam elas diretamente políticas, expressando interesses e vantagens de determinados setores no não funcionamento do Estado, sejam involuntárias. Se se tratasse de um fenômeno físico, dir-se-ia que o mau funcionamento do Estado compreende o aquecimento excessivo e a dissipação de energia, quando o que se deseja é exatamente o contrário, pouco calor e energia dirigida aos objetivos de desenvolvimento e emancipação social.

***Mecanismos jurídicos de restabelecimento da autoridade num contexto de descumprimento: ônus sancionatório e medidas de ajustamento.***

A situação de descumprimento da norma resulta num ônus. Assim como o processo de decisão (originária) pode ser mais bem compreendido com a consideração da distribuição dos ônus, ao longo do histórico institucional de sua produção, situação equivalente ocorre na hipótese de descumprimento. Partindo do binômio válido (isto é, conforme a norma) e inválido (desconforme a ela), a cada um desses *status* corresponde uma posição jurídico-institucional. Ambas as partes, tanto o destinatário da norma prescritora de condutas quanto a autoridade, destinatária do comando de cumprimento (norma de organização), assumem, cada qual, os ônus correspondente ao *status*. E aí não é indiferente o aspecto “quantitativo” da desconformidade. Conforme se trate de descumprimento individual ou descumprimento generalizado, a perspectiva político-institucional se configura de um modo distinto.

O descumprimento individualizado corresponde ao mínimo de descumprimento a que aludiu Kelsen como revelador exatamente da força da norma. A imputação da sanção é a expressão da efetividade da norma, isto é, da sua capacidade de gerar efeitos. Do ponto de vista político-institucional, isso significa força ativa do comando legal e da autoridade detentora da competência. Dito vulgarmente, trata-se de lei que “pegou” e portanto, pode-se predizer o que ocorrerá diante de condutas semelhantes no futuro, com base no fato de que a autoridade se estabeleceu, jurídica, política e socialmente.

Por outro lado, quando o descumprimento da norma tem larga escala, como ocorre no exemplo do direito urbanístico acima, o problema normativo se converte em um problema político-institucional, uma vez que o primeiro aspecto a enfrentar será exatamente o de tornar viável o exercício da atribuição cometida pela norma de organização originária. Aqui se pode fazer uma distinção entre o caso da lei “que não pegou” e aquela que “pegou seletivamente”, isto é, cuja existência é justificada com fins retóricos, de alcance amplo, mas cuja aplicação seletiva e, mais importante, cuja inaplicação seletiva pode ser ocultada do público em geral e portanto dispensada de justificativas e explicações. A norma que é simplesmente letra morta implica que se retome política e juridicamente a efetivação da regra de competência, para o quê muitas vezes se faz necessário “quebrar” o ciclo político, editando nova norma de atribuição, a fim de restabelecer de início a autoridade.

No segundo caso, a aplicação seletiva da norma, em geral com conexões político-institucionais, merece uma análise política mais detida, a fim de verificar a que interesses está associado o descumprimento tolerado da norma. O descumprimento generalizado ou o “estado de tolerância” é um problema no plano macro-institucional similar à questão da lacuna, no plano normativo, a qual, como sabemos, deve ser colmatada com base em mecanismos de integração previstos nas regras do próprio sistema, a fim de evitar o comprometimento da integridade desse.

O mesmo ocorre com a tolerância generalizada ao descumprimento, embora se trate de um paradoxo, uma vez que é um defeito normativo, que pode se revelar (e geralmente se revela), no entanto, funcional do ponto de vista de alguns segmentos políticos. Mas seria um excesso de simplificação correlacionar de maneira direta todas as insuficiências e todos os problemas intrínsecos ao sistema normativo à proteção de interesses. Às vezes (e não poucas vezes) os defeitos e falhas jurídico-institucionais em determinado setor são apenas isso, defeitos, que decorrem de limitações técnicas na construção ou no funcionamento do sistema e cuja perpetuação não traz vantagem significativa ou traz vantagens laterais, que pelo porte não justificariam suporte político capaz de explicar a sua permanência. Trata-se do defeito como costume, nada mais.

Segundo a teoria da norma de Tércio Sampaio Ferraz Jr., com base na análise do discurso normativo, em sua “pragmática da comunicação normativa”, trata-se de uma situação comunicativa de “desconfirmação”, isto é, aquela em que o “endereçado” da norma nem a cumpre, nem a contesta, mas se retira do papel de colaborador no processo de implementação da norma.<sup>433</sup> “A desconfirmação equivale ao aniquilamento da autoridade enquanto tal.”<sup>434</sup> Nos processos vistos acima, as disfuncionalidades apontadas em relação ao sentido original ou próprio de cada caso pode ser lida como forte dose de desconfirmação tolerada ou reiterada.

***Regime de transição como efeito particular. Aplicação do direito intertemporal.***

O rompimento do “estado de tolerância com o descumprimento” requer iniciativas combinadas nos planos jurídico e político-institucional. A decisão de extinguir o “estado de tolerância” deve ser combinada com uma inovação na ordem jurídica (similar à novação, nos contratos) que possa desencadear efeitos novos. É preciso criar uma fonte de legitimação renovada, um novo momento, com nova base jurídica, mesmo que aos olhos dos intérpretes a prescrição vigente fosse suficiente para a exigibilidade da conduta. Como à aparente suficiência normativa não correspondeu a mesma leitura em relação ao plano político-social, a criação de uma inovação na ordem jurídica que passe a justificar o cumprimento da ordem pode ser a escolha estratégica de menor custo para a autoridade. A edição de uma outra norma mantém a discussão na esfera do

---

<sup>433</sup> O discurso normativo, segundo essa teoria, apresenta uma ambiguidade estrutural, consistente no fato de que o endereçado da norma é convidado a participar, co-determinando o sentido do relato da norma, mas ao mesmo tempo deve apenas submeter-se a ela. O relato, isto é, a informação transmitida pela norma, é mediada pelo cometimento, ou seja, a informação sobre a informação, ou como a norma deve ser compreendida. “Os discursos normativos são dialógicos no que se refere ao aspecto relato, monológicos, no que se refere ao aspecto cometimento”. Trata-se de uma formulação mais sofisticada, do ponto de vista jurídico, da situação da autoridade normativa. As limitações das teorias baseadas na imperatividade do comando normativo, em que a vontade é hipostasiada, com recurso a “metáforas de interpretação duvidosa e imprecisa (vontade da maioria, do governo, da administração, do povo etc.)”, levam a buscar uma compreensão do fenômeno comunicativo, que possa, também, auxiliar no entendimento de um tipo novo de norma, que aparece nas declarações de princípio das modernas constituições, nas quais “o caráter de comando é pouco visível”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Teoria da Norma Jurídica*, 3ª. ed., São Paulo: Editora Forense, 1999, pp. 38 e 45.

<sup>434</sup> Ferraz Jr., ob. cit., p. 57.

Poder Legislativo (ou eventualmente do governo, se se tratar de norma infra-legal), podendo ocorrer a inovação da matéria por decisão judicial. A norma nova atua como elemento de legitimação renovado, como um mote de apelo à ordem, mais que de recurso à coerção efetiva. A coerção potencial pode ser suficiente como indutor de condutas.

O processo de formação dessa nova ordem se baseia na busca da criação de condições para um novo estabelecimento da autoridade. E o primeiro desafio dessa é, em geral de forma pactuada, eliminar a situação massiva de desconformidade à legislação, o que se faz no âmbito da técnica jurídico-normativa, por meio da fixação da regra de transição e suas condições de incidência. É o que ocorre com as “anistias”, isto é, elisão de efeitos previstos na regra vigente de baixa efetividade em relação à ilicitude de condutas. As anistias, utilizadas, por exemplo, no campo fiscal, retiram os efeitos ilícitos (ou diminuem o seu significado econômico, por meio da redução de valores de multas, ou supressão de juros, por exemplo), como medida de inserção de situações no campo do universo lícito e sob a jurisdição da autoridade. Neutraliza-se a desconformidade e tem-se o jurisdicionado materialmente inserido no campo de incidência da regra formal.

As regras de transição excessivamente permissivas ou sem prazo definido indicam a fraqueza da autoridade, sem condição para implementação integral e conclusão do processo de transição. Transcorrido certo período, esvaziado o potencial de expectativa que havia sido renovada na efetivação das medidas governamentais, volta a ocorrer a desconformidade da norma. Mais uma vez o campo tributário fornece exemplos, em que a permanência das práticas de desconformidade demonstra que a autoridade não se restabeleceu. Nova reforma legislativa se faz, nova anistia é concedida e se repete o ciclo. A nova regra de transição, a partir daí, deixa de ser uma “válvula de acomodação”, para o restabelecimento de uma situação legal (no sentido do império da lei), e passa a expressar a linguagem do atendimento a interesses especiais, diante da incúria da autoridade pública, cujo fundamento deveria residir no interesse geral.

Há, portanto, uma técnica jurídica própria para o restabelecimento da autoridade, desde que haja disposição para o enfrentamento de uma cultura

social e política cética em relação a essa possibilidade. Embora tal cultura seja apontada como um traço da “cordialidade” brasileira, que seria mais afeita à composição que à aplicação estrita da legalidade, a história de outros povos traz também seus registros nesse sentido.<sup>435</sup> O “bom governo” é condição de exercício da autoridade. Mas sem exageros... A existência da autoridade é necessária para imprimir a direção do governo, mas está longe de ser suficiente para isso.

### ***Regime de responsabilidade projetada no tempo.***

A responsabilidade é o outro lado da moeda da competência. Quem recebe o poder deve responder por ele, esse é o princípio. Quem detém competência para determinada decisão, detém, em tese, a responsabilidade para os atos que com ela se relacionem. Ressalvam-se os atos complexos e procedimentos, modalidades de exercício composto de competência, que reclama formas de articulação, acima referidas. Mas também para esses, o tratamento jurídico da responsabilidade deve acompanhar o da competência.

Quando se fala em responsabilidade, aqui, deve-se pensar na combinação das atribuições com os meios necessários para sua execução. Independentemente do histórico de determinada norma atribuidora de responsabilidade, o movimento em direção à sua efetividade ou funcionalidade deve caminhar na direção da correspondente atribuição de meios. A questão da *accountability* diz respeito a um problema de responsabilidade e a questão da articulação das competências federativas também.

---

<sup>435</sup> A esse respeito, veja-se o relato de Maquiavel: “Logo que se apoderou da Romanha, tendo-a encontrado, em geral, sujeita a fracos senhores, que mais espoliavam do que governavam os seus súditos, dando-lhes apenas motivo de desunião (tanto que aquela província estava cheia de latrocínios, de tumultos e de toda sorte de violências), julgou o duque que era necessário, para torná-la pacífica e obediente ao braço régio, dar-lhe bom governo. E ali colocou, então, Ramiro de Orco, homem cruel e expedito, ao qual outorgou plenos poderes. Este, em pouco tempo, conseguiu fazer com que a Romanha se tornasse pacífica e unida, tendo alcançado ele mesmo grande reputação. O duque julgou depois que já não era necessária tanta autoridade, pois temia que se tornasse odiosa. E constituiu um juízo civil no centro da província, com um presidente ilustre e benquisto, e onde cada cidade estava representada. Sabendo que os rigores passados haviam criado ódios contra ele próprio, para apagá-los do ânimo daqueles povos e conquistá-os a todos, definitivamente, em tudo, quis demonstrar que, se haviam sido cometidas crueldades, não procediam dele e sim da dureza do caráter do ministro. E em vista disso, tendo ocasião, mandou exhibi-lo certa manhã, em Cesena, em praça pública, cortado em dois, tendo ao lado um pedaço de pau e uma faca ensanguentada. A ferocidade desse espetáculo fez com que o povo ficasse a um tempo satisfeito e espantado.” *O Príncipe*, cit., cap. VII, p. 58.

Algumas críticas ao caráter absoluto do princípio da impessoalidade da Administração Pública na Constituição brasileira, apontam o reforço do caráter “burocrático” (no sentido vulgar), associado ao formalismo ou à ineficiência. Os processos de licitação, impositivos para as compras e contratação de serviços no âmbito público têm sido vilanizados como consagradores desse viés indesejado. O único princípio capaz de contrabalançar o princípio da impessoalidade, sem suprimir o avanço em que ele consiste, no sentido de inibir a apropriação privada dos meios públicos, é o princípio da responsabilidade.

O Estado, assim como as demais organizações burocráticas, incluindo as privadas, sofre as virtudes e vícios da impessoalidade. No caso do Estado, a impessoalidade é uma outra expressão do Estado de direito, uma vez que assegura a aplicação da lei “sem olhar a quem”, indistintamente aos poderosos e aos humildes. Todavia, para que se evolua em relação a esse conceito, é preciso que avanços na liberdade de ação do gestor público sejam combinados com a correspondente responsabilidade.

E o centro de imputação da responsabilidade, no direito político, é a pessoa física do gestor, não a pessoa jurídica, a pessoa moral, a organização. Por isso, as formas mais desenvolvidas de organização administrativa associam ao poder decisório formas de responsabilização pessoal. Reversamente, as formas organizativas que não associam responsabilidade à atribuição de poderes consubstanciam organizações degradadas, do ponto de vista social. Exemplo disso, no âmbito das corporações privadas, que também se orientam pela organização burocrática impessoal, é a situação dos dirigentes de instituições financeiras cujas operações desembocaram em gigantesca crise econômica de proporções globais, em 2008, sem que seus bônus pessoais fossem tocados ou ameaçados.

Essa perspectiva é mais um argumento a reforçar o discurso, há muito estabelecido no campo da gestão pública, de que sem um corpo de funcionários adequadamente profissionalizado e comprometido com o exercício da função pública será muito difícil a qualquer Estado em desenvolvimento executar sua missão. E embora se trate de um lugar comum, a ele não corresponde uma reflexão jurídica igualmente amadurecida. O estatuto jurídico do servidor

público no Brasil ainda não equacionou a questão da negociação coletiva, dos incentivos não financeiros à evolução na carreira, do regime complementar de previdência. No campo da gestão, a considerar as administrações públicas federal, estaduais e municipais no conjunto, sequer o número de servidores e os custos reais da força de trabalho, compreendidos ativos e inativos, são conhecidos com precisão, como se se tratasse de “questão menor” no funcionamento das instituições públicas.

#### **g. Alocação de meios públicos e posições subjetivas na base jurídica do arranjo institucional.**

A idéia diretriz de Hauriou compacta conceitualmente um plano de ação associado a metas e resultados a obter, a partir da organização do poder. Seria forçado dizer que a reserva de meios já havia sido pensada pelos corifeus do institucionalismo tal como se aplica hoje no contexto das políticas públicas. Evidentemente não havia, até porque ainda àquela época a evolução da economia --- previamente à crise mundial de 1929 e ao papel ativado do Estado no desenvolvimento capitalista --- ainda não havia dado ensejo ao estabelecido o direito econômico, enquanto disciplina sistemática da intervenção do Estado sobre e no domínio econômico.

Mas não deixa de ser, também nesse ponto, antecipatório o olhar do institucionalismo, em relação ao que veio se conformar posteriormente como políticas públicas. Um dos traços distintivos dessas, idealmente consideradas, é a alocação de meios no arranjo institucional que conforma o programa, de maneira proporcional e suficiente à realização da ação e consecução dos objetivos. Deve haver uma combinação ajustada entre o escopo e a escala (diremos, ao invés de metas) e a previsão de meios. O sucesso da engenharia institucional da política — especialmente a se pensar em ação governamental inovadora — reside na articulação bem resolvida de meios e fins, além das etapas do percurso para atingir esses últimos.

Com a evolução que se sucede à segunda guerra mundial e a perspectiva de exaustão do paradigma belicista como representação de poder na arena mundial e fator de desenvolvimento econômico das nações militarizadas, a evolução dos papéis institucionalizados do Estado passa a conferir relevo, ao

lado do monopólio do uso da violência, ao monopólio do uso dos meios públicos, em função das demandas dos agentes econômicos, polarizadas com as pressões por serviços e benefícios. Os instrumentos e a linguagem econômicos penetram crescentemente o direito. As próprias sanções, tanto punitivas como premiaias, passam a se expressar cada vez mais na forma econômica.

Na composição dos arranjos institucionais, o governo dispõe basicamente dos recursos oriundos da arrecadação tributária. Além disso, tem poder deliberativo sobre a utilização do crédito público, bem como a possibilidade de manejar mecanismos de renúncia fiscal, os quais podem beneficiar de maneira distinta setores ou atividades. E também a possibilidade de influir sobre a orientação de investimentos de fundos públicos ou com participação do Poder Público, na proporção desta, observada a representação nos seus órgãos deliberativos. Dispõe, assim, de poder sobre os meios fiscais, alocados no orçamento público em rubricas vinculadas aos programas, e detém disponibilidade, nos termos da legislação, sobre os orçamentos de investimento das empresas públicas e poder deliberativo sobre a utilização dos recursos das agências oficiais de fomento, responsáveis pelas políticas de estímulo à produção ou à inovação, tais como, no Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ou a Agência de Financiamento de Projetos (FINEP), no campo da ciência e tecnologia. Devem-se considerar, ainda, o acesso a crédito em bancos públicos, bem como o acesso diferenciado a compras governamentais e mecanismos similares.

Mas o Estado pode atuar sobre a economia de forma mais estruturante, por meio da criação, na norma instituidora do programa de ação, de categorias de relações e negócios jurídicos, o que significa posições subjetivas também para os entes privados, passíveis de gerar resultados econômicos. Trata-se da chamada “função distributiva” do direito, que se acresce às funções tradicionais, de regulação e controle. Essa é a função por meio da qual “aqueles que dispõem do instrumento jurídico atribuem aos membros do grupo social, sejam esses indivíduos ou grupos de interesse, os recursos econômicos e não econômicos de

que dispõem.” Esses recursos referem-se a bens, dinheiro ou serviços, tais como possibilidades de emprego, educação e assim por diante.<sup>436</sup>

O arranjo institucional opera uma distribuição de papéis, ou de posições subjetivas jurídicas, com ou sem significado econômico direto. Isso porque a política pública não envolve apenas o Poder Público, de um lado, e os beneficiários do programa, de outro, mas, com frequência, dispõe sobre as condições de participação de agentes privados no programa. É o caso das políticas que prevêem mecanismos especiais de financiamento ou linhas de crédito, disciplinando de forma sistemática os requisitos para habilitação dos agentes, as condições de financiamento e assim por diante. Dessa forma, posições subjetivas são constituídas ou ampliadas, nos termos da base normativa que rege a política pública.

Quando se considera o mercado não como dado da natureza, mas como construção jurídica, pode-se depreender a carga institucionalista dessa leitura, uma vez que o “mercado” nesse sentido, é um ordenamento que existe, mas que “põe as normas”,<sup>437</sup> das quais resultam instâncias e campos de interação social.<sup>438</sup>

---

<sup>436</sup> Bobbio, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, cit., p. 103, com base em J. Willard Hurst e outros. No mesmo sentido, Cassese, ob. cit., p. 87, “[...] mesmo no tradicional conflito entre autoridade e liberdade há uma função distributiva: ‘a atividade administrativa implica distribuição de pesos e vantagens’ e, portanto, a alocação de recursos limitados.”

<sup>437</sup> “Duas pessoas jurídicas podem, ainda que sem outro intervento estranho e sem o concurso de outros elementos, formar por si uma instituição. Isso porque a sua estrutura interna é toda criação do direito [...]”. Santi Romano, ob. cit., p. 68.

<sup>438</sup> É o que sustenta Natalino Irti. “Ninguém duvida que o mercado seja uma *ordem*, [...] ordem no sentido de *regularidade e previsibilidade do agir*: quem entra no mercado — no mercado de um dado bem — sabe que o agir, próprio e alheio, é governado por regras, e portanto que, na medida definida por tais regras, os comportamentos são previsíveis. [...] Mas como introduzir regularidade e previsibilidade em um espaço que aparece dominado por necessidades e desejos singulares, por interesses individuais que se revelam e compõem de forma mutável? Como transcender a irrepetível solidão de cada ato no reiterar-se de comportamentos típicos? A regularidade, constitutiva da ordem, implica sempre a superação da individualidade; a previsibilidade envolve sempre um vínculo mútuo, e assim seja dado a cada parte conhecer o futuro e confiar nas ações dos outros. Este retornar a reconhecer-se as ações, desprezando singularidade das circunstâncias, exige sempre um fundamento de caráter *objetivo*, uma continuidade governada e controlada. Os sujeitos, estipulando um acordo qualquer (da locação ao mútuo, do contrato ao mandato) podem prever e calcular seus futuros comportamentos, apenas por *referência comum a um critério*, que esteja acima deles e a eles se imponha. Eles sabem que, firmado o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante que os mutáveis interesses individuais. Estes são enfim transcendidos na estabilidade objetiva de um critério de julgamento. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. 4a. ed. Roma-Bari: Laterza, 2001, pp. 5-6, grifos no original.

A lei, ao mesmo tempo em que cria uma “ordem objetiva”, que disciplina comportamentos acima das vontades e das condutas dos indivíduos, distribui papéis e regulamenta posições jurídicas. É o que ocorre, por exemplo, com o mercado de capitais, cuja existência depende de uma regulação que crie a figura dos valores mobiliários, institua as autoridades reguladoras e estabeleça as atividades dos investidores e demais agentes daquele mercado. O mesmo se pode dizer do “mercado da construção civil”, expressão que conota não apenas uma atividade econômica, mas um conjunto de atividades, que passam a constituir agentes juridicamente investidos de alguma forma de capacidade (reguladores, incorporadores, mutuários etc.), e também os empreendedores privados, que passam a exercer papéis definidos na normatização, com base em uma dotação de meios nova e especialmente organizada (o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo, os recursos da caderneta de poupança, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviços e assim por diante). Outro exemplo seria o dos Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL), como o mercado de créditos de carbono, pelo qual é possível comercializar em mercados secundários e bolsas de valores os créditos gerados nos projetos; comprar créditos de carbono no mercado equivaleria a comprar uma permissão para emitir gases do efeito estufa.<sup>439</sup> Com isso, como resultado da elaboração jurídica, “cria-se um mercado”, caracterizado pelo intercâmbio, a título oneroso, de permissões de emissão, direitos com valor patrimonial, em que aquele que emite menos que o permitido tem a faculdade de vender o superavit.<sup>440</sup>

Assim, nesse tipo de política pública que constitui campos de atividade econômica e social, a norma instituidora define agentes e disciplina seus deveres, direitos, faculdades e feixes de relações recíprocas em torno do objeto daquele programa, conferindo condição de repetibilidade aos vários papéis, o que representa o seu grau de institucionalização. A organização, neste caso, consiste

---

<sup>439</sup> Ana Maria de Oliveira Nusdeo. *Pagamento por Serviços Ambientais no Brasil. Elementos para uma Regulação Ambientalmente Íntegra e Socialmente Justa*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 117. Segundo a autora, a crítica à implementação atual do mecanismo reside no fato de que a preponderância dos interesses dos compradores de adquirir mais créditos por menores custos tende a dar contribuições medíocres ao desenvolvimento sustentável.

<sup>440</sup> Sabino Cassese, ob. cit., p. 22.

na configuração de posições ou situações pelo arranjo institucional. Com isso, passa a haver complementariedade entre as dimensões objetiva e subjetiva contidas no arranjo institucional que materializa a política pública. Em resumo, esse tipo de organização corresponde à “institucionalização” do mercado de capitais, do mercado da construção civil e assim por diante. Ela se dá por meio da objetivação da atividade — que passa a ocorrer segundo determinados parâmetros estabilizados formalmente em lei, independentemente das pessoas que ocupam as várias posições necessárias ao funcionamento global daquela atividade — e simultaneamente, pela criação organizada das situações subjetivas envolvidas.

Sistematizados os meios econômicos à disposição do Poder Público para a estruturação das políticas públicas, cumpre examinar de que maneira as decisões alocativas econômicas se integram aos arranjos institucionais. A característica das políticas públicas, idealmente consideradas, é que a disposição de meios componha a base normativa do arranjo institucional, de forma proporcional e suficiente ao escopo e escala definidos para o programa de ação.

Pode ser traçado um paralelo com a proposição de Kelsen a respeito da especificidade do direito como técnica social, residindo essa no fato de que a sanção não está fora do direito, mas integra a própria regra jurídica, e a proposição institucionalista, em especial de Hauriou, de que na instituição os meios da ação compõem a idéia-diretriz e, portanto, o programa de ação.

A teoria de Kelsen é baseada na descrição das regras de conduta, dotadas de coerção; o ponto essencial é a presença da sanção na mesma norma que dispõe sobre a conduta. Essa formulação é uma resposta a outras teorias que se limitavam a descrever o direito como organização ou ordem social. A sanção, presente nas regras jurídicas, numa relação de imputação, seria o elemento especificamente jurídico da ordem social, o modo como se organiza a coerção.

A visão institucionalista não coincide com essa posição. Santi Romano entende que a coatividade é consequência da imperatividade das normas e não o contrário. Para o ordenamento basta, segundo Romano, “uma simples garantia, direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, segura ou apenas provável, e ainda que incerta, desde que seja, em certo sentido,

preordenada e organizada no mesmo edifício do ordenamento jurídico.” A coatividade, portanto, reside não em cada regra, individualmente considerada, mas no ordenamento, considerado no seu conjunto. Instituição, cumpre lembrar, é sinônimo de ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, de organização. Também nesse ponto, há menos distância do que parece entre o normativismo evoluído de Hart e as formulações originais do institucionalismo. Hart recusa a idéia do direito composto de comandos coativos, entendendo que a imperatividade está no conjunto, na “ordem coativa”.<sup>441</sup>

A institucionalização, como movimento de formalização do programa e transposição da iniciativa do governante para as estruturas impessoais do Estado, reduz a flexibilidade necessária para as correções de rumo que se farão no curso da implementação do programa de ação. Esse aspecto é mais um ponto tormentoso para a teoria normativa. E também em relação a ele se apresenta o paradoxo do governo e do Estado; o governo mais regrado é mais rígido e cerceado na necessidade de dinamismo para inovações e correções de rumo.

O plano de ação se assenta sobre uma base normativa, mas se distingue por conter e revelar uma determinada estratégia, isto é, a direção, combinada com a coordenação da ação. A estratégia implica a predição de comportamentos de maneira hipotética, diante das diferentes possibilidades de conduta dos demais participantes do programa de ação.

A gestão pública mais moderna no mundo desenvolvido há muito tempo deixou de privilegiar os ritos e as regras administrativas, em favor do resultado da ação, por meio dos chamados indicadores de desempenho, elementos quantitativos, fixados, evidentemente, com base em parâmetros qualitativos. Quantos beneficiários, com que perfil social, a que custo e em que prazo são informações absolutamente relevantes para qualificar a ação administrativa. Essas informações também são importantes para valorar a conduta do gestor

---

<sup>441</sup> “A sanção, de fato, acreditamos que possa não estar contida e ameaçada em cada norma específica: pode, ao invés, ser imanente e latente nas próprias engrenagens, no aparato orgânico do ordenamento jurídico considerado no seu complexo, pode ser força operante também de modo indireto, garantia prática que não dá lugar a nenhum direito subjetivo, e, portanto, a nenhuma norma da qual tal direito derive, freio conatural e necessário do poder social.” Santi Romano, *ob. cit.*, pp. 23-24.

público no que diz respeito ao significado político e social de suas ações e para informar o estabelecimento de prioridades.

Considerando que um traço característico da política pública é a reserva de meios, precipuamente econômicos, combinada com o escopo e a escala, pelos quais se delimita e quantifica o universo dos beneficiários, a utilização de indicadores de gestão e desempenho como desencadeadores de determinados efeitos só pode ser feita com base em norma jurídica, que confira a eles esse atributo. As normas gerais e abstratas, precipuamente as leis, não podem, nem devem, referir aspectos quantitativos ou temporais concretos no seu texto. Importante é que elas definam o escopo e a escala da ação.

A disposição jurídica que trata da admissão dos elementos não jurídicos no regime daquela política, definindo também os seus efeitos, observa a descrição da regra de reconhecimento, nos termos da proposição de Hart. A regra de reconhecimento tem, portanto, uma função de comunicação, permitindo que sistemas abertos estabeleçam relações jurídicas com outros planos, não jurídicos.<sup>442</sup> Em outras palavras, define as fontes não jurídicas de efeitos jurídicos. “A palavra fonte refere-se [...] a um dos critérios de validade jurídica aceites no sistema jurídico em questão.”<sup>443</sup>

A disciplina orçamentária, embora não seja objeto precípua do modelo, é um exemplo interessante de atuação da regra de reconhecimento. Pois a

---

<sup>442</sup> “[...]os fundamentos de um sistema jurídico consistem, não num hábito geral de obediência a um soberano juridicamente ilimitado, mas numa regra última de reconhecimento que prevê critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema. Esta tese assemelha-se em alguns aspectos à concepção de Kelsen de uma norma fundamental [...]” Herbert L.A. Hart. *O Conceito de Direito*. 2ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, [obra de 1961], p. 274. O paralelo entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental pressuposta estaria no fato de que ambas estabelecem a conexão primeira entre a política e o direito. Na verdade, a noção da existência de mecanismos de reconhecimento pelo direito estatal, em relação a ordens estranhas ao Estado, foi antecipada por Santi Romano em seu ensaio sobre o pluralismo jurídico, de 1918, a propósito do ordenamento da Igreja católica em suas relações com o Estado “Deste modo, a autonomia da Igreja católica somente poderia ser um poder não atribuído pelo Estado, sendo que este último somente o reconhece, quando o reconhece; o que equivale a admitir que tal poder preexiste em relação ao reconhecimento estatal, que este último não é o seu fundamento, mas a condição para que possa ser legitimamente exercitado perante o ordenamento do Estado e com os efeitos que se dizem civil. A falta do reconhecimento comporta somente a falta de tais efeitos, mas não a sua ineficácia no âmbito estranho ao Estado.” Santi Romano. A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e as suas relações. In *O Ordenamento Jurídico*, cit., pp. 137-241.

<sup>443</sup> Hart, ob. cit., p. 276.

formulação do orçamento, do ponto de vista da teoria geral do direito, é absolutamente peculiar. Até a apresentação gráfica da lei orçamentária expressa essa questão, compondo-se de poucos dispositivos formalmente apresentados como proposições normativas, que se fazem acompanhar de grande número de tabelas e quadros, contendo as referências quantitativas de valores financeiros ou servidores públicos. A lei orçamentária seria um exemplo de “acoplamento operativo” entre o subsistema jurídico e o subsistema econômico de finanças públicas, na linguagem da teoria de sistemas.

Passa a haver um nexos entre elementos extra-jurídicos, os indicadores, e jurídicos, os efeitos da conduta que levou à produção dos resultados que os indicadores expressam. Esse nexos só é possível com base na regra de reconhecimento. Por que ela, na qualidade de regra jurídica, é que dispõe sobre os efeitos do elemento extra-jurídico. Isto é, a escolha dos indicadores, a escala, tudo isso depende de variáveis, às vezes bastante sofisticadas, de relevância estatística. É ao direito que incumbe estabelecer o regime de efeitos resultantes de um ou outro indicador.

Por essa razão, a institucionalização da política pública faz-se, em geral, de forma “modular”, isto é, com a organização em norma de institucionalização mais alta e os elementos quantitativos, em outra disposição, com grau inferior de institucionalização. A técnica usual para essa “normatização modular” é a da remissão a regulamento, norma hierárquicamente inferior.<sup>444</sup>

É verdade que essa técnica muitas vezes resulta de uma imposição típica das soluções de compromisso do ambiente político — reveladora de pouco sucesso no processo de institucionalização, uma vez que a ação não logra se

---

<sup>444</sup> Ilustrativo desse raciocínio seria o caso da norma penal em branco em matéria de drogas, cujo completo delineamento, para a incidência do tipo penal que diferencia a simples comercialização do tráfico ilícito, depende de disposições infra-legais que arrolam as substâncias entorpecentes. A identificação dessas substâncias, que ensejam tratamento mais rigoroso, do ponto de vista penal, insere-se na esfera de domínios do conhecimento estranhos ao direito, como a farmacologia e a medicina, com os quais o direito se conecta, por meio da regra de reconhecimento. Outra ilustração seria a fixação do prazo de validade de alimentos pela autoridade sanitária, sabendo-se que a degradação biológica dos alimentos pode ser descrita segundo parâmetros temporais médios, estatisticamente identificados, embora isso não signifique que não haja amostras daqueles alimentos que possam perecer em período inferior ao prazo ou, ao contrário, durar mais do que esse, uma vez que a regra jurídica consubstancia uma abstração em relação ao plano dos fenômenos da vida analisados pela biologia.

objetivar, mas permanece associada à iniciativa e aos compromissos (ideologia) do instituidor. Com isso, a disposição maior resta “em aberto”, até que, em nova rodada ou instância de negociação se preencham os vazios na conformação da política pública. Por outro lado, há iniciativas que, a despeito do relativo consenso, não é possível ou viável completar desde logo no desenho da política pública, porque os componentes materiais dessa requerem maior flexibilidade, seja porque são mutáveis ou porque dependem do comportamento de agentes estranhos ao corpo do governo.

## **4. À GUISA DE CONCLUSÃO. Diretrizes para um método jurídico de análise e construção de políticas públicas.**

### **4.1. Método como recorte epistemológico: ordenação dos caminhos de conhecimento e intervenção.**

O estabelecimento de um método é um passo necessário às novas abordagens do conhecimento, se pretendem compartilhar suas perspectivas sobre um objeto, a partir de certos pressupostos, referências teóricas, instrumentos e procedimentos. O termo *método* remete à ideia de “caminho, percurso”.

Há inúmeros exemplos, na história do pensamento, da fixação do método como base para o desenvolvimento de determinada forma de apreender as características de um objeto que passa a ser considerado relevante para a ciência, visando compreendê-lo e analisá-lo. Na obra coletiva de edificação do conhecimento humano, foram sendo sedimentadas camadas, a partir da crítica das formas de entendimento em vigor e da proposição de novos processos de estruturação e evolução do saber.

Nas ciências sociais, os trabalhos de Weber,<sup>445</sup> Comte e Durkheim<sup>446</sup>, foram importantes, não apenas para estruturar a área de conhecimento, mas por fazê-lo de modo que o objeto se desse a conhecer pelas suas próprias características e não pela inclinação prévia do pesquisador.

Jellinek<sup>447</sup> nos primórdios do estabelecimento da teoria geral do Estado como disciplina, dedica um capítulo de sua obra maior ao método, assim como Herman Heller.<sup>448</sup> A estruturação da disciplina, também entre nós, foi precedida

---

<sup>445</sup> Max Weber. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciência política. In *Metodologia das Ciências Sociais*. 3ª, São Paulo: Cortez Editora, 1999, pp. 107-154.

<sup>446</sup> Émile Durkheim. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. [obra de 1895]

<sup>447</sup> Georg Jellinek. *Teoria General del Estado*. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2005, cap. 2, pp. 85-114. [obra de 1900]

<sup>448</sup> Herman Heller. *Teoria do Estado*. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968.

da afirmação das bases metodológicas, que devem integrar, necessariamente, a dimensão fática e a compreensão jurídica.<sup>449</sup>

O direito econômico, campo com o qual a abordagem das políticas públicas no direito tem evidentes afinidades, também evoluiu lentamente, a partir das transformações nas relações entre o direito e a economia que sucederam o fim da primeira guerra mundial, a revelar a exaustão do paradigma institucional-econômico do séc. XIX. Mas encontrou base para seu desenvolvimento na sistematização da reflexão teórica sobre temas que, ao mesmo tempo, vinham sendo progressivamente objeto de tratamento pelo direito positivo, à medida em que se intensificavam e diversificavam as formas de intervenção do Estado no e sobre o domínio econômico.<sup>450</sup>

O movimento que deu origem à nova feição da ciência política nos anos 1950, baseada nos estudos empíricos, é uma referência importante para a análise jurídica de políticas públicas, também sob o aspecto do método. O legado mais importante da corrente da *policy analysis* talvez tenha sido exatamente a incorporação da observação prática e da multidisciplinariedade. Em 1951, formou-se um grupo interdisciplinar na Universidade de Chicago, sob a coordenação do Departamento de Psicologia, para uma discussão sobre os problemas comuns em uma abordagem de sistemas nas ciências físicas, biológicas e sociais.<sup>451</sup> Foi necessário superar alguns problemas iniciais, “diferenças de linguagem, perspectivas e expectativas em relação ao método — conceitos comuns para fenômenos diferentes, diferentes conceitos para fenômenos quase idênticos, variando a ênfase na necessidade de quantificação”.<sup>452</sup> Mas a experiência revelou a riqueza do veio metodológico aberto: “as perspectivas de uma análise de sistemas servem para ligar todas as ciências, naturais e sociais; ajudam a tornar possível e proveitosa a comunicação

---

<sup>449</sup> Paulo Bonavides. 10ª ed. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2003, cap. 1.

<sup>450</sup> Fábio Konder Comparato. O indispensável direito econômico. In *Revista dos Tribunais*, v. 353, março de 1965, pp. 14 e seguintes.

<sup>451</sup> David Easton. *Uma Teoria de Análise Política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, p. 15.

<sup>452</sup> Easton, ob. cit., p. 16.