“A análise das políticas públicas se enfrentando com o direito” in RÉNARD, Didier, CAILLOSSE, Jacques, e de BÉCHILLON, Denys (dir.). A análise das políticas públicas em enfrentamento com o direito. Paris: LGDJ, Maison des Sciences de l’Homme [coll. Droit et Société].

TRADUÇÃO DE:

CAILLOSSE, Jacques, “Le droit comme méthode? Réflexions depuis le cas français” in RÉNARD, Didier, CAILLOSSE, Jacques, et de BÉCHILLON, Denys (dir.). L’analyse des politiques publiques aux prises avec le droit. Paris: LGDJ, Maison des Sciences de l’Homme [coll. Droit et Société], p. 27-47.

TRADUZIDO POR:

Eliardo Teles Filho

Claudio Kania

REVISADO POR:

Marcelo Chilvarquer

Capítulo 1

O direito como método? Reflexões a partir do caso francês

A interrogação sobre o status atual do direito francês nas teorias da ação pública, sejamos francos, está longe de ser nova. Mas essa interrogação ainda goza de uma certa confidencialidade na França e sua gestão permanece nas mãos da sociologia[[1]](#footnote-1), mais do que nas do direito[[2]](#footnote-2). Trata-se, no caso, de reagir contra velhos reflexos disciplinares, os mesmos reflexos que, no âmbito das ciências sociais, as mantêm indiferentes ao direito[[3]](#footnote-3), mesmo tendo sido fundadas por ele. Para conduzir o projeto evocado abaixo, ainda resta convencer os juristas que lhes é necessário abrir mão de um cânone profissional que os obriga a se identificarem com um direito reduzido à sua dogmática. Uma vez que a dogmática é uma forma de isolamento voluntário firmemente defendida, ela não oferece gancho suficientemente forte para que a crítica possa apreendê-la! E o ofício do jurista, tal como ele se impôs na visão universitária dominante, possui sólidos argumentos de justificação, sobre os quais nada parece justificar nenhuma dúvida[[4]](#footnote-4).

Deveríamos, então, darmo-nos por satisfeitos com esse estado de coisas acadêmico? Será que a teoria das políticas públicas teria chegado a um melhor conhecimento do seu objeto ignorando sua dimensão jurídica, porque a sociologia tomou a decisão de dissolvê-la em jogos de atores sociais, e porque os juristas se recusam a se comprometer, introduzindo essas impurezas em “seu” direito?

Eis aí uma situação tanto mais paradoxal quanto as transformações em curso na teoria da ação pública[[5]](#footnote-5) condenam juristas e sociólogos a se interessar, apesar deles mesmos, pelos mesmos objetos ou – será mesmo necessário dizer? – pelas mesmas instituições! Pensemos, por exemplo, na administração, no sentido convencional[[6]](#footnote-6). Dos sociólogos ela exige a compreensão desse material jurídico privilegiado que é o contrato. Caso contrário, seu estudo se fará sem a menor atenção a essa imensa produção que os juristas têm sobre o assunto. Quanto aos juristas, não poderão se recusar a encarar a experiência concreta da administração por muito tempo, ainda mais porque ela utiliza as categorias do direito, fazendo crer no contrato justamente onde sua realidade jurídica parece ausente[[7]](#footnote-7), ao mesmo tempo em que recorre a contratos onde a hipótese regulamentar era claramente utilizável. Como a atual banalização das formas negociais das políticas públicas não faria duvidar da pertinência dos cortes disciplinares no interior do perímetro das ciências da administração? Ainda assim, trata-se aí apenas de um exemplo entre tantos outros. Deixando essas modalidades edificantes da ação pública, poderíamos dirigir nossa atenção para certos desses lugares de recomposição da função administrativa e a mesma interrogação irritante (benedita) se imporia: a política urbana e de gestão do território oferecem à pesquisa dos campos onde a marcação jurídica é decisiva e onde sociólogos e juristas estão igualmente perdidos, conquanto por razões diferentes. Os primeiros porque eles se obrigam a crer que essas políticas públicas [p. 28] se fazem à margem de uma juridicidade cujas funções sociais materiais e simbólicas eles se empenham em desqualificar. Os segundos porque, ao não encontrar outro sentido no direito salvo aquele de que a ordem jurídica revestiu, eles insistem em rechaçar de seu universo mental os usos sociais aos quais as regras, os procedimentos e as instituições se submetem[[8]](#footnote-8).

Antes de entrar na nossa problemática, tratemos de prevenir males entendidos que geram às vezes a pretensão do juristas de falar direito justamente onde esse discurso não costuma ser ouvido. Nós sabemos que o movimento intelectual que as expressões “volta ao direito” ou “retorno do direito” resumem pôde ser interpretado em termos estratégicos. Alguns viram aí o projeto de uma comunidade desejosa de retomar a cena da análise política, se não da política ela mesma[[9]](#footnote-9). Que também haja aí, para além das reclassificações teóricas que a literatura universitária torna mais visíveis, a obra mais profunda de uma reconversão política, não seríamos ingênuos para negar. Mas que essa certeza aí não venha a encobrir outras! Nós podemos tentar distinguir a parte de trabalho jurídico na condução de políticas públicas sem ter a intenção de aumentar o capital dos juristas sobre uma disciplina que não lhes reconhece nenhum e que, ao mesmo tempo, é ignorada por eles. Essa guinada jurídico, tal como ela é preconizada aqui tem, aliás, grandes chances de ser percebida pelos juristas como uma operação pouco interessante, pois esse direito de que aí se trata tem grandes chances de não ser reconhecido por eles. Propor uma abertura do lado do direito na teoria das políticas públicas pressupõe satisfazer certas exigências metodológicas. No meio dessas exigências está a ampliação do campo da juridicidade, para além dos limites que lhe são tradicionalmente colocados pela doutrina jurídica dos juristas[[10]](#footnote-10). Será necessário, com efeito, tratar o jurídico como um material político. Sem deixar de ser, no entanto, jurídico, judicializável, portanto, como os protocolos colocados em operação pelos profissionais do direito, não é típico dessas ferramentas de mediação graça às quais os atores sociais, aliados ou rivais, associados ou em conflito, regulam suas relações mútuas. Donde a hipótese de “falta de interesse” que sustenta algumas reflexões que se seguem: ao insistir no impasse sobre a dimensão jurídica das políticas públicas, nós nos privamos de uma ferramenta de conhecimento [p. 29] essencial. Pois, no esquecimento do direito nós podemos perder não apenas a forma ou o estilo do objeto estudado, mas sua identidade ou sua economia[[11]](#footnote-11).

Refletir sobre a parte jurídica na análise das políticas públicas exige, pois, proceder em dois tempos. Após uma interrogação sobre o status menor que a teoria das políticas públicas guarda para o direito, nós tentaremos ver por que e como o direito poderia ganhar um enriquecimento propriamente jurídico.

SOBRE O STATUS MINORITARIO OU DE MENORIDADE DO DIREITO NO TRATAMENTO DAS PP

Advertência

É impossível de chegar aos argumentos que dão sentido à proposição enunciada no título acima sem dizer, preliminarmente, quais são os seus limites. Falar como nós vamos fazê-lo diante da ausência ou da pouca atenção (benedita) dada ao direito nas análises de políticas públicas remete a constatações que não têm evidentemente nada de absolutas. Além do fato de que elas se relacionam a uma situação específica, a do universo científico francês, elas só valem para uma configuração intelectual que a formação de circuitos e redes de pesquisa europeus e internacionais submete e promete transformações consideráveis[[12]](#footnote-12) (benedita qual o sentido???). Desde já, os dados do problema de método levantado aqui se movimentaram. Lembremos que os últimos vinte anos viram os juristas perderem posições fortes que eles tinham a frente de estudos sobre a ação pública. Durante esse período onde a pesquisa sobre a administração conhece na França seu pleno desenvolvimento, esses mesmos juristas deverão sofrer os efeitos de uma verdadeira mudança de paradigma. Um processo que poderia bem resumir a promoção que beneficiou a teoria [p. 30] das políticas públicas em detrimento do que nós continuamos a chamar “ciência administrativa, nas faculdades de direito principalmente[[13]](#footnote-13).

Por mais que seja edificante essa abordagem por meio dos equilíbrios disciplinares, ela não é isenta de riscos. Uma coisa é mensurar a evolução sofrida pela doutrina dos juristas no sistema de produção acadêmica de ideias. Outra coisa é saber o papel que o direito representa na renovação dos conhecimentos relativos à ação pública.

Seria necessário sobretudo evitar de enxergar, no declínio da influência dos juristas, o sintoma de uma desvalorização das funções sociais do direito. Nós nos impediremos sobretudo de enxergar aí as marcas de uma queda em desuso das problemáticas jurídicas no tratamento da questão do Estado, via análise das políticas públicas[[14]](#footnote-14). [p. 31]

Nós dissemos de saída: essa matéria está em plena evolução e suas características atuais as mais destacadas – pelo menos, do ponto de vista aqui privilegiado – não são características necessárias. A competição, sempre reativada e aberta como nunca, das confrontações entre equipes científicas faz circular metáforas, categorias e conceitos. Provocando interferências e efeitos de ressonância, ela obriga a deslocamentos de problemática, faz mudar o olhar sobre as coisas e faz as prioridades evoluírem. A abundante literatura que o exame de políticas públicas suscita na França não escapa a essas turbulências. A ela, só uma análise semântica elementar permitia seguir o movimento das sensibilidades e dos modos. O texto assim gerado mostra os procedimentos mimetizadores de formação e de autoreprodução de uma comunidade [profissional] até no estilo e nos cacoetes de escritura. Para além das palavras, das fórmulas e das imagens, nós vemos como se constitui e se recompõe uma disciplina nova através do reconhecimento, da seleção e depois da valorização de autores, de obras e de sua problemática. A prática sistemática dessa leitura genética revelaria, sem dúvida, preciosas indicações sobre nosso assunto. Nós poderíamos seguir, assim, os inegáveis progressos do “neo-institucionalismo” [[15]](#footnote-15) nas produções atuais de pesquisa francesa sobre as políticas públicas[[16]](#footnote-16). Se o sucesso já incontestável se confirmar, talvez ele nos obrigasse a corrigir o raciocínio sobre o qual repousa a presente reflexão, pois, na revalorização politizante [politiste] das instituições há o anúncio de que seria necessário levar a sério a dimensão jurídica do evento[[17]](#footnote-17). Em todo caso, ao reconhecer à instituição [p. 32] esse novo status mental, cientistas políticos e sociólogos se veem sobre um terreno fortemente balizado pelo pensamento jurídico! O que vemos se desenvolver hoje em dia, é, aliás, uma lógica de apropriação ou de reapropriação do direito por uma comunidade até agora alérgica ao jurídico. As origens do fenômeno provavelmente não devem ser buscadas no seio da dita comunidade, mas ela tem suas maneiras próprias de espelhá-lo. A banalização das obras de J. RAWLS e de R. DWORKIN, o interesse renovado pela sociologia do direito de M. WEBER[[18]](#footnote-18), a insistência de N. LUHMANN sobre a função jurídica nas suas análises da ordem social[[19]](#footnote-19), as reflexões conduzidas por J. HABERMAS sobre a interpretação do direito, da moral e da política[[20]](#footnote-20), os trabalhos engajados de P. RICOEUR no campo do jurídico[[21]](#footnote-21), tantos elementos constitutivos de uma nova configuração epistemológica. Resultam daí mudanças nos sistemas de referências cujos traços poderíamos seguir até nos assuntos e nas bibliografias de teses de ciência política defendidas nos últimos anos ou ainda na evolução dos sumários das revistas canônicas da disciplina. Preocupações teóricas novas emergem, as quais incorporam o jurídico aos questionamentos relativos à regulação e à contestação e à dominação sociais[[22]](#footnote-22).

Em resumo, o contexto se presta, é nítido, a uma real sensibilização da teoria das políticas públicas pelos fatos e pelas ideias jurídicas. Ele deixa supor uma possível evolução de grandes equilíbrios intelectuais no setor de pesquisas. Portanto, esse setor é e permanece, no seu estado presente, profundamente marcado pelo status de menoridade que ele guarda para a questão do direito (p. 33).

UMA VERDADEIRA INDIFERENÇA DAS CIÊNCIAS DA ADMINITRAÇÃO[[23]](#footnote-23) PARA A QUESTÃO DO DIREITO: CONSTATAÇÕES

Tratemos agora de abstrairmo-nos – tanto quanto seja possível – do que é *suscetível* de resultar do fato da multiplicação e da intensificação dos intercâmbios e interações intelectuais em curso, para observarmos, apenas, que o status atual do corpus jurídico cuja constituição na França, nos últimos 20 anos[[24]](#footnote-24), a análise das políticas públicas permitiu. Vejamos o campo das referências mobilizadas: nós vemos que o universo mental de uma ciência política que se construiu e se impôs a partir de um ancoramento particular e no quadro de um caminho singular.

A reflexão sobre o Estado em atos ou no concreto a partir das políticas públicas é tributária de um modelo de saber no qual nós gostamos de dizer e relembrar a futilidade[[25]](#footnote-25)\* de todo o pensamento jurídico aplicado a tal objeto. Daí resulta um discurso que se orgulha de mostrar seu antijuridismo. Aí estamos novamente remetidos à maneira propriamente francesa de pensar nas relações da ciência política com o jurídico[[26]](#footnote-26). Aqui são mostradas preferências e ojerizas, escolhas e rupturas são efetuadas, heranças cultivadas, mas há, em todos os lugares, o mesmo desejo de se destacar do direito e dos juristas. Investindo no campo das políticas públicas, a ciência política persegue, desse ponto de vista, um mesmo percurso, seu engajamento carrega os traços de uma mesma cultura antijurídica.

O status teórico do direito depende muito menos do que é verdadeiramente seu papel na elaboração, na colocação em prática, no controle da ação estudada, que das preocupações e condutas intelectuais de diferentes grupos de pesquisa cujos trabalhos se impuseram e continuam a servir de referências comuns necessárias. A paisagem mental que desenha esse sistema circular de reenvios e citações é, assim, estreitamente tributário das representações do direito e dos juristas típicas do universo da ciência política [p. 34] francesa[[27]](#footnote-27), para além do que pode ser sua divisão alhures (em outros lugares). Em outros lugares, onde outros hábitos prevalecem (como nos países anglo-saxões, por exemplo, onde o Estado e as administrações públicas não podem gozar, à moda francesa, desse inesgotável manancial de recursos oferecido pela tradição do direito público[[28]](#footnote-28), ou, como a Alemanha e a Itália, porque a sociologia e a filosofia política obrigam a uma vigilante observação do direito[[29]](#footnote-29)) o espaço aberto ao jurídico no conjunto das ciências da política será, em cada caso, diferente.

Na França, o processo que, depois de vinte anos, favoreceu o surgimento de um novo espaço disciplinar a partir da análise (empírica) das políticas públicas foi fortemente influenciado, senão dominado, pelas equipes e correntes de pensamento que, no geral e até o presente, têm permanecido indiferentes à existência desse campo jurídico que a sociologia de P. BOURDIEU se empenhou (DEPUIS) a identificar os efeitos de realidade, tanto materiais quanto simbólicos[[30]](#footnote-30). Claro, essa “disciplinarização”[[31]](#footnote-31) não se traduziu em uma homogeneização completa do discurso que a constituiu. Foi preciso contar com a intervenção cada vez mais ativa e, parece[[32]](#footnote-32), cada vez mais convincente de certos sociólogos[[33]](#footnote-33) para quem o direcionamento da ação pública [p. 35] não pode ser concebida nem analisável sem o direito. Inúmeros juristas, dentre os mais ciosos de não deixar a ciência jurídica sob as formas reinantes do positivismo universitário, fizeram também a escolha de se incluírem nesse movimento científico[[34]](#footnote-34). Esse movimento não deveria, então, fazer da administração e da ação pública, estudadas principalmente a partir das lições da ciência administrativa, um objeto de ciência política “à parte inteira”? A paisagem que a teoria das políticas públicas oferece hoje deve, certamente, parte de sua identidade a esses elementos. No entanto, será que eles são suficientes para explicar os êxitos duma disciplina que coloca propõe o abandono de velhos questionamentos abstratos sobre o Poder e a Política em benefício de um trabalho in concreto sobre o Estado em ação?

Os impulsos decisivos parecem ter vindo de dentro da ciência política em sentido amplo. Um inventário do estado atual dos principais temas de pesquisa aplicada às políticas públicas seria, aliás, construtivo: ele mostraria seguramente – apesar de um processo não neglicenciável de diversificação – que o direito só consegue aspirar a um papel residual[[35]](#footnote-35). Isso é a expressão específica duma tendência mais [p. 36] geral e profunda na ciência política francesa, a desvalorizar o jurídico que a faz falar em termos de fragmentos, para retomar a palavra empregada por P. LEGENDRE, ou de rastro: rastro de algo que deixou de existir ou que não tem mais nada a dizer. Em resumo, o processo de “disciplinarização” evocado aqui se construiu, fundamentalmente, excluindo a preocupação jurídica. Esse itinerário intelectual, estará ele adaptado para a realidade das funções sócio-políticas do direito?

Se o jurista conservar, da teoria das políticas públicas, a ideia de que elas só podem ser estudadas depois que o terreno foi desobstruído desses inevitáveis dejetos jurídicos, será que ele não estaria se deixando levar rumo a uma interpretação parcial e abusiva. Se ele pôde constatar que essa nova região do saber se construiu na França mediante o desconhecimento deliberado da constituição jurídica das políticas públicas, ele deve evitar toda teorização apressada.

Há duas razões principais a recomendar a necessária prudência nesse ponto.

Primeiro porque os fenômenos observados não têm nada de exclusivamente francês. O objeto “política pública” sempre suscitou trabalhos remetendo a referências anglo-saxãs, alemãs e italianas, notadamente, e o interesse atual sobre as ações públicas europeias[[36]](#footnote-36) e sobre a europeização das políticas públicas nacionais[[37]](#footnote-37) abre um campo novo para o comparatismo, cujos efeitos materiais e teóricos a necessidade já faz aparecer[[38]](#footnote-38).

Em seguida, porque a pesquisa não é totalmente homogênea, e vozes individuais acabaram se fazendo ouvir[[39]](#footnote-39). A ideia de que o direito poderia contribuir para um conhecimento mais refinado das políticas públicas é cada vez menos estranha para a comunidade [p. 37]

Não subestimamos a importância desses fatores de prudência. Mas eles não revertem, evidentemente, o curso das coisas. Nem o progresso do comparatismo, nem a banalização dos intercâmbios disciplinares no seio da disciplina que se europeizou e se internacionalizou, nenhum desses fatores eliminou os resíduos ainda vivos do antijuridismo das pesquisas francesas sobre a ação pública. Esse antijuridismo permanece, para além dos deslocamentos e reconfigurações em uso.

A INDIFERENÇA DAS CIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DO DIREITO: ELEMENTOS DE EXPLICAÇÃO

Para compreender o papel de contraste que a ciência política reserva ao pensamento jurídico e aos juristas, seria necessário retornar às condições dentro das quais a disciplina da ciência política construiu, recentemente, sua autonomia intelectual e institucional[[40]](#footnote-40). Para constituir seu programa, ela teve que se emancipar da velha tradição universitária francesa que fazia dos juristas, ao mesmo tempo, promotores e gestores da ciência política. Uma vez essa emancipação realizada, a comunidade na retirou de seu sistema de legitimação a referência à categoria de “pensamento jurídico” confeccionada para a defesa da causa da emancipação. As funções retóricas dessa entidade são evidentes: sua invocação permite desobrigar-se da análise do direito positivo e dos comentários doutrinários que lhe dão sentido. É também através desse tipo de proceder que uma disciplina demarca seu território: para se constituir, a ciência política se desprende de um fantasioso conjunto de “ideias prontas” [prêt-à-penser] jurídicas. A atitude de recusa que os cientistas políticos adotam, em geral, é ainda menos imprevisível em razão de ela proceder de uma curiosa internalização do positivismo no que ele tem de mais redutor da dimensão jurídica ela mesma[[41]](#footnote-41). Digamos de outra forma: tal que ele é utilizado pelo discurso aplicado às ciências políticas, quanto mais o direito é rebaixado às representações positivistas mais acadêmicas, mais ele se torna inútil para a análise dos objetos e realidades políticas. Essa interpretação sustenta os danos mais frequentemente alegados contra o “jurídico”: quer se trate de denunciar sua irrealidade ou sua ineficácia, é sempre a vaidade de um direito considerado como simples sistema de regras fechado em si mesmo que é estigmatizado. Resta saber até onde essas representações que a ciência política faz do direito são válidas [p. 38].

O argumento derivado dessa suposta irrealidade do direito – ou, se preferirmos, a tentação de só conservar desse argumento a figura desvalorizadora de uma ideologia[[42]](#footnote-42) – é suscetível de se conjugar de diversas formas. Na forma mais elementar e mais brutal, ele faria dizer ou subentender que o direito não tem nada a fazer entre os elementos a partir dos quais se constrói uma ciência política, que justifica, assim, seu afastamento do direito. Uma forma mais elaborada do argumento é a de fazer do direito um tipo de máscara das realidades políticas. Sem dúvida, teríamos razão em falar isso, mas somente se quiséssemos nos referir à recusa, pois o acesso ao real implicaria se liberar de tudo o que compromete sua compreensão. O processo irreal do direito é trilhado, sobretudo, através da recusa do pensamento jurídico – entenda-se essa recusa assim: a maneira própria aos juristas de observar os fatos sob o prisma deformante de textos, para só enxergar o mundo como uma encenação jurídica. Essa pura estética da forma só faz empobrecer as expectativas da ciência política.

Mas o ceticismo mais forte em relação à juridicidade encontra a essência de sua razão de ser na suposta ineficácia da norma jurídica. A análise das condições concretas de funcionamento da norma jurídica revela sua incrível vulnerabilidade. Essa vulnerabilidade se impõe na sequência de uma dupla constatação. Primeiro, há toda a experiência histórica do direito que serve de delator impiedoso da vaidade do jurídico. Enquanto fenômeno de acumulação, o direito demonstra uma aptidão a fazer coisas contraditórias e opostas entre si. Ele funciona, a longo prazo, da mesma forma que um imenso repositório retórico suscetível de servir a todas as causas possíveis[[43]](#footnote-43). Segundo, há, em seguida, os desmentidos que as práticas sociais infligem às representações que o discurso jurídico se dá a si mesmo. A partir do momento em que a realidade das relações sociais se constrói sempre mais ou menos à margem do direito, senão contra ele[[44]](#footnote-44), torna-se não apenas possível [p. 39] mas até desejável emancipar-se dos modelos intelectuais oferecidos pelo pensamento jurídico[[45]](#footnote-45).

Esta argumentação que se presta a inumeráveis variações parece impor-se com a força de uma evidência e de bom senso. Nada nela, no entanto, pode ser convincente, de tanto que ela falseia o essencial, isto é, a análise dos procedimentos singulares e específicos por meio dos quais a conversão das palavras do direito em coisas forma a obra do jurídico.

Tratemos de chegar ao essencial de uma vez. No conjunto das críticas que recorrem às teses mencionadas acima, dois grupos de objeções serão destacadas em razão de seu caráter especialmente decisivo.

Parece-me possível perceber, no tratamento que a ciência política faz das políticas públicas, uma concepção demasiadamente redutora da juridicidade, equiparada, de forma ligeira e apressada, a um banal sistema de regras fechado sobre si mesmo. Uma vez admitida essa ideia de fechamento, a qual nós sabemos que está no centro das problemáticas dominantes na doutrina dos juristas acadêmicos[[46]](#footnote-46), os teóricos das políticas públicas consequentemente enxergam um formalismo jurídico[[47]](#footnote-47). Mas, existem motivos de sobra para nos forçar a não reduzir o direito a regras. Não se trata de negar a existência de um sistema de normas jurídicas, com características próprias ao direito que o distinguem de outros dispositivos normativos. Mas, o problema é de saber em que medida o direito, pelo qual e no meio do qual a maior parte dos juristas se reconhece, encontra sentido também fora do ambiente[[48]](#footnote-48) que o contém. Se é necessário estar atento a cada vez que nos interrogamos sobre o direito a não reduzir o sistema de normas jurídicas a um sistema normativo qualquer, a um que a ciência jurídica torna seu objeto, nunca é convincente tratar do direito ignorando toda a juridicidade que o reflete e que, ao mesmo tempo, ele informa. Em resumo, assim como nos recorda A.-J. ARNAUD[[49]](#footnote-49), é tão importante não confundir o direito e o sistema jurídico quanto é quimérico pretender pensar o direito cortando desviando-se do sistema jurídico.

Que a contribuição do direito à regulação das relações sociais supõe mais que regras jurídicas, é o que, partindo de um outro ponto de vista, P. LEGENDRE opõe à teoria política habitual, porquanto ela “tem”, diz ele, “o mal de entender que o problema da organização normativa pressupõe – eu digo pressupõe como se pressupõe um axioma – uma encenação, que empreender a resposta ao ‘por que?’ seja um empreendimento teatral. Dito de outro modo”, prossegue o autor, “não haveria legitimidade sem metáfora, sem montagem de ficções. Se tomarmos como secundário ou se nos recusarmos a reconhecer essa dimensão do sistema normativo, não compreenderemos bem a lógica dogmática, a gênese das normas, mais do que nós compreendemos a eficiência de manobras de poder, porque essas manobras são antes de tudo a manobra de imagens e o direito é ligado ao poder por essa articulação de imagens”[[50]](#footnote-50).

Eis aí um texto essencial para fundar a crítica às abordagens tecnológicas do maquinário jurídico: o Estado não nos conteria, ele mesmo, também através dessa produção de imagens que ele encarrega ao jurídico? O direito nos torna espectadores de um mundo sonhado[[51]](#footnote-51). A fabricação de normas serve, ainda, a fazer ver e a fazer crer. Como duvidar que através da representação que o direito dá aos fatos positivos por um trabalho de edição constante, por uma organização mas também por operações de confusão e de desfocagem, o direito consegue criar parte da realidade. Pois a cena sobre a qual essas imagens adquirem forma não se organiza à margem das relações sociais, ela é parte integrante dos processos de comunicação. Esse mundo sonhado não se torna real? Que caso interessante! Essa produção incessante do imaginário jurídico não trabalha menos para a perenisação das ligações sociais, instalando o Estado no seu papel de instância simbólica [p. 41] capaz, em virtude de meras palavras, de afetar o curso das coisas[[52]](#footnote-52). É por isso que não me parece exagerado escrever que a literatura jurídica na sua acepção mais ampla investigue ela também a realidade. Longe de não se interrogar sobre ela, as questões que ela coloca questões sobre o mundo tal qual ele é. A tese postulando que o relato jurídico funciona sobre si mesmo sem interesse por outra coisa a não ser suas próprias palavras não resiste a um exame. Na espessura de suas palavras, o texto jurídico deixa entrever a obra de múltiplos saberes aos quais o texto jurídico está ligado. Seu discurso não tem nada de fechado. Ele não poderia, aliás, ser definitivo ou completo, salvo se aceitasse arriscar-se à esterilidade: ele tem que mais ou menos deixar uma expectativa de sentido. Seu programa não é, sobretudo, o de descrever cientificamente a realidade: sua linguagem não é, de fato, uma garantia do que ela nomeia. Mas não é porque ela não tem pretensão a reduzir a verdade dos fatos às palavras que os fatos lhes sejam estrangeiros ou alheios. Resta uma maneira própria ao direito de fazer representações que consiste a manter o sentido em reserva, fazendo dele uma questão em suspenso, sempre aberta[[53]](#footnote-53).

A essa primeira série de objeções visando à lógica da relegação do direito às margens de uma realidade que ele viria a decorar com suas boas intenções, eu acrescentaria outras que tocam, desta vez, na questão já tão debatida da eficácia, da eficiência ou da efetividade jurídica[[54]](#footnote-54). A esse problema essencial, a teoria das políticas públicas dá, ainda que implicitamente, elementos para uma resposta cuja discussão nos obriga a um desvio pela reflexão fundamental sobre o que é que, lá, ou aqui, chamamos de direito[[55]](#footnote-55). A suposta inaplicação dessa ou daquela norma jurídica justificaria, por si só, o discurso um pouco convencional sobre a ineficácia social do direito? A bem da verdade, salvo se investirmos o direito de não sei que poder demiúrgico, nós não vemos como evitar a resposta negativa. Mas se o assunto é assim tão importante, ele merece mais do que essa mera alusão. Entretanto, para economizar longas dissertações que o enquadramento deste trabalho tornaria inoportunas, eu tomarei como ponto de partida a forma trivial [p. 42] da argumentação contestada aqui e que chega a dramatizar, para melhor criticar, a inaplicação ou a má aplicação do direito. Sob muitos aspectos, encontramos na percepção do jurídico refletida pela literatura científica sobre as políticas públicas aquilo que R. DWORKIN denomina de “convencionalismo”[[56]](#footnote-56). O autor se bate contra essa convicção profana que quer que acreditar que, no fundo, “A Lei é a lei”. O que torna inaceitável esse ponto de vista é sua incapacidade de reconhecer a indeterminação necessária da norma jurídica e das consequências práticas ligadas a essa característica.

O material do qual é feita a linguagem do direito não apresenta nenhum apoio particular que o habilite a se subtrair dos jogos mais ou menos aleatórios da interpretação. O texto jurídico não é, mais do que nenhum outro tipo de texto, pleno de um sentido claro que se imporia também ao conjunto de seus destinatários com a força de uma evidência. É bem por isso que a hermenêutica do texto se estende amplamente ao conjunto das ciências sociais. “Um texto, com efeito”, observa P. RICOEUR[[57]](#footnote-57), “é sempre mais que uma sucessão linear de frases; ele consiste em uma totalidade estruturada que pode, sempre, ser construída de muitas formas diferentes. A esse respeito, a pluralidade das interpretações, quiçá até o conflito entre elas, não é prova de uma falha ou um vício, mas uma qualidade típica da compreensão, enquanto tal, no coração da interpretação; nós podemos, sobre esse ponto, falar de polissemia textual, como falamos de polissemia lexical”. As teorias da interpretação exigem o abandono de velhas certezas arraigadas na doutrina jurídica tradicional que queriam que o sentido do direito esteja depositado nas suas palavras enquanto o exegeta é investido, aqui, da missão de buscar esse sentido já preexistente e pronto para ser utilizado[[58]](#footnote-58). Pois, como escreveu com razão A. JEAMMAUD[[59]](#footnote-59): “As regras jurídicas são mais naturalmente expostas a uma ‘luta por sentido’ do que dotadas do ‘sentido claro’ que nós lhes emprestamos sempre mais voluntariosamente à medida em que seu fraseado nos pareça inequívoco”. Por conta da natureza porosa, nebulosa do material que a contém, a norma jurídica só se deixa apreender em termos de significação. E essa significação é sempre o produto de uma escolha interpretativa[[60]](#footnote-60). Tantos argumentos que [p. 43] que tornam tão vulnerável a adesão a uma percepção do direito em forma de regras dotadas de um sentido preexistente e não ambíguo, e obrigam a uma ruptura radical com toda visão mecânica do famoso problema de inaplicação do direito. Para apoiar essa afirmação voluntariamente categórica, damos duas razões principais[[61]](#footnote-61).

Primeiro, não deixaremos de lembrar que, na tradição kelseniana em todo caso, o que caracteriza uma norma jurídica por oposição às leis necessárias e invioláveis da natureza é, justamente, a possibilidade de que ela seja violada[[62]](#footnote-62). A suposta não aplicação de uma norma não pode ser considerada prova da futilidade do direito: a norma só existe na medida em que ela deixa aberta a possibilidade de condutas em desconformidade com o que ela prescreve. O distanciamento da norma nos remete sempre ao direito, porque sua medida pressupõe um identificador construído juridicamente. A transgressão sempre remete à norma que é a única coisa que permite identificá-la.

Segundo, afirmaremos que o direito não tem necessariamente que ‘ser aplicado’ para funcionar verdadeira e plenamente, e essa formulação nada tem de paradoxal. Até na não aplicação eventual da regra, há uma manifestação da produtividade social do direito na medida em que ela não tem que ser sempre e estritamente observada. É sempre o caso quando os atores fazem a mesma escolha de se acomodar tomando certa distância em relação à regra, ou quando o Estado tem um discurso jurídico sem buscar necessariamente a transformação das condutas sociais visadas: a lei, o regulamento não produzem aí regras, mas sim imagens. Essas [p. 44] designam o distanciamento entre práticas sociais condenáveis mas toleráveis – a poluição pelos criatórios de suínos na Bretanha por exemplo – e a regra que deveria ser seguida. O texto jurídico mesmo inaplicado não deixa de preencher uma função decisiva: aqui, demonstrar a mansidão do poder. Então, a regulaçãoo dos interesses presentes passa por uma produção jurídica cuja inaplicação a gente já sabe de antemão[[63]](#footnote-63). P. LASCOUMES e J.-P. LE BOURHIS estão, assim, plenamente justificados de retomarem a observação de M. WEBER ao escrever “o que determina a validade de uma prescrição legal, não é o fato de ela ser observada mas que certas atividades sejam orientadas em função dela”[[64]](#footnote-64). Dito de outra forma, é inútil buscar a entender a eficacidade prática do direito nas suas aplicações ou, se preferirem, na sua “aplicabilidade”. O essencial se joga em outro lugar: no dispêndio social – no sentido em que fala-se, em outros lugares, em dispêndio físico – ao qual todo empreendimento jurídico obriga: quantos intercâmbios, quantas comunicações seriam hoje concebíveis fora desse grande comunicador jurídico que lhes torna possíveis ao mesmo tempo em que lhes oferece um sistema de esclarecimentos sem equivalente[[65]](#footnote-65). Escutemos F. EWALD à época em que ele nos incentivava a “falar direito”[[66]](#footnote-66): “Pode ser que tenha chegado o momento de reconhecer: o valor do direito não está em que ele se fundaria sobre um regime de valores que todo o mundo deveria respeitar, mas sim em sua mera existência. Sua positividade é seu valor. Sua existência testemunha, com efeito, da possibilidade de uma comunicação. A vida do direito relata em que condições práticas, em circunstâncias sempre particulares, os homens podem entrar em comunicação. Eis aí o ponto: o valor do direito não é moral [p. 45] mas comunicacional. O direito descreve em que condições uma comunicação é possível”.

Agora me resta esperar que, apesar de seus limites (nos dois sentidos que pode receber esse termo designando não apenas o caráter parcial da proposta mas também o empreendimento deliberado de redução da literatura científica sobre as políticas públicas ao qual ela conduz) a argumentação precedente dá algum crédito ao programa que ela pretende servir, ou seja, à abertura da teoria das políticas públicas para o espaço da juridicidade. Ainda seria necessário estabelecer que essa teoria tem ainda a ganhar com o direito!

DA EVENTUAL CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO PARA O TRATAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao formular, seguindo outros[[67]](#footnote-67), a hipótese de que o direito constitui uma prática social, nós nos comprometemos a conduzir uma dupla demonstração: não é suficiente dizer por que e como o direito pode ser pensado diferentemente de uma tradução técnica do positivismo acadêmico dominante[[68]](#footnote-68). O exercício só tem sentido se ele permite introduzir o direito no tratamento das políticas públicas, ou seja, pensar o direito diferentemente para pensar diferentemente com o direito. Ele deveria poder favorecer um quadro de inteligibilidade das políticas públicas porque seus objetos não se apresentam jamais sob a forma de eventos brutos ou de puros fatos. Toda política pública, pela força dos fatos, vai estar implicada no espaço do direito, e conter as marcas desse encontro inevitável: os atores não deixam de inserir o jurídico em seus cálculos estratégicos e, daí, as ações seguem trajetórias cujo desenho obedece a considerações jurídicas. Esse lugar que o direito ocupa inclusive na fábrica das políticas públicas, ao modo de um material sempre mobilizável, não justificaria, por si só, os princípios de leitura sugeridos aqui? Evidentemente, não é apenas o direito que tornará as políticas públicas inteligíveis: sua verdade não se enuncia de forma nenhuma nas categorias [p. 46] do pensamento normativo, mas nada que toma forma e sentido na política pública poderia escapar do trabalho do direito. Tal é a orientação metodológica exigida pela reflexão que acaba de ser delineada acima. Ainda falta cruzar dois tipos de exigências complementares, combinar constituição política do direito e constituição jurídica das políticas públicas. [p. 47]

1. Cf. em particular os trabalhos de P. LASCOUMES, “Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques”, l’Année sociologique, vol. 40, 1990, p. 43 e seguintes; ID. “Les arbitrages publics des intérêts legitimes en matière d’environnement. L’exemple des lois Montagne et Littoral”, RFSP, 1995, nº 3, p. 396 e seguintes; ID., com E. SERVERIN: “Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques”, em P. LASCOUMES (ed.), Actualité de M. Weber pour la sociologie du droit, LGDJ, Paris 1995, p. 155 e seguintes; ID., com J.-P. LE BOURHIS, “Des passe-droits aux passes du droit. La mise en oeuvre sociologique de l’action publique”, Droit et Société, 1996, nº 32, p. 51 e seguintes. Cf. também a obra coletiva publicada sob a direção de F. CHAZEL e J. COMMAILLE, Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, Paris 1991 [coll. Droit et Société]. Conforme, ainda o estudo de P. DURAN, “Piloter l’action publique, avec ou sans le droit?”, Politiques et management publique, 1993, nº 4, p. 1 e seguintes. [↑](#footnote-ref-1)
2. Existem, claro, exemplos em contrário. Cf., notadamente, A. JEAMMAUD, “Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale”, em M. MIAILLE (ed.), La régulation entre droit et politique, L’Harmattan, Paris, 1995, p. 95 e seguintes. Encontraremos, ainda, algumas reflexões nesse sentido na minha contribuição à obra coletiva dirigida por J.-J. GLEIZAL, Le retour des préfets?, PUG, Grenoble, 1995, p. 217 e seguintes. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre esse fenômeno, suas manifestações e seus incidentes, conforme J. CAILLOSSE, “Droit et politique: vieilles lunes, nouveaux champs”, Droit et Société, 1994, nº 26, p. 127 e seguintes. [↑](#footnote-ref-3)
4. Entre os numerosos trabalhos recentemente produzidos sobre a doutrina dos juristas, conforme o nº 20, 1994, da revista Droits, a publicação 1994 dos trabalhos do CURAPP, PUF, Paris, La doctrine juridique. Conforme também o nº 32, 1995 de Politix, consagrado ao “poder dos legistas”, e o artigo de Ph. JESTAZ e Ch. JAMIN, “L’entité doctrinale française”, Rec. Dalloz, 1997, chronique, p. 167 e seguintes. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver, sobre esse assunto os trechos da revista Politiques et management public reunidos por F. LACASSE e J.-C. THOENIG sob o título l’Action Publique, l’Harmattan, Paris, 1996. [↑](#footnote-ref-5)
6. Esse tema já tinha feito a fortuna da doutrina do direito público (cf. J. CAILLOSSE, “Sur la progression en cours des techniques contractuelles d’administration”, dans L. CADIET (ed), Le droit contemporain des contrats, Economica, Paris, 1987, p. 89 e seguintes). Ele está atualmente bastante trabalhado por sociólogos, cientistas políticos e economistas. Uma boa ilustração dessas abordagens cruzadas sobre as convenções está oferecida na publicação nº 4, 1996, de Sociologie du Travail consagrada aos Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires. Ver também, a partir do caso da cidade e do urbano, como o desenvolvimento das atividades públicas convencionais renova a pesquisa sobre a questão do governo local ou da governança urbana. Ver por exemplo os trabalhos, coordenados por F. GODARD sob o título Le gouvernement des villes, Descartes et Cie, Paris, 1997. Mais globalmente, ver J.-P. GAUDIN, Gouverner par contrat. L’action publique en question, Presses de Sciences Po., Paris, 1999. [↑](#footnote-ref-6)
7. Assim, convém se interrogar seriamente sobre a força jurídica dos famosos contratos de plano. Nos seus últimos desenvolvimentos, a jurisprudência do Conselho de Estado introduziu pelo menos a incerteza. Ver CE 25 oct. 1996, Association Estuaire-Écologie, RFDA 1997, nº 2, p. 339, concl. J.H. STAHL, p. 343, note Y. MADIOT. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre essa importante questão das práticas jurídicas, ver Les usages sociaux du droit, PUF, Paris, 1989 [Travaux du CURAPP] e a obra dirigida por F. CHAZEL et J. COMMAILLE, já citada. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ponto de vista fortemente defendido por Bastien FRANÇOIS, principalmente. Ver, por exemplo, “Une révendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Vè République”, Politix, 1992, Nº 10/11, p. 92 e seguintes. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ainda que as operações feitas pelos juristas para determinar o território do direito estejam longe de serem tidas como unânimes. É em razão disso que se constroem as principais divisões da comunidade dos juristas. Sobre tentativas recentes de definição do direito ou da juridicidade, ver notadamente G. TIMSIT, Les noms de la loi, PUF, Paris, 1991, sobretudo a introdução, e D. De BÉCHILLON, Qu’est-ce qu’une règle de droit?, Éd. O. Jacob, Paris, 1997. [↑](#footnote-ref-10)
11. Nunca falaremos o bastante da necessidade de se abandonar velhos clichês que fazem do direito o simples reflexo de coisas sociais ou de suas relações de força. Como escrevia P. LEGENDRE desde a introdução de sua Histoire de l’administration de 1750 à nos jours, PUF, Paris, 1968 [coll. Thémis], p. 20: “Convém reagir vivamente contra uma tendência a se esquivar dos problemas do Direito, tidos por supérfluos e desprovidos de interesse. O estudante deve ser prevenido contra o esquecimento do Direito, que é um portador de significações fundamentais. Esse esquecimento é um grave erro, em parte provocado pela forma de uma Sociologia superficial, que se contenta com palavras vazias; a pseudo-sociologia, saber compilador, ameaça nossas Faculdades como uma má escolástica. É importante lembrar que, ao contrário [do que diz essa sociologia vazia], a atenção para os elementos jurídicos do conjunto da administração pública francesa se impõe mais do que nunca”. [↑](#footnote-ref-11)
12. O problema não se coloca, aliás, apenas no plano do pensamento jurídico que está no princípio da reflexão, mas concerne mais profunda e globalmente o direito como agente e como forma de regulação das relações sociais e políticas. Sobre essa questão, ver A.-J. ARNAUD, “De la régulation par le droit à l’heure de la globalistaion. Quelques observations critiques”, Droit et Société, nº 35, 1997, p. 11 e seguintes. [↑](#footnote-ref-12)
13. Esse rótulo é suscetível, claro, de conter processos fortemente contrastados (para uma apresentação crítica das principais correntes de pensamento que tratam da ciência administrativa nos anos 1970, ver L. SFEZ, “Une autre Science administratives”, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, Paris, 1974, p. 517 e seguintes; J. MOREAU, “De l’objet de la Science administrative au fait administratif”, Mélanges Langrod, Éds. D’organisation, Paris, 1980, p. 447 e seguintes. Ver também J. CHEVALLIER, Science administrative, 2ª éd., PUF, Paris, 1994, notadamente a parte preliminar) e seria muito interessante saber o que continuamos a ensinar na França hoje em dia sob a denominação “Ciência administrativa”. A existência de um Institut International des sciences administratives, a publicação de manuais sobre a ciência administrativa (além do já citado J. CHEVALLIER, ver o tratado Dalloz de C. DEBBASCH, ou ainda o curso de R. DRAGO publicado pela Cours de Droit), parecem remeter a um lugar comum: a disciplina não teria encontrado seu lugar nos programas oficiais das Faculdades de Direito? Essa consagraçãoo institucional é, na verdade, ambígua. A ciência administrativa só aparece como acessório, como complemento do direito administrativo. E ela sempre teve a maior dificuldade a impor sua identidade científica. Em razão dos empréstimos que ela faz de outras disciplinas ela sempre esteve no meio do tiroteio dos programas universitários rivais. Sem dúvida vemos aí, de um lado como do outro, a obra dominante dos juristas de direito público, mas na verdade esses mesmos juristas estão longe de concordarem, principalmente no que toca ao direito da administração! Oscilando entre um tipo de “ciência estatal” oficial (sobre o conceito, ver J. LECA, “Sur le rôle de la connaissance dans la modernisation de l’État et le statut de l’évaluation”, RFAP, 1993, nº 66, p. 185), cuja forma acabada é dada pelos relatórios públicos anuais do Conselho de Estado e da Corte de Contas, e um tipo de empreendimentos “desconstrutivos’ iniciados nos anos 1970 pelos trabalhos de D. LOCHAK e J. CHEVALLIER (sobretudo seu Traité de Science Administrative, 2 tomes, LGDJ, Paris, 1978) ou os trabalhos de L. SPEZ (cf. notadamente sua Critique de la décision, 2ª éd., Presses de la FNSP, Paris, 1976), nós podemos nos perguntar se existe patrimônio comum a essas trajetórias científicas em busca de seus caminhos. Mas não estaríamos justificados em pensar que o sucesso da teoria das políticas públicas gera um espaço real para a ciência administrativa? Em todo caso, inúmeras interrogações que se impõem já estão, hoje em dia, formalizadas e problematizadas do lado da análise das políticas públicas. Um caminho para o qual contribuiu ativamente, na França, o livro clássico de B. JOBERT et P. MULLER (L’État en action. Politiques publiques et corporatisme, PUF, Paris, 1987). Mais geralmente, sobre a transformação progressiva da administração pública em objeto de uma ciência administrativa, ver J.-L. QUERMONNE, “Administration publique et Science politique”, Mélanges R. Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 559 e seguintes. [↑](#footnote-ref-13)
14. Problemáticas ilustradas, notadamente, por dois grandes livros recentes: M. TROPER, Pour une théorie juridique de l’État, PUF, Paris, 1994 [coll. Léviathan], e O. BEAUD, La puissance de l’État, PUF, Paris, 1994 [coll. Léviathan]. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre essa corrente de pensamento, ver, por exemplo, A. STONE, “Le néo-institucionnalisme. Défis conceptuels et méthodologiques”, Politix, 1992, nº 20, p. 156 e seguintes. Também J.-G. PADIOLEAU, “Les formulations institutionnelles” em J.-C. NEMERY et S. WACHTER (éd.), Gouverner les territoires, Éds. de l’Aube/DATAR, Paris, 1994, p. 22 e seguintes. e ID., “Individualismes et institutionnalismes méthodologiques”, Annales de la SEDEIS, nº 90, novembre 1992. [↑](#footnote-ref-15)
16. Na massa de trabalhos que permitem de mensurar essa progressão, ver a série de contribuições compiladas no número de fevereiro de 1995 da revista RFSP sob o título Forum. Enjeux, controverses et tendances de l’analyse des politiques publiques. A gente encontra algo do assunto, também, nos estudos de P. MULLER, J.-C. THOENIG, P. DURAN, G. MAJONE e J. LECA. Ver, também, a obra composta por R. BALME, P. GARRAUD, V. HOFFMANN- MARTINOT e E. RITAINE, Le territoire pour les politiques: variations européennes, l’Harmattan, Paris, 1994, e também o estudo sintético de J. FONTAINE, “Public policy analysis in France: transformation and theory”, Journal of European Public Policy, septembre 1996, p. 481 e seguintes. De maneira mais transversal, não podemos deixar de mencionar a insistência de referências ao livro, tornado emblemático, de J. G. MARCH e J.P. Olsen (éd.), Rediscovering institutions. The organizational basis of Politics, New York, The Free Press, 1989. [↑](#footnote-ref-16)
17. Os sinais dessa recomposição intelectual são, aliás, perceptíveis. Ver por exemplo o nº 32, 1995, da revista Politix, inteiramente consagrado ao Pouvoir des Légistes. Uma outra expressão dessa tendência é a reavaliação da função jurídica e do papel dos legistas na análise sociológica da formação do Estado moderno. Ver, nesse sentido, P. BOURDIEU, “De la Maison du Roi de France à la Raison d’État. Un modele de la genèse du champ bureaucratique”, ARSS, nº 118, 1997, notadamente às páginas 64 e seguintes. Notaremos, ainda, na longa resenha do livro dirigido por B. LACROIX e J. LAGROYE, Le Président de la République. Usages et genèses d’une institution, resenha feita por E. NEVEU na RFSP (agosto de 1996, p. 681 e seguintes) onde consta a seguinte reflexão sintomática: “Nós podemos discernir nessa obra algo similar a uma liquidação do Complexo de Édipo que a ciência política teria para com o direito”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cf. P. LASCOUMES (éd.), Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit, LGDJ, Paris, 1995 [coll. Droit et Société]. [↑](#footnote-ref-18)
19. Para uma apresentação crítica da obra desse autor prolífico, ver A.-J. ARNAUD e P. GUIBENTIF (éd.), Niklas Luhmann, observateur du droit, LGDJ, 1993 [coll. Droit et Société]. [↑](#footnote-ref-19)
20. Retenhamos nos trabalhos recentes de J. HABERMAS, Droit et démocratie. Entre faits et normes, Gallimard, Paris, 1997; Id. Droit et morale. Tanner lectures (1986), Seuil, Paris, 1997; Id. La paix perpétuelle. Le bicenténaire d’une idée Kantienne, Cerf, Paris, 1995. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cf. por exemplo P. RICOEUR, Le juste, Éds. Esprit, Paris, 1995. [↑](#footnote-ref-21)
22. A reavaliação, em curso, da função jurídica nas análises sociológicas da formação do Estado moderno é sensível nos trabalhos de P. BOURDIEU. Cf. “De la Maison du Roi de France à la Raison d’État. Un modele de la genèse du champ bureaucratique”, op. cit. [↑](#footnote-ref-22)
23. O uso dessa expressão não indica, no caso em questão, nenhuma pretensão metodológica. Ele visa somente a marcar uma distância que deve ser imposta, por razões já mencionadas acima, em relação à “ciência administrativa” tradicional. Para uma reflexão sintética sobre “La science de l’administration”, ver o texto escrito com esse mesmo título por J.-C. THOENIG para o volume La politica, de l’Encyclopédie, IAC, Jaca Book, 1990, e que contém uma importante bibliografia de origem anglo-saxã e italiana, principalmente. [↑](#footnote-ref-23)
24. Para ter acesso a esse corpo literário, hoje em dia considerável, nós podemos confrontar as contribuições que compõem o tome IV do Traité de science politique, publicado sob a direção de M. GRAWITZ e J. LECA, PUF, Paris, 1985, e os textos reagrupados pela revista RFSP, 1995, op. cit.. Ver também o estudo já citado de J. FONTAINE, 1996, e a síntese de P. MULLER e Y. SUREL, L’analyse des politiques publiques, Montchrestien, Paris, 1998 [Coll. Clefs]. [↑](#footnote-ref-24)
25. \* N.T.: No original, “vanité”. A palavra é usada, aqui, em uma acepção próxima à de “inutilidade”, falsidade, irrealidade, ilusão. Optamos por usar futilidade sempre que a palavra francesa “vanité” fosse utilizada em relação ao direito. [↑](#footnote-ref-25)
26. A história dessas relações ainda tem que ser feita. Eu me arrisquei a fazer algumas observações sobre o assunto em um trabalho precedente, o trabalho já citado e publicado em Droit et Société, nº 26, 1994. [↑](#footnote-ref-26)
27. Para delimitar esse território seria preciso mobilizar uma bateria de parâmetros refletindo as maneiras pelas quais a disciplina se pensa. Nós deveríamos, nesse sentido, prestar atenção especial não somente à evolução dos manuais que servem justamente para codificar o saber próprio da ciência política, mas também à evolução dos sumários das revistas canônicas nas quais a comunidade se reconhece e se organiza. Conviria também seguir de perto os trabalhos produzidos nas ocasiões dos congressos da Associação francesa de ciência política, analisar a composição das bancas de concurso, etc. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ainda que não se possa negligenciar a tendência à uniformização dos sistemas jurídicos impulsionada pelo direito europeu. O modelo continental não é sem efeitos sobre o estado atual do direito na Inglaterra, cf. X. LEWIS, “L’influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais”, AJDA, juin 1996, nº spécial Droit administratif et droit communautaire, p. 124 e seguintes. Na verdade, é de um movimento global de mundialização do direito que deveríamos falar. Cf, a partir do exemplo do direito constitucional, M. ROSENFELD, “Pour la Cour suprême, comparaison n’est pas déraison”, le Monde, 26 juillet 1997. [↑](#footnote-ref-28)
29. Nós encontramos, ainda, na obra já citada de A.-J. ARNAUD e P. GUIBENTIF (éd.), 1993, preciosas indicações sobre a importância da sociologia do direito na Alemanha e na Itália, principalmente páginas 216 e seguintes. Sobre o caso italiano, ver J. CARBONNIER, Renato Treves et la Sociologie du droit. Archéologie d’une discipline, LGDJ, Paris, 1995, [coll. Droit et Société]. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cf. P. BOURDIEU, “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”, ARSS, nº 64, 1986, p. 3 e seguintes. Sobre essa sociologia, ver o dossiê “Norme, règle, habitus et droit chez Bourdieu”, Droit et Société, nº 32, 1996. [↑](#footnote-ref-30)
31. O termo é de M. FOUCAULT, Cf. seu curso no Collège de France, de 25 de fevereiro de 1976, in Il faut défendre la société, Gallimard-Seuil, Paris, 1997, p. 149 e seguintes. [↑](#footnote-ref-31)
32. Formulação que se explica pelas referências mais e mais sistematizadas aos autores de cujos trabalhos tratamos aqui. [↑](#footnote-ref-32)
33. Além dos trabalhos já mencionados de P. LASCOUMES, pensamos também em certas interrogações de P. DURAN, notadamente “Piloter l’action publique, avec ou sans le droit?”, nº spécial Droit et management public, da revista Politiques et management public. [↑](#footnote-ref-33)
34. Difícil de não evocar os trabalhos do CURAPP de Amiens. Ver também, ainda que seja antiga, a obra decisiva da coleção Critiques du droit sobre o tema L’administration dans son droit, Publisud, Arles, 1985. [↑](#footnote-ref-34)
35. Entre as equipes que afirmam ou já afirmaram uma presença forte e regular no campo das políticas públicas citemos, em particular: o Centre Comparatif d’études sur les politiques publiques et les espaces locaux da Universidade de Montpellier 1 (para seus trabalhos sobre a política urbana, a territorialização das políticas públicas, etc...), o Centre de recherche sur la politique, l’administration et le territoire do IEP de Grenoble, cujas importantes contribuições sobre políticas sociais, políticas culturais, ação pública territorial, teoria das políticas públicas, etc., nós já conhecemos; o Centre d’Études et de recherches sur la vie locale do IEP de Bordeaux (para os trabalhos sobre as políticas locais e regionais, a Europa e as políticas públicas, etc...), o antigo Centre de recherches administratives da Fondation Nationale des sciences politiques (para seus trabalhos relativos à política da ciência, à modernização administrativa, à europeização das políticas públicas, etc...) o Centre de recherches administratives et politiques do IEP de Rennes e da Faculdade de direito e de ciência política da Universidade de Rennes 1 (para seus estudos de políticas sociais, política urbana, políticas públicas comparadas ou de avaliação das políticas públicas locais, etc...), o Centre de recherches administratives, politiques et sociales da Universidade de Lille 3 (sobretudo para seus trabalhos comparativos) o Centre de Sociologie des organisations, porque ele produz múltiplos estudos de casos de políticas públicas, o Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (para trabalhos relativos às políticas locais ou regionais, para a avaliação de políticas públicas, para a reforma administrativa em geral, etc...) o Groupe d’analyse des politiques publiques (CNRS et École Normale Supérieure de Cachan) cujas publicações marcam tanto a teoria geral das políticas públicas quanto o estudo particular de suas avaliações; o Laboratoire techniques-territoires-société de l’École Nationale des Ponts et Chaussées, notadamente por sua contribuiçãoo ao estudo das políticas de transportes, etc... Ainda que incompleta e aproximativa, essa enumeração é eloquente. Exceções feitas ao CURAPP, cujo programa mostra uma sensibilidade permanente à questão do direito, as equipes repertoriadas aqui se querem, no conjunto, indiferentes ao jurídico, como se esse fenômeno lhes fosse totalmente exterior. A abertura sobre o jurídico, praticada, cada uma a seu modo, por P. LASCOUMES ou P. DURAN não produz a fidelidade inquebrantável da comunidade identitária. Daí, a recusa do direito ser percebida como um fato estrangeiro. Ao ponto em que no caso de mobilização de objetos jurídicos, nós estaríamos em um impasse sobre sua juridicidade. A matéria hoje tão carente de convenções e outros contratos fornece um verdadeiro modelo dessa erradicação singular do direito no e pelo discurso da ciência política. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ver, por exemplo, G. MAJONE, La communauté européene: un État régulateur, Montchrestien, Paris, 1996, [coll. Clefs]; A. SMITH, L’Europe politique au miroir du local: les fonds structurels et les zones rurales en France, en Espagne et le Royaume Uni, l’Harmattan, Paris, 1996. [↑](#footnote-ref-36)
37. Os trabalhos do 8º coloque international da revista Politiques et management public (Paris, Sénat, 20-21 junho 1996) tinham por tema “L’européenisation des politiques publiques: politiques communautaires et management public”. Ver também Y. MÉNY, P. MULLER et J.-L. QUERMONNE (éd.), Les politiques publiques en Europe, l’Harmattan, Paris, 1995. Ver ainda G. MARCOU (éd.), Les mutations du droit de l’administration en Europe. Pluralisme et convergences, l’Harmattan, Paris, 1995. [↑](#footnote-ref-37)
38. Expressão tópica desse movimento é a obra Les réseaux de politique publique. Débat autor des policy networks, dirigé par P. LE GALES et M. THATCHER, l’Harmattan, 1995. [↑](#footnote-ref-38)
39. Podemos pensar particularmente nos estudos, já citados, de P. LASCOUMES. [↑](#footnote-ref-39)
40. Os trabalhos de P. FAVRE contam a história dessa construção. Ver Naissance de la science politique en France. 1870-1914, Fayard, Paris, 1989, e “Histoire de la science politique”, in J. LECA e M. GRAWITZ (éd.), 1985, op. cit., tome I. [↑](#footnote-ref-40)
41. Um exemplo eloquente é dado em Que sais-je? que P. BRAUD consagra à ciência política. Ver a página que ele dedica ao positivismo jurídico. [↑](#footnote-ref-41)
42. Não era raro, nos anos 1970, quando a influência de L. ALTHUSSER se fazia escutar, de falar do direito em termos de aparelho ideológico de Estado. Sobre esse conceito ver L. ALTHUSSER, Sur la reproduction, PUF, Paris, 1995, especialmente os capítulos V e XI. É verdade que, nessa mesma época, a literatura de língua francesa sobre as políticas públicas, estava reduzida à sua mais simplória expressão. É no quadro tradicional da “ciência administrativa” que as abordagens sociológicas da administração pública levaram à suspeita do interesse do saber jurídico. Sobre a noção mesma de ideologia jurídica, remetemos ao artigo sempre atual de M. TROPER, em G. DUPRAT (éd.), Analyse de l’idéologie, Galilée, Paris, 1980, p. 221 e seguintes. [↑](#footnote-ref-42)
43. Essa questão divide a doutrina jurídica. Mas nada, na lógica, se opõe à ideia de que o direito possa oferecer suas formalizações, inclusive a conteúdos abjetos. Em todo caso, essa eventual colocação em relações não prova, em nada, a futilidade do direito. Sobre esse dossiê sensível, ver M. TROPER, “Y a-t-il eu un État nazi?” em Pour une théorie juridique de l’État, PUF, Paris, 1994, [coll. Léviathan], p. 177 e seguintes; D. LOCHAK, “La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme”, em Les usages sociaux du droit, PUF, Paris, [Travaux du CURAPP], 1989, p. 252; e a resposta de M. TROPER, “La doctrine et le positivisme”, ibid., p. 286. Ver também D. De BÉCHILLON, “Le droit nazi est-il du droit?”, ibid., p. 255 e seguintes. [↑](#footnote-ref-43)
44. A acusação não tem, aliás, nada de novo. Ela está colocada de forma soberba por A. De TOCQUEVILLE em L’Ancien Régime et la Révolution. Ver espcialmente o Capítulo IV do Livro II, p. 138 e seguintes, Gallimard, Paris, 1952 [coll. Idées], donde se extraiu a famosa fórmula: “O Antigo Regime se localiza inteiramente aí: uma regra rígida, uma prática débil; essa é a sua característica” (“L’ancien régime est là tout entier: une règle rigide, une pratique molle; tel est son caractère”. [↑](#footnote-ref-44)
45. Os trabalhos de um M. FOUCAULT visando a repensar a questão do poder fora das categorias ultrapassadas do pensamento jurídico mostram que esse programa epistemológico está bem longe de se completar! De Foucault, ver, sobre o tema, além de La volonté de savoir, Gallimard, Paris, 1976, notadamente p. 107 e seguintes, os cursos do Collèg de France de 7 e 14 de janeiro de 1976, in Il faut défendre la société, Gallimard, Paris, 1997. [↑](#footnote-ref-45)
46. Como escrevia A.-J. ARNAUD, “Entre os juristas francófonos continentais – mas poderíamos também, sem medo de errar, extrapolar e falar do conjunto dos juristas da tradição romano-canônica – a ideia de que o sistema jurídico poderia designar algo além de um conjunto de normas de direito em vigor nos limites de um território soberano não chegou a entrar verdadeiramente nas práticas deles [juristas francófonos continentais ou romano-canônicos]”, in A.-J. ARNAUD e P. GUIBENTIF (éd.), 1993, op. cit., p. 149. Para uma colocação em perspectiva perfeitamente bem elaborada dos debates que tratam dessa questão na teoria do direito, ver D. de BÉCHILLON, op. cit., 1997. [↑](#footnote-ref-46)
47. Encontramos bom exemplo da contestação do formalismo jurídico na obra de F. DUPUY e J.-C. THOENIG, L’administration en miettes, Fayard, Paris, 1985, especialmente no Capítulo 2. [↑](#footnote-ref-47)
48. Esse ambiente jurídico com o qual o direito stricto sensu forma um sistema, A.-J. ARNAUD o chama de “a juridicidade”. Ver sua obra Critique de la raison juridique, tome I, “Où va la sociologie du droit?”, LGDJ, Paris, 1981. [↑](#footnote-ref-48)
49. Ver as obras já citadas. [↑](#footnote-ref-49)
50. P. LEGENDRE, “Ce que nous appelons le droit”, Le Débat, nº 74, mars-avril 1993, p. 107 e seguintes. [↑](#footnote-ref-50)
51. Encontramos na obra de R. DWORKIN elementos nesse sentido. Ver, notadamente, que em L’empire du droit, o que ele denomina “sonhos do direito”, PUF, Paris, 1994, p. 444 e seguintes. Mais geralmente, o autor recusa a ideia de que o direito seria redutível a regras, para, em vez disso, abrir um largo espaço para os princípios. Esses princípios de natureza ético-jurídica autorizam a ver no direito um empreendimento político entre outros. Ou mais que as regras, são os princípios que vão contribuir para solucionar os casos mais delicados, os “hard cases” [em inglês no original] na terminologia de R. DWORKIN. A impossível assimilação entre princípios e regras tem duas razões principais: contrariamente aos últimos, eles são sem autor identificável, e é inútil de lhes dar um sentido prévio. Esse sentido só existe assim: ele é o produto de uma interpretação necessária e que não ignora nada da inscrição jurídica no espaço político. Ver, por exemplo, Id. “Is law a system of rules?”, em The philosophy of law, Oxford University Press, Oxford, 1977, 6ème édition, 1991. [↑](#footnote-ref-51)
52. Nesse jogo de ficções ao qual o direito nos leva, queiramos nos questionar ou não, também entra a construção do interesse geral. Nós poderíamos também nos interrogarmos sobre a dimensão fictícia do espaço que o direito do urbanismo projeta ou sobre o mito da democracia ecológica que se parece com o princípio do direito do meio ambiente, etc... [↑](#footnote-ref-52)
53. P. AMSELEK evoca, da sua parte, “La teneur indécise du droit”, RDP, nº 5, 1991, p. 1200 e seguintes. [↑](#footnote-ref-53)
54. Sobre as relações que estabelecem esses termos, F. RANGEON, Réflexions sur l’effectivité du droit, PUF, 1989, [Travaux du CURAPP], p. 126 e seguintes; P. LASCOUMES e E. SERVERIN, “Théories et pratiques de l’effectivité du droit”, Droit et Société, nº 2, 1986, p. 101 e seguintes. Também a contribuição de P. LASCOUMES ao Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (A.-J. ARNAUD, éd.) na entrada “Efetividade”. [↑](#footnote-ref-54)
55. Uma excelente introdução a essa reflexão nos é dada pela revista Droits em duas publicações de outubro de 1989 e de novembro de 1990, respectivamente, que oferecem dois maços de contribuições sobre o tema Définir le droit. Ver também a releitura do tema proposta por D. de BÉCHILLON em sua obra precitada. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ver o Capítulo V de seu livro L’empire du droit. [↑](#footnote-ref-56)
57. Ver P. RICOEUR, “L’herméneutique et la méthode des sciences sociales”, em P. AMSELEK (éd.) Théorie du droit et science, PUF, Paris, 1994 [coll. Léviathan], p. 15 e seguintes; Id. “Interprétation et/ou argumentation”, in Le Juste, Éds. “Esprit”, Paris, 1995, p. 163 e seguintes. [↑](#footnote-ref-57)
58. Sobre as teorias da interpretação, entendida como empreendimento necessário de criação/recriação do direito, ver os trabalhos de M. TROPER, notadamente sua obra Pour une théorie juridique de l’État, já citada, e meu comentário sobre a obra, sob o título “Les leçons de Michel Troper: vingt deux variations sur l’État comme objet juridique”, Droit et Société, nº 35, 1997, p. 193 e seguintes. [↑](#footnote-ref-58)
59. Ver A. JEAMMAUD, “Normes juridiques”, 1995, op. cit.. [↑](#footnote-ref-59)
60. Poderíamos nos apoiar aqui também sobre a obra de R. DWORKIN. Especialmente na segunda parte da sua obra Une question de principe, PUF, Paris, 1996, à qual ele deu por título “Du droit considéré comm pratique interprétative”. Ele mostra aí como “A interpretação no domínio jurídico é um ato essencialmente político” (p. 204), pois ela faz entrar na experiência mesma do direito, convicções, crenças, princípios, teorias, etc... que variam segundo a moral e o universo político próprio de cada intérprete. [↑](#footnote-ref-60)
61. Para que a demonstração não tome proporções desmedidas, eu deixo de lado as discussões – que poderiam até ajudar nosso tema – relativas à evolução contemporânea da normatividade. Se aceitamos a ideia largamente admitida, conquanto debatida (ver a obra já citada de D. de BÉCHILLON, notadamente o Capítulo 1 da terceira parte) de uma sorte de “erosão normativa”, expressão tomada de empréstimo de J. HABERMAS, Droit et morale, op. cit., p. 32, se admitimos com ess autor que o movimento seguido pelo direito vai do campo da obrigação, talvez da coerção, ao campo do consenso, então seria preciso crer que o modo de eficácia do direito está em transformação. O que J. HABERMAS (ibid., p. 31) resume em uma fórmula: “O direito serve, em muitos domínios de ação, a todo tipo de coisa que não fazer valer uma obrigação estrita”. Sobre essas questões, ver ainda P. AMSELEK, “L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales”, RDP, 1984, p. 275 e seguintes, e G. TIMSIT, “Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation”, RFAP, nº 78, 1996, p. 375-394. [↑](#footnote-ref-61)
62. M. TROPER (em Pour une théorie juridique de l’État, op. cit., p. 258) dá a essa questão a expressão seguinte: “Na verdade, as normas não podem determinar comportamentos. Isso tem outras razões. De início, uma razão lógico-epistemológica: um nexo de causalidade só existe entre fatos, enquanto normas não são fatos, mas ‘deveres-ser’ [devoirs-être]. Nós podemos, claro, traduzir a norma em consciência, percepção ou representação da norma, de sorte que entre a percepção e o comportamento uma relação causal se tornaria concebível. Mas nós encontramos uma outra dificuldade: a só consciência que um comportamento deva, então, ter lugar, não poderia, lamentavelmente, determinar um sujeito a lhe exercer...”. [↑](#footnote-ref-62)
63. Tal é o esquema de pensamento que me pareceu possível de colocar em evidência para prestar contas, por exemplo, do funcionamento da lei litoral de 3 de janeiro de 1986 (cf. J. CAILLOSSE, “Qui a peur du droit litoral?”, RJE, nº 4, 1993, p. 513-530. No início dessa problematizaçãoo, a contradição flagrante entre o sentimento dominante dos eleitos do litoral para quem o texto seria uma sorte de catástrofe em razão de seus efeitos contra a produção, e a realidade de uma urbanização irresistível da margem litorânea. Cf. ainda nesse sentido a página “Régions” do Le Monde na data de 23 de julho de 1997, utilizando um relatório do Conservatório do litoral para dar a manchete: “A urbanização continua a mastigar o litoral francês”. De modo mais geral ainda não é exagerado imaginar de submeter à mesma problematização (a lei não é necessariamente feita para ser aplicada...) o direito do urbanismo. O relatório oficial realizado pelo Conselho de Estado e intitulado L’urbanisme: pour un droit plus efficace, La Documentation Français, Paris, 1992, é, aliás, por si só um convite a tentar esse exercício (cf. J. CAILLOSSE, “La ville sans droit”, Pouvoirs locaux, nº 25, 1995, p. 110-118). [↑](#footnote-ref-63)
64. Cf. seu estudo precitado “Des passe-droits aux passes de droit”, p. 62. Há na obra de M. FOUCAULT, que não nos surpreenderemos de reencontrar aqui, uma radicalização dessa tese levando-o a afirmar que a função principal da lei não é ser respeitada mas oferecer um sistema de avaliação das diferentes formas de a contornar. Ler sua entrevista com R.-P. DROIT na data de 21 de fevereiro de 1975 publicada em Le Monde des livres e 20 de março de 1992. [↑](#footnote-ref-64)
65. Sobre essa ideia de que o direito moderno na sua versão ocidental se impôs à maneira de referência, quer dizer como um identificador “indisponível” com relação ao qual estamos condenados a nos determinar, há a obra de P. LEGENDRE. Cf. o uso feito dessa tese por D. de BÉCHILLON na sua obra precitada. [↑](#footnote-ref-65)
66. Cf. sua coluna “Parler droit” no efêmero jornal Le Journal Littéraire, cf. o nº 1, 15 de setembro – 15 de novembro de 1987, p. 91. [↑](#footnote-ref-66)
67. Banal porque necessária entre os sociólogos do direito, essa hipótese não interessa a não ser de forma medíocre os juristas. Seu interesse para o direito não precisa, no entanto, ser demonstrado. Ver a recente tentativa já citada de D. de BÉCHILLON, notadamente nas páginas 152-155. Ver também Les usages sociaux du droit, op. cit. [↑](#footnote-ref-67)
68. Uma tradição que, como resume justamente P. AMSELEK: “Os teóricos do direito só desenvolveram, até uma época recente, atividades de tecnologia jurídica, atividades de racionalização da técnica jurídica e mesmo, mais precisamente, de atividades de dogmática jurídica consistindo a ordenar, como se fosse um dogma, as diferentes regras jurídicas editadas pelos poderes públicos, a se esforçar para estabelecer uma apresentação ordenada, sistemática e coerente, tratando de dar às disposições jurídicas em vigor comentários interpretativos judiciosos e racionais, explicitando sua amplitude, suas potencialidades, eliminando e reduzindo seus defeitos aparentes, suas obscuridades, suas lacunas, suas contradições, etc... Essa atividade de “doutrina jurídica” ainda é a dominante, notadamente no âmbito acadêmico” (in “L’interpellation actuelle de la réflexion philosophique par le droit”, Droits nº 4, 1986, p. 132). [↑](#footnote-ref-68)