**O direito neo-moderno das políticas públicas**

*Charles-Albert Morand*

**Introdução**

Traduzido do francês por Isabela Ruiz[[1]](#footnote-1)\*

Revisado por \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_[[2]](#footnote-2)\*\*

O direito e as políticas públicas ainda não conseguiram se entender. A hipótese deste livro, que procura reunir as reflexões esparsas emitidas por ocasião de pesquisas empíricas ou de artigos sobre as transformações dos modos de ação do Estado, é que o advento das políticas públicas finalísticas produziu uma mudança radical da estrutura jurídica. O interesse constante dos estudantes nessa questão me incentivou a desenvolvê-la para um público mais amplo.

A hipótese é que, à medida que os modos de ação do Estado se desenvolvem no contexto das políticas públicas finalísticas, cada vez mais sofisticadas e inteligentes, testemunhamos o surgimento de diversos tipos de Estados e a cada um deles corresponde uma forma particular de direito. De acordo com a evolução, o direito se reveste de características que se distanciam muito claramente das representações tradicionais. Depois de muita hesitação, acreditamos poder qualificar o direito das políticas públicas como neo-moderno ao invés de pós-moderno. Ao final do livro, tentaremos justificar essa qualificação.

**As mudanças na estrutura jurídica em grandes linhas**

A irrupção massiva de políticas públicas finalísticas que se incorporam ao direito, se sobrepondo a ele ou se colocando a seu serviço, mudou tanto o direito que ela deixa os juristas desamparados. O surgimento de um direito pouco previsível, aleatório e que se adapta constantemente a uma realidade social em movimento, os desconcerta. Essas mudanças são mal experimentadas. Existem inúmeros escritos que denunciam a degeneração do direito e que preconizam o retorno a uma era de ouro, na qual ele era sinônimo de ordem, de simplicidade e de estabilidade. Não obstante, nada foi feito. Apesar desses apelos, o direito é cada vez mais desordenado, complexo e mutante.

As políticas públicas, desenvolvidas originalmente no contexto de programas econômicos e sociais, invadiram todo o campo do direito. Os novos ramos, como aqueles que tratam do ordenamento do território ou da proteção ambiental, estão sendo impregnados. É desses dois domínios tão característicos do intervencionismo contemporâneo que nós tomaremos a maioria dos exemplos ilustrativos das mudanças que são produzidas no nível da estrutura jurídica. No entanto, todos os ramos do direito, mesmo aqueles que foram objeto de grandes codificações, estão preocupados com a intromissão do pensamento finalístico das políticas públicas. O direito de família e a política da família são indissociáveis. A aplicação do Código Penal não é mais concebível independentemente de uma política criminal. O pensamento finalístico alcança os direitos que foram originalmente concebidos de maneira condicional.

Ao realizar diversas pesquisas sobre a aplicação do direito, pareceu-nos que esse não tinha mais nada a ver com a representação que geralmente fazemos dele. Este livro tem por objetivo descrever essa mudança, mostrar em que medida a transformação dos modos de ação do Estado modificou a própria estrutura do direito e analisar as consequências dessas mudanças. Tudo leva a crer que não se trata de uma mutação repentina, mas de um lento processo de transformação que teve início com o surgimento do direito moderno e que continua até hoje. O direito não passou de um estado sólido para um estado gasoso, como se pode por vezes pensar, quando ele é colocado a serviço de políticas públicas finalísticas. Havia, desde o início, uma diferença entre a representação que se fazia do direito moderno e o que realmente existia na realidade. Também podemos discernir as etapas na evolução dos modos de ação do Estado.

Duas delas são bem conhecidas. No início do século, assistimos ao desenvolvimento da administração de prestações que deu origem a uma teoria jurídica global, aquela do serviço público. Nos anos do pós-guerra, o Estado mudou radicalmente seus modos de ação, intervindo na economia e depois em outros domínios por meio de políticas públicas finalísticas. Na Alemanha o fenômeno foi teorizado pela corrente da autopoiese. Luhmann[[3]](#footnote-3) demonstrou que os programas finalísticos geravam uma estrutura jurídica nova e problemática. Duas outras etapas são menos perceptíveis. Diante das dificuldades que o Estado encontra em impor seus objetivos à sociedade, ele começa a negociar as soluções que procura impor. Um outro modelo, teorizado pelos mesmos autores, parece surgir: aquele dos programas relacionais, geradores de um direito reflexivo. E provavelmente esse não é o fim da história. O uso cada vez mais frequente de incitação e da informação para orientar o comportamento constitui possivelmente um outro modelo de ação que merece ser melhor compreendido.

Essas mudanças não escaparam completamente das outras correntes da teoria do direito. Dispomos de estudos fragmentários por vezes muito ricos, como aquele de Ewald[[4]](#footnote-4) sobre a passagem para uma sociedade de segurança. Falta, no entanto, um quadro geral comparável àquele que Rosanvallon[[5]](#footnote-5) elaborou, no qual se relacionam as transformações da estrutura do Estado de acordo com os modos e os campos de ação. Nessa perspectiva, Rosanvallon consegue distinguir vinte tipos de Estado: utópico, higienista, providência, social, tutelar, protetor, inteligente, conservador-propulsivo, keynesiano, racional, professor social, paternalista-pedagogo, de solidariedade, entre outros.

Não há nada equivalente na teoria do direito. Provavelmente não seria necessário dispor de tantas categorias para descrever a transformação da estrutura jurídica. A tentativa mais elaborada de descrever a co-evolução dos modos de ação do Estado e das estruturas jurídicas emana da corrente autopoiética do direito. Ela pode servir como ponto de partida para a análise, mesmo que não compartilhemos completamente do ponto de vista dos autores. É provavelmente muito simples reduzir todas as ciências e todas as disciplinas às formas de comunicação. A descrição da evolução da estrutura jurídica em direção a um direito reflexivo que seria adornado com todas as qualidades é muito determinista. Apesar de suas deficiências, a teoria autopoiética permite compreender melhor o impacto que a transformação dos modos de ação do Estado pode exercer sobre a estrutura do direito. A partir de uma análise apoiada na complexificação progressiva e no fechamento cada vez mais marcado dos sistemas sociais, Willke[[6]](#footnote-6) cria um quadro convincente da evolução das formas da sociedade, do Estado[[7]](#footnote-7) e do direito.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Formas da sociedade** | **Formas do Estado** | **Formas do direito** |
| pré-moderno | Estado repressivo | direito repressivo |
| moderno | Estado liberal | direito restitutivo |
| complexo | Estado intervencionista | direito finalístico |
| hipercomplexo | Estado dirigente | direito reflexivo |

Nesse quadro, que pode pelo menos servir como ponto de partida para uma reflexão, fazemos alguns ajustes para marcar a especificidade das estruturas jurídicas sucessivas. O direito repressivo e o direito restitutivo podem ser agrupados. A novidade é o advento da estrutura condicional do direito moderno, que faz a síntese do legado do Estado de polícia e a contribuição do Estado liberal, o Estado de Direito. O Estado de bem-estar social[[8]](#footnote-8)\*, um fornecedor de prestações, gerou uma estrutura jurídica intermediária entre aquela do direito condicional do Estado liberal e o direito finalístico do Estado propulsivo. A mudança não é significativa na medida em que o Estado de bem-estar social conseguiu trabalhar com as normas condicionais do direito moderno, prevendo, por meio de regras fixas, a maneira de operar os tributos obrigatórios e de fornecer as prestações. Mas com o advento dos serviços públicos e das teorias que são desenvolvidas a seu respeito, constatamos que o direito apresenta novas características que podem render um modelo coerente. As dificuldades que o Estado encontrou no manejo dos programas finalísticos, a estrutura jurídica mais inovadora que encontramos na evolução, o levaram a envolver cada vez mais intensamente os destinatários do direito em sua formação e em sua implementação. Os programas relacionais gerados por essa participação implicam em outras mudanças na estrutura do direito. Finalmente, é possível discernir uma outra transformação, na propensão do Estado em renunciar ao constrangimento de recorrer à informação, à incitação, à persuasão. Parece tratar-se de uma nova figura cuja coerência deve procurar ser restituída. A partir dessas constatações iniciais, pode-se fazer um quadro sintético das formas de Estados e direitos.

|  |  |
| --- | --- |
| **Formas de Estado** | **Formas de direitos** |
| Estado liberal | Direito moderno |
| Estado de bem-estar social | Direito da atividade prestacional |
| Estado propulsivo | Direito dos programas finalísticos |
| Estado reflexivo | Direito dos programas relacionais |
| Estado indutor | Direito fundado sobre a persuasão e a influência |

A evolução se deve a fatores que estão fora de questão de serem tratados aqui exaustivamente. As teorias econômicas desempenham um papel importante. É, portanto, comum explicar o intervencionismo estatal colocando em prática as ideias de Keynes. O surgimento de programas relacionais e de estruturas reflexivas pode ser explicado em grande medida pela complexificação progressiva da sociedade e pela capacidade dos sistemas sociais autônomos (autopoiéticos) de resistir aos comandos estatais. A evolução também é o reflexo de um vasto processo de civilização. Ao substituir o comando unilateral por modos de ação baseados na persuasão e na negociação, o Estado segue uma tendência que se manifesta em todas as disciplinas que, como a pedagogia, por exemplo, se ocupam de orientar os comportamentos. O desenvolvimento da auto-observação, etapa fundamental do processo de civilização segundo Elias[[9]](#footnote-9), se produz também no nível da ação dos poderes públicos. O intervencionismo estatal supõe a aquisição pelo Estado da capacidade de observar e de corrigir sua ação.

Constatamos também que um dos principais fatores da evolução pode ser encontrado nas características próprias da estrutura anterior. Assim, o liberalismo, ao facilitar a explosão de iniciativas individuais, criou as condições materiais para o desenvolvimento do Estado de bem-estar social e favoreceu a erupção do intervencionismo estatal para corrigir os efeitos negativos e as externalidades produzidas por essas iniciativas. O progresso da democracia seguiu o mesmo sentido, uma vez que fez explodir a demanda por ações do Estado. Por outro lado, o intervencionismo estatal rapidamente encontrou seus limites, na medida em que foi confrontado pela resistência dos sistemas sociais sobre os quais procurava atuar, e pela produção de efeitos perversos. É por isso que as autoridades públicas entenderam rapidamente que deveriam negociar, persuadir, apelar à autodisciplina.

A evolução, obviamente, não é linear. Alguns países, como a Rússia, passaram subitamente do dirigismo mais completo para um liberalismo anárquico. E podemos pensar que as mudanças bruscas de orientação serão produzidas novamente. Nas antigas democracias, um movimento como aquele da desregulamentação representa um retorno ao direito condicional do Estado liberal, mas, apesar disso, ele suscita novas intervenções para enquadrar e orientar as atividades econômicas submetidas às leis do mercado.

**A natureza dos modelos apresentados**

O primeiro esclarecimento a ser feito é que as formas de Estados e de direitos descritos são tipos ideais, que são apenas um reflexo imperfeito da realidade. Eles têm um valor heurístico. Possibilitam decodificar melhor uma realidade social ou jurídica densa na qual coexistem as mais diversas formas de ação. Além disso, tratam-se de modos de ação não exclusivos, mas predominantes em um dado momento da história. Desde o aparecimento do Estado moderno, aquele a fornecer prestações, ocorreram algumas ações finalísticas. Em determinados países, como a Suíça ou a Holanda, a negociação com grupos de interesse tem ocorrido desde muito cedo. Contudo, somente quando o recurso a esses modos de ação ganha uma certa amplitude, é possível discernir as mudanças na estrutura do Estado e do direito.

O segundo esclarecimento que deve ser feito é que diversas formas de Estados e de estruturas de direito coexistem ao mesmo tempo. O fato de diversos modelos terem se sucedido ao longo da história não significa que, a cada etapa, tenha sido feita tabula rasa de tudo o que precedeu. Apesar do aparecimento dos programas finalísticos, ainda fazemos os códigos. O direito civil e o direito penal ainda funcionam predominantemente com a ajuda de silogismos jurídicos. Há coexistência de modelos, mas também penetração de políticas públicas nos setores clássicos do direito. Não apenas os modos de ação coexistem, mas determinadas estruturas clássicas se reforçam. Constatamos, por exemplo, que paralelamente ao desenvolvimento do intervencionismo estatal, a estrutura do direito moderno está se aperfeiçoando em razão do fortalecimento das instituições na direção de uma melhor realização dos ideais do Estado de Direito. É o caso, por exemplo, do desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis na França, que é uma conquista recente em relação a outros países como a Áustria, a Alemanha, a Itália e, é claro, os Estados Unidos. A Convenção Europeia de Direitos do Homem é, por sua vez, um fator importante desse aperfeiçoamento. Também devemos enfatizar que os modelos apresentados não são puros. Assim, por exemplo, os programas finalísticos se caracterizam pelo fato de que o direito é instrumentalizado para servir à realização de finalidades específicas. Mas eles contêm normas condicionais. Como poderia ser de outra maneira? Tudo isso é feito como a imagem de um filme que projeta sucessivamente diversos modelos; deveríamos substituir aquela do palimpsesto, sobre a qual se sobreporiam uma infinidade de escritos ou reescritos. Ou aquela de camadas geológicas compactadas, emaranhadas e formando um desenho atormentado. Observamos também que o legislador mistura frequentemente diferentes técnicas de intervenção. Assim, por exemplo, a lei sobre as 35 horas na França recorre à técnica de subvenção própria do Estado de bem-estar social como uma primeira etapa e constitui, em uma segunda etapa e como um todo, um exemplo típico de programa finalístico. As leis que preveem a criação de créditos de poluição combinam as formas de ação próprias do Estado propulsivo e do Estado liberal. Elas combinam a finalidade e o recurso ao mercado.

Uma terceira observação metodológica deve ser feita. Não é fácil distinguir as mudanças que foram realmente produzidas no nível da estrutura jurídica e as mudanças de percepção dos fenômenos jurídicos que são verificadas como resultado de um progresso no conhecimento. A hermenêutica tornou possível, por exemplo, compreender que o poder criativo do juiz é muito mais considerável do que aquele que supúnhamos. Simultaneamente, constatamos que o intervencionismo estatal, em virtude dos modos de ação escolhidos, provoca um aumento do poder de decisão do juiz. Essa convergência pode ser ilustrada pela análise de princípios e critérios orientadores. A hermenêutica tornou possível entender melhor o vasto poder criativo de que o juiz é investido, uma vez que ele opera com base em princípios orientadores, como aqueles envolvidos no funcionamento das liberdades individuais[[10]](#footnote-10). Paralelamente, constatamos que as legislações intervencionistas, com o objetivo de guiar a sociedade civil em uma direção específica, fazem um grande apelo a tais princípios, porque as múltiplas políticas públicas, muitas vezes contraditórias, devem ser conciliadas com as situações concretas[[11]](#footnote-11). Existe, como podemos ver, uma convergência entre as constatações decorrentes da análise do funcionamento do intervencionismo e aquelas fornecidas por um estudo mais esclarecido sobre a maneira como opera o direito moderno. Essa convergência nos permitiu propor a ampliação aos direitos fundamentais de uma metodologia de ponderação dos interesses estabelecida pelo juiz administrativo nos setores mais característicos do intervencionismo estatal, o direito do ordenamento do território e aquele da proteção do meio ambiente[[12]](#footnote-12).

A confusão que existe entre o surgimento de estruturas jurídicas novas e uma mudança na percepção das estruturas antigas aparece muito claramente nas análises, por vezes apressadas, que são feitas da pós-modernidade jurídica. Muitas das características qualificadas como pós-modernas não representam as mudanças na estrutura do direito, mas unicamente na maneira de apreendê-las. A nova visão que temos dos direitos fundamentais, reconhecendo o fato de que eles não são regras, mas princípios orientadores, cuja aplicação pela ponderação de interesses é incerta e aleatória, não significa que eles, de repente e por magia, adquiriram os traços da pós-modernidade. Trata-se, no máximo, de um aperfeiçoamento do pensamento moderno, devido à análise que a doutrina de hoje faz do modo de proceder das jurisdições constitucionais.

Deve-se prestar atenção também ao fato de que as formas de direitos apresentadas não são idênticas. O direito moderno não é apenas um tipo ideal no sentido weberiano, mas um ideal no sentido comum do termo, um conjunto de aspirações pelas quais devemos nos esforçar. A estrutura do direito moderno, que consiste em uma decisão estatal que só pode ser tomada como uma aplicação de uma regra geral é uma garantia essencial contra a arbitrariedade. Ela constitui em si mesma um valor. Portanto, o tipo ideal do direito moderno é mais normativo do que descritivo. Por outro lado, as formas adotadas pelo direito para se adaptar ao intervencionismo e que se desviam do ideal do direito moderno são caracterizadas a partir de uma observação apoiada sobre a maneira pela qual o direito é formado e aplicado[[13]](#footnote-13). Essa forma é tanto neutra como de conotação negativa. Em todo o caso, ela não constitui um ideal a ser alcançado. Os tipos ideais estabelecidos pela análise do intervencionismo estatal são essencialmente descritivos.

O modelo do direito moderno que fundamenta o pensamento jurídico e que vê na atividade judiciária uma aplicação mecânica de regras gerais e abstratas possui uma certa coerência. Por outro lado, não existe um modelo bem definido que permita explicar a construção do direito das políticas públicas. Nos contentamos em caracterizá-lo como um direito vago, confuso, incerto, aleatório, muitas vezes negociado, frequentemente brando e sem grande consistência. Não é de surpreender o quão difícil é construir um novo modelo. Não se passa facilmente do simples para o complexo, do previsível ao imprevisível, do direito rígido e vinculativo às formas suaves do incentivo e da persuasão. Para construir esse modelo, deve-se também superar o desprezo que essas formas degeneradas inspiram ao jurista, uma vez que são tão contrárias aos ideais de ordem, de coerência, de simplicidade que formam a base de sua cultura. De fato, o que não se entendeu a respeito do direito das políticas públicas? Ele representa um direito em declínio[[14]](#footnote-14), “um anti-direito que alimenta a falta de civismo”, um retorno à Idade Média[[15]](#footnote-15), uma proliferação cancerosa que manifesta a indigestão do corpo social[[16]](#footnote-16), um direito bastardo[[17]](#footnote-17). Somos tentados a lhes responder: procurem entender esse direito, por mais degenerado que ele lhes pareça. Vocês então decidirão se ele realmente merece ser incinerado.

1. \* Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. [↑](#footnote-ref-1)
2. \*\* Qualificação do(a) revisor(a). [↑](#footnote-ref-2)
3. LUHMANN N. (1983), *Rechtssoztologie*, 2ª ed., 88, 232, 234. [↑](#footnote-ref-3)
4. EWALD F. (1986), *L'État providence*. [↑](#footnote-ref-4)
5. ROSANVALLON P. (1990), *L'État en France de 789 à nos jours*. [↑](#footnote-ref-5)
6. WILLKE H. (1992), “Droit réflexif: pour une approche du droit qui favorise la négociation”, *La négociation*, 270. [↑](#footnote-ref-6)
7. O termo “Estado” será utilizado no presente livro em sentido amplo, para designar qualquer autoridade pública, central ou local, nacional, internacional ou supranacional. [↑](#footnote-ref-7)
8. \* N. T. No original, Morand utiliza o termo “État providence”, que pode ser traduzido de maneira literal como “Estado providência”. No entanto, optamos aqui pelo uso da locução “Estado de bem-estar social”, por ser essa a forma mais utilizada pela literatura em língua portuguesa. [↑](#footnote-ref-8)
9. ELIAS N. (1991), *La société des individus*, 248ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver DELMAS-MARTY (1994), *Pour un droit commun*, 121ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. MORAND C.-A. (1996), “Vers un droit de l'environnement souple et flexible: le rôle et le fonctionnement des principes”, *Quel avenir pour le droit de l’environnement?*, 261ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. MORAND C.-A. (1995), “Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles”, *De la Constituiton. Etudes en l’honneur de Jean-François Aubert*, 57ss. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver *infra*, p. 76 sq. [↑](#footnote-ref-13)
14. RIPERT G. (1949), *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*. [↑](#footnote-ref-14)
15. HOLLEAUX A. (1976), “La fin des règles genérales”, *Bulletin de l'IIAP*, juillet-septembre, 39, 37. [↑](#footnote-ref-15)
16. SAVATIER R. (1977), “L'inflation législative et l'indigestion du corps social”, *Dalloz, 6ème Cahier, Chr. V*, 43ss. [↑](#footnote-ref-16)
17. BIGNON J./SAUVADET (1995), *L’insoutenable application de la loi*. Rapport nº 2172, 58, 59. [↑](#footnote-ref-17)