**Tradução de Eduarda Gouveia Costa Tupiassú – Novembro/2019**

**Le droit de l’État incitateur**

**Epílogo**

Ao se colocar a serviço da realização das políticas públicas, o direito opera uma mutação tão importante quanto a que ocorreu durante o nascimento do direito moderno. A mudança da forma jurídica, não tendo sido escolhida deliberadamente para ser usada para um projeto revolucionário, pôde ser ignorada. Durante muito tempo, os juristas puderam agir como se nada tivesse acontecido. Descendo de seu pedestal e procurando penetrar profundamente nas relações sociais para guiar os comportamentos, o direito se afastou radicalmente do modelo determinista e mecanicista que o apoiava. Ele muda o ritmo, torna-se mais flexível, mais incerto, mais complexo e muito menos previsível. O direito das políticas públicas não representa assim uma degradação do modelo de direito moderno, mas o surgimento de "uma nova figura de racionalidade jurídica na qual o direito é totalmente suportado pelo imperativo da eficácia"[[1]](#footnote-1). Será que este novo paradigma, cujos contornos ainda precisam ser definidos, significa que o direito entrou na era da pós-modernidade? Nós podemos duvidar disso. Contudo, antes de abordar esta questão que agita o espírito, é preciso retornar ao papel essencial que os princípios diretores desempenham no funcionamento do direito das políticas públicas.

1. **O papel dos princípios diretores**

É essencial no arranjo das políticas públicas. É particularmente verdadeiro no que diz respeito às políticas "bioecológicas"[[2]](#footnote-2) de planejamento do território e de proteção ambiental. O apelo aos princípios orientadores em preferência às regras fixas pode ser explicado por diversos fatores. Porque são os únicos capazes de assegurar a compatibilidade dos valores e interesses complementares ou contraditórios, que contribuem para a "otimização da vida". Regidas pelo princípio de não-contradição, regras fixas são muito incisivas para servir de suporte para inúmeras políticas públicas, correndo o risco de ser frustrado a qualquer momento. Os princípios orientadores não têm esse defeito. Eles permitem coexistir legislações muito diferentes, protegendo valores e interesses muito diversos.

A administração, agindo sob o controle do juiz, ao aplicar os princípios, pode tecer as ligações para assegurar a harmonização dos mais diversos regulamentos e, às vezes, os mais contraditórios. Tomando a metáfora de Simmel[[3]](#footnote-3), podemos dizer que regras fixas são as portas, os princípios orientadores as pontes, permitindo conectar diversos territórios normativos[[4]](#footnote-4), vários regulamentos estabelecidos muitas vezes de acordo com suas próprias lógicas e sem muita coordenação. Não é necessário ver neste *modus operandi* um defeito, mas "uma vantagem permitindo a instituição da intersubjetividade com base na comunicação imperfeita"[[5]](#footnote-5). Os princípios diretores, como as redes neurais[[6]](#footnote-6), permitem que o direito aumente sua complexidade, fornecendo os liames, possibilitando a conexão de normas muito diversas.

Garantias de uma interlegalidade horizontal entre várias legislações finalísticas, os princípios orientadores também garantem a internormatividade entre políticas públicas supranacionais, nacionais e infranacionais. Esta necessidade sublinhada por Delmas-Marty "para ordenar o múltiplo sem reduzi-lo a um[[7]](#footnote-7)" é particularmente importante para garantir a coexistência das políticas públicas comunitárias e nacionais. O julgamento *Cassis de Dijon*[[8]](#footnote-8) ilustra perfeitamente a necessidade de flexibilidade que asseguram os princípios. Interpretando amplamente o artigo 30º do tratado CEE[[9]](#footnote-9), o Tribunal possibilita evitar que a liberdade de circulação de produtos seja condicionada pela unificação dos requisitos técnicos nacionais, que constituem barreiras não tarifárias ao comércio. Ao processo exaustivo e interminável de unificação de regras fixas, o Tribunal as substitui por outras mais flexíveis. Contenta-se em assegurar a compatibilidade dos regulamentos sobre a base de vários princípios a serem aplicados sucessivamente. Aquele da livre circulação de mercadorias é acompanhada de exceções para ter em conta os interesses nacionais da segurança pública, da ordem pública e da proteção da saúde (artigo 34º CEE). Estas exceções à livre circulação são, por exemplo, justificadas quando se enquadram na política de proteção do ambiente e dos consumidores. As medidas nacionais não devem, todavia, ser discriminatórias (artigo 36º CEE). Elas também precisam ser compatíveis com os princípios da necessidade, da adequação e da subsidiariedade. A aplicação destes princípios garante que, entre os meios úteis para alcançar os objetivos perseguidos pelas políticas públicas nacionais, seja escolhido aquele que carrega o menor obstáculo possível ao comércio. O apelo aos princípios permite evitar, como veremos, que os conflitos normativos sejam resolvidos de acordo com o preceito estritamente hierárquico da primazia da ordem jurídica superior. Inteligentemente organizados, os vários princípios permitem resolver conflitos normativos à base de hierarquias descontínuas, alternativas e emaranhadas[[10]](#footnote-10), as únicas capazes de garantir um pluralismo jurídico ordenado.

Os princípios orientadores também promovem a internormatividade cruzada entre os valores e os interesses expressos no contexto das políticas públicas e das que figuram em outras redes normativas, como os direitos fundamentais. Entre as ligações que foram tecidas entre estes dois territórios normativos, o princípio da proporcionalidade desempenha um papel primordial nos seus três componentes[[11]](#footnote-11): o princípio relativo à capacidade de uma medida de atingir os objetivos perseguidos, aquele sobre a característica necessária da medida considerada e a que se relaciona com a subsidiariedade desta. O *princípio da aptidão* garante que as restrições às liberdades contribuam efetivamente e não de maneira suposta para a realização das políticas públicas. O *princípio da necessidade* permite verificar se o objetivo perseguido não poderia ser alcançado com medidas menos restritivas às liberdades. O *princípio da subsidiariedade*, *da proporcionalidade em sentido estrito*, possibilita constatar que se estabelece uma relação razoável entre a gravidade dos efeitos produzidos por uma medida restritiva sobre a situação do administrado e o objetivo visado pela política pública. Estes três subprincípios geram decisões que são ainda mais complexas, que postulam julgamentos de conformidade com legislações, que funcionam elas próprias com a ajuda de princípios e cujos efeitos permanecem, a partir de então, por um longo tempo potenciais.

Um caso exemplar da internormatividade cruzada foi exaustivamente analisado por Delmas-Marty, que mostrou o papel eminente dos princípios na determinação da margem de apreciação deixada aos Estados para tomar medidas que restringem as liberdades consagradas pela CEDH[[12]](#footnote-12). Não voltaremos a isso, senão para sublinhar o elevado grau de complexidade da aplicação dos princípios. Mesmo uma pergunta aparentemente simples, como saber se se está lidando com uma sanção criminal é, na realidade, muito complexa. Se esse gênero de decisões implica a utilização de múltiplos critérios com pesos incertos[[13]](#footnote-13), mede-se o grau de complexidade das decisões relativas à conclusão de grandes trabalhos, que exigem, como demonstramos, levando em consideração dezenas de princípios orientadores[[14]](#footnote-14). A complexidade aumentou ainda mais a relação com o tecido apertado dos princípios orientadores envolvidos na proteção dos direitos fundamentais[[15]](#footnote-15).

O uso de princípios diretores também é explicado pelo fato de que o bem, que uma política pública busca garantir a proteção, muitas vezes não pode ser definida com precisão. A proteção das paisagens, dos monumentos históricos, não pode ser assegurada senão por meio da ajuda de princípios, pois é impossível definir precisamente o que é uma bela paisagem, o que é um edifício que merece ser protegido. De um modo mais geral, as políticas públicas relativas ao planejamento territorial são condenadas a recorrer à técnica dos princípios, porque as normas jurídicas não tratam de bens homogêneos e infinitamente reprodutíveis. A construção de uma rodovia, uma linha ferroviária, não pode ser regida por regras fixas, porque a estrutura ocupa uma posição única no terreno que nunca mais acontecerá da mesma forma.

Notamos, de passagem, que o mesmo raciocínio poderia ser realizado para o tratamento dos homens. É à custa de uma abstração deformante que o direito moderno conseguiu considerar todos os homens de uma forma semelhante. Podemos perfeitamente conceber, como se verifica em algumas políticas atuais em matéria de tratamento social do desemprego, que cada indivíduo deve ser tratado por si mesmo[[16]](#footnote-16). Portanto, não é inteiramente porque as políticas públicas lidam com objetos específicos e não reproduzíveis que o uso de princípios orientadores se impõe. Isto porque se tornaram imanentes, humanos e talvez demasiado humanos, as legislações finalísticas penetram profundamente nos fenómenos que procuram regular. A diferença não reside, assim, no próprio propósito da regulamentação, mas na forma com a qual ela é construída. O direito moderno pode prosseguir com a ajuda de regras fixas, gerais e abstratas, pois enquadra de muito longe as atividades humanas e não se encaixa na especificidade das atividades regulamentadas. O direito intervencionista faz amplo apelo aos princípios para permitir à administração de adaptar a solução caso a caso à realização dos objetivos perseguidos. O grau de generalidade é, assim, inversamente proporcional à distância que a regulamentação coloca com seu objeto. Apenas os princípios, por causa de sua alta generalidade, são capazes de enquadrar as atividades que devem ser apreciadas em sua especificidade. As regras fixas, muito detalhadas, seriam esgotadas nesta tarefa.

O direito civil, notamos, não procede de forma diferente à medida que confere ao juiz o poder de decidir em função em todas as circunstâncias concretas. A alocação de custódia dos filhos não é feita pela ajuda de regras fixas, mas por princípios que estabelecem os interesses a serem levados em conta, os da criança, os do pai, os da mãe, o primeiro sendo considerado predominante Na satisfação dessa necessidade de individualização, o direito civil perde então grande parte de sua capacidade de predeterminação.

A combinação de regras fixas e princípios é evidentemente possível. O direito de planeamento do território o faz, definindo precisamente as condições nas quais é permitido construir, ao mesmo tempo que prevê a possibilidade de derrogações. Ao fazê-lo, assim, introduz flexibilidade em um sistema de regras fixas, que pode revelar-se demasiado rígido. O direito ambiental, por outro lado, combina em proporções variáveis, segundo o objeto protegido, o uso de regras fixas e princípios orientadores.

A distinção entre regras fixas e princípios orientadores é essencial para a compreensão das características particulares que revelam o direito das políticas públicas. As regras fixas são da ordem de tudo ou nada. Duas regras fixas contraditórias não podem coexistir. As regras fixas são nítidas, exclusivas. Eles atuam na separação, na diferença. Os princípios diretores são relativos. Os princípios contraditórios podem existir sem que um deva necessariamente ter precedência sobre o outro. Os princípios orientadores são menos nítidos e, graças a essa qualidade, são capazes de estabelecer ligações entre as normas e entre as redes normativas. A distinção entre regras fixas e princípios deve, contudo, ser relativizada. De um lado, porque a introdução de noções indeterminadas ao interior das regras fixas cria uma abertura da norma, de modo quase equivalente ao encontrado nos princípios. Por outro lado, porque as regras fixas mais precisas contêm uma parte da indeterminação e dão lugar no contexto da interpretação ao que chamamos de "pequenas pesagens de interesses[[17]](#footnote-17)".

O uso muito amplo que as políticas públicas fazem dos princípios orientadores tem por consequência que as decisões de aplicação não são tomadas de forma dedutiva, de acordo com os instrumentos da lógica clássica. Eles são baseados em vários pontos de vista no contexto de uma lógica difusa[[18]](#footnote-18). O direito das políticas públicas revela a existência de um paradigma diferente do que o subjacente à aplicação das regras fixas. Este paradigma certamente não é específico para as políticas públicas, uma vez que é conhecido por se refletir na aplicação dos direitos fundamentais, que, por essência, são constituídos por outras razões de princípios diretores. A diferença é que as decisões tomadas pela administração, com base nos princípios orientadores das políticas públicas, podem ser controladas pelo juiz administrativo. Este é, portanto, mais ou o mesmo que uma jurisdição suprema, estatuída em matéria de direitos fundamentais, de fazer as exigências de método ao sujeito, de maneira a sopesar os interesses envolvidos. Isto é, em todo caso, como nós vimos, o que se passou na Suíça[[19]](#footnote-19).

1. **Um novo paradigma**

O advento das políticas públicas teve uma profunda influência sobre as formas jurídicas. À estrutura linear e bem ordenada do direito moderno sucedem, sem a substituir completamente, as formas complexas que lembram aquelas de um labirinto[[20]](#footnote-20). O labirinto do direito das políticas públicas tem dois aspectos. Um, muito complicado, de empilhamento sucessivo de regras fixas, procurando desesperadamente manter uma realidade em movimento. Outro, complexo, de princípios orientadores, que geram pensamentos de interesse concreto, não reproduzíveis, pois devem se adaptar a cada caso.

Neste labirinto, não descobrimos o fio de Ariane, que seria suficiente para ser reenrolado, a fim de encontrar invariavelmente o caminho e uma certa saída. Mas, apenas pontas de fio metodológico permitem introduzir um pouco de racionalidade, em um universo que parece kafkiano ao observador externo e que os atores internos devem a todas as penas dominar. Uma racionalização da produção e da implementação das normas no âmbito de uma legística, projetada à maneira da planificação reflexiva. Uma abordagem metódica, que permite evitar que o sopesamento de interesses, realizados pela administração e o juiz, à base dos princípios diretores, não sejam completamente arbitrários. Uma maneira de agir que os obriga, pelo menos, a considerar todos os valores consagrados pelo direito em um caso particular (e não apenas aqueles que contribuem para o resultado que procuram alcançar intuitivamente), para respeitar as preponderâncias consagradas pelo direito e para ser escrupulosamente motivado pela escolha.

Ainda não é suficiente, mas não podemos demandar à ciência do direito que forneça de uma vez e em uma bandeja uma metodologia tão sólida como aquela que colocamos em relevo, não sem dificuldade, como resultado do surgimento do direito moderno. Antes de abordar a fundo os problemas metodológicos, postos pelo novo paradigma, devemos continuar a descrevê-lo e compreender suas diferentes facetas.

Uma coisa parece ser verdade. As intuições dos teóricos jurídicos sobre a existência de um novo modelo foram confirmadas além de todas as expectativas, pelo estudo do direito das políticas públicas. Em 1983, o decano Carbonnier desenvolveu, com a sutileza com a qual nós o conhecemos, a ideia da flexibilidade do direito[[21]](#footnote-21). Em 1986, Delmas-Marty[[22]](#footnote-22) identificou áreas de incerteza no direito penal, que são consideradas, porém, muito rigorosas e rígidas. Em 1988, van de Kerchove e Ost relevaram no direito das políticas públicas uma temporalidade precária e aleatória "que poderia muito bem levar a uma alteração decisiva da própria forma jurídica"[[23]](#footnote-23). Já em 1970, André Hauriou falava do direito administrativo da aleatoriedade[[24]](#footnote-24). Em 1991, Amselek se manifestou sobre o conteúdo indeciso do direito[[25]](#footnote-25). Timsit, por sua vez, enfatizou o silêncio e a ausência que se estabeleceram no coração da lei[[26]](#footnote-26). Lascoumes[[27]](#footnote-27), a partir de uma análise aprofundada da implementação de políticas públicas, notou a presença de estruturas que lembram a anarquia organizada desenvolvida por March[[28]](#footnote-28), remontam por ajuste progressivo de interesses, de acordo com o modelo "*lata de lixo*[[29]](#footnote-29)". As teorias do caos e das catástrofes de René Thom pareciam-lhe ser as mais propensas a explicar os fenômenos observados. Arnaud, de seu lado, destacou o elevado grau de complexidade que reveste o direito finalístico da Comunidade Europeia[[30]](#footnote-30). O estudo aprofundado do direito das políticas públicas confirma a maioria dessas intuições. Este direito é flexível, difuso, aleatório, caótico e de uma grande complexidade.

1. *A flexibilidade*

Esta é a primeira característica significativa do direito das políticas públicas. É forte desde que é articulado em torno de princípios, que permitem que a administração e o juiz tomem decisões concretas, levando em conta as circunstâncias específicas de cada caso. Existe, no entanto, também quando o legislador coloca em prática programas finalísticos usando regras fixas detalhadas. Porque, a fim de se adaptar aos fenômenos naturais ou às realidades sociais que são mutáveis e incertas, o direito deve ter regras internas de mudança para evitar revisões legislativas muito frequentes. É na lacuna dos textos e graças à técnica das diretrizes administrativas, que a adaptação se realiza. Além disso, mesmo as regras fixas são fortemente flexibilizadas, na medida em que sua aplicação foi determinada pelos objetivos perseguidos no âmbito de programas finalísticos

Ao lado desta flexibilidade aberta, há uma segunda, oculta, que resulta das negociações que intervêm na sombra da lei. Um vasto processo de transformação de mandamentos legais ocorre então. A necessidade de suavizar a aplicação do direito, de aconselhar, em vez de comandar é tão forte que os tribunais se viram incapazes de pôr um fim a esses processos de alojamento, mesmo que os considere desviantes[[31]](#footnote-31). No domínio das políticas públicas, a preferência por soluções negociadas se deve ao desejo de evitar o envolvimento em procedimentos de longo prazo e resultados incertos. Isto é evidente no que diz respeito aos procedimentos no caso de grandes trabalhos. A flexibilidade é trazida ao seu auge quando o Estado se limita a exercer uma ação suave sobre o comportamento, de acordo com as várias questões técnicas que analisamos.

A necessidade de flexibilidade questiona as exigências da legalidade tanto no plano da supremacia quanto na reserva da lei. Estas exigências, estabelecidas no contexto de uma administração restritiva, não podem ser aplicadas sem a ação finalística do Estado. A ecologização do direito[[32]](#footnote-32), que é um fenómeno que vai muito além do domínio da proteção do ambiente, supõe que são encontrados novos pontos de equilíbrio, assegurando-lhe uma flexibilidade suficiente, para que seja capaz de agir em numa realidade instável, conservando ao mesmo tempo o mínimo da previsibilidade, sem a qual ele não mereceria seu nome. Se for capaz de proporcionar certezas sociais[[33]](#footnote-33) o direito dos programas finalísticos é por natureza flexível, porque não pode evitar importar alguma instabilidade, que prevalece nos fenômenos que ele procura dirigir. No máximo, ele pode tentar manter a instabilidade em um nível aceitável. No final das contas, constatamos que as exigências de legalidade devem ser diferenciadas[[34]](#footnote-34) em função do grau de finalidade da ação, do grau de aumento da reflexividade e do grau de imperatividade das normas. O princípio da legalidade, que é o símbolo próprio da unidade do direito moderno, emerge de seu confronto com o direito das políticas públicas finalísticas.

1. A incerteza do direito

Varia dependendo da flexibilidade introduzida. O direito das políticas públicas gera incerteza tanto nas razões que presidem a sua aplicação, como na sua própria delimitação.

A aplicação dos princípios orientadores engendra, como demonstrou Delmas-Marty[[35]](#footnote-35), subconjuntos vagos, que não podem ser tratados com a lógica clássica do silogismo jurídico, mas com uma lógica não-padrão, determinando graus de proximidade em relação aos critérios que lhes especificam. A dificuldade é que esses critérios variam tanto no tempo quanto no espaço normativo, em função das peculiaridades de cada espécie. Com efeito, não é possível evitar a variabilidade do limiar da decisão, pois é "apenas um reflexo do caráter indeciso do próprio limiar"[[36]](#footnote-36). O deslocamento da caixa preta da legislação para a decisão produz incerteza e uma vagueza que aumenta mais do que proporcionalmente, assim que os interesses a serem considerados se multiplicam. Podemos, a partir de então, questionar-se a lógica difusa conserva a sua utilidade, quando são muitos os critérios a serem considerados. Podemos pensar, de fato, que nenhuma lógica consegue dominar a complexidade quando excede um determinado limiar. Apesar destas reservas, a lógica vaga tem pelo menos a vantagem de evitar que os critérios importantes, sobre os quais a decisão deve ser baseada, não sejam apressadamente suprimidos na preocupação de simplificação[[37]](#footnote-37). Na metodologia de ponderação de interesses, todavia, sobre as autorizações necessárias para a realização de grandes trabalhos, a ideia se expressa na exigência feita e a administração leva em conta todos os interesses cujos princípios orientadores postulam respeito.

A incerteza do direito não afeta apenas a tomada de decisões, mas os contornos do próprio direito. Os critérios afiados de sanção ou da obrigatoriedade não são mais suficientes para caracterizar o direito. Muitas ações consideradas à primeira vista como não-jurídicas, segundo estes critérios, são integradas no direito pelas jurisdições. O terceiro critério, baseado em violações ao direito ou aos interesses, não se enquadra na lógica clássica de tudo ou nada, do terceiro excluído. É também justiciavel um ponto de lógica vaga, que comporta uma gradação em torno do critério da extensão das infrações, que um ato não obrigatório pode trazer aos interesses. Os mesmos problemas de fixação do limiar da decisão surgem. O perigo da arbitrariedade reside na tentação pelas jurisdições de variarem o limiar da decisão, em função do resultado que intuitivamente procuram alcançar.

A teoria dos subconjuntos difusos teve o mérito de abrir um campo de pesquisa para o desenvolvimento de uma nova lógica mais bem adaptada à aplicação dos princípios orientadores e das normas indeterminadas. Ela não rompe deliberadamente com a concepção do direito moderno, mas a completa, destacando o poder de codeterminação do juiz, que varia em função do grau de abertura das normas. Uma ruptura mais completa poderia ser feita com base na analogia entre o direito e os jogos. [[38]](#footnote-38) A análise da incerteza não distinguiria dois tipos de normas jurídicas substanciais, justiciáveis de duas lógicas diferentes. Mas, de uma diferenciação entre, de uma parte, as normas jurídicas assimiladas e as regras do jogo e, de outra, as normas pragmáticas sobre a estratégia dos jogadores. Neste modelo, por um lado, existem regras jurídicas que prescrevem, se necessário com precisão, a maneira de proceder. Doutra parte, as regras pragmáticas deixam à discrição dos jogadores. Estas são as instruções que eles dão a si mesmos ou que o treinador comunica aos jogadores, a fim de obter a vitória de uma partida. As instruções individuais podem ser objeto de uma certa generalização pelo estabelecimento de meta-regras pragmáticas (manual de jogador de xadrez, manual do treinador). De acordo com o modelo, a incerteza poderia ser rejeitada quase completamente fora do direito. A caixa preta não estaria ao lado do direito, pois a maneira de proceder para a elaborar o direito, ou aplicá-lo, pode ser determinada com grande precisão. Ele estaria localizado no espaço das regras pragmáticas, relativas às estratégias e táticas das autoridades, que são altamente variáveis.

O modelo reflete muito bem o que acontece quando o direito se coloca a serviço da realização das políticas públicas. Trata-se de uma fase, um quadro em que as autoridades desenvolvem estratégias destinadas a alcançar objetivos específicos. A noção de Estado-estratégia[[39]](#footnote-39) sugere que o direito se limitar a definir as regras no quadro das quais de desenvolveriam os planos de batalha, o Kriegspiel da ação finalística.

As instruções administrativas, o planejamento, as correções que a administração faz à sua prática como resultado de uma avaliação, parecem estranhamente semelhantes às instruções que o treinador fornece aos jogadores e aqueles que eles dão a si mesmos. Os princípios orientadores são, em grande medida, instruções dadas às autoridades sobre a maneira de proceder com as operações jurídicas. Alguns deles não têm outra função[[40]](#footnote-40). A analogia não pode, no entanto, ser adiada demais. Muitos dos princípios diretores comportam normas substanciais, especialmente sobre a predominância que deve ser concedida a certos interesses. Além disso, a legislações finalísticas integram em grande medida os planos de batalha, as estratégias utilizadas para alcançar certos objetivos.

1. A complexidade

A complexidade do direito das políticas públicas está em relação direta com à flexibilidade e imprecisão que desenvolve através do uso de normas indeterminadas e de princípios diretores. Ela reside nas ligações que estabelece entre pontos de vista diversos e contraditórios. O direito moderno tem tentado, com relativo sucesso, estabelecer a simplicidade, recorrendo aos três processos que a caracterizam: a disjunção, que permite separar o que está relacionado, a redução, que garante a unificação de elementos díspares e, finalmente, a abstração, que permite reter na realidade apenas alguns pontos considerados relevantes[[41]](#footnote-41). A pretensão do direito moderno de agir por meio de regras fixas e precisas, gerais e abstratas, aplicando-se mecanicamente a situações particulares, é uma escolha feita em favor da simplicidade. É a contrapartida jurídica do pensamento cartesiano simplificador, que há muito prevalece nas ciências naturais. Eles tentaram "eliminar o que é individual e singular para manter apenas as leis gerais e as identidades simples e fechadas[[42]](#footnote-42)".

A complexidade é caracterizada pelo fato de manter a diversidade, conservar a singularidade e conectar elementos díspares e contraditórios. É neste modelo multidimensional que repousa o direito das políticas públicas e vemos imediatamente o papel decisivo que os princípios diretores desempenham na reunião de diferentes pontos de vista, na manutenção da diversidade de valores e interesses, na convivência de várias lógicas.

A grande complexidade do direito das políticas públicas decorre, em primeiro lugar, da concorrência e das interações que intervêm entre os vários sistemas, os quais se preocupam com a resolução de problemas. Trata-se de uma complexidade interssistêmica. Ela resulta também das relações e entrelaçamentos que ocorrem entre as várias normas jurídicas. Relações entre os tecidos normativos cada vez mais especializados e fechados, que formam as várias políticas públicas, de acordo com o vasto processo de parcelamento que descrevemos[[43]](#footnote-43). Relações entre essas redes normativas e as que se formam noutras áreas do direito, como por exemplo aquela dos direitos fundamentais. Essa complexidade é reforçada pelo fato de que esses vários tecidos normativos, ligados uns aos outros, podem ser encontrados em vários níveis normativos: nacional, local, internacional, supranacional, até transnacional.

1. A complexidade interssistêmica

Ela surge da convivência de vários sistemas sociais que pretendem governar, de acordo com diferentes lógicas, os problemas que as políticas públicas abordam. Manifesta-se no entrelaçamento que intervém entre esses sistemas. A pesquisa que realizamos sobre o regime jurídico dos trabalhos de importância, requerem a confecção de um estudo de impacto, mostram o alto grau de complexidade interssistêmica que podem alcançar as políticas públicas[[44]](#footnote-44). Vários sistemas primários e secundários se ocupam da questão. Entre os sistemas primários, vamos notar, antes de tudo, o sistema econômico, que se interessa na rentabilidade dos projetos e do sistema científico, o qual, no contexto do estudo de impacto, analisa os incômodos e busca, dentro de uma abordagem iterativa, encontrar asolução mais satisfatória[[45]](#footnote-45). O direito tenta guiar esses dois sistemas primários, regulando o procedimento do estudo de impacto e prescrevendo que a administração e o juízo operem um sopesamento global de todos os interesses envolvidos.

Devido às incertezas em torno do resultado final de um processo jurídico bastante problemático, vimos que aparecem outros dois outros sistemas, que procuram resolver os problemas, conciliando os interesses envolvidos: o sistema administrativo, que tenta fazer um ajuste iterativo de interesses por acomodação progressiva; o sistema político que busca encontrar soluções negociadas para conflitos deinteresse[[46]](#footnote-46).

Vista do lado do direito, a complexidade interssistêmica coincide com os fenômenos da intemormatividade e aparece quando a lei incorpora as normas, os modos de pensar, os métodos provenientes de outros lugares. O direito de planejamento do território representa a este respeito um extraordinário pólo de absorção das mais diversas e contraditórias normas sociais e políticas[[47]](#footnote-47). Todas essas normas referem-se ao conhecimento desenvolvido no contexto da ciência econômica, das ciências sociais, das ciências naturais. Essas referências implicam, a partir de então, para a administração responsável pela implementação dos princípios diretores, dos esforços consideráveis para se familiarizar com os conhecimentos mais variados e para se adaptar sem traí-las às operações jurídicas das quais eles se livram. O acoplamento estrutural pode ser facilitado pelo estabelecimento de áreas de discussão e interfaces com a sociedade civil. É particularmente desenvolvido em regimes neocorporativos que, graças, por exemplo, a um procedimento de consulta institucionalizada, garantem que os pontos de vista defendidos pelos grupos de interesse serão levados em consideração na elaboração e implementação de normas jurídicas.

A incorporação produz uma profunda transformação da estrutura jurídica, à medida que ela porta sobre os métodos, sobre os modos de raciocínio globais. Isto é o que acontece quando o direito recorre à técnica dos princípios orientadores, gerando sopesamentos de interesses de preferência à das regras fixas aplicáveis de maneira silogística. É também uma transformação radical da estrutura do direito ao qual assistimos, quando ele prescreve que os efeitos produzidos pelas legislações finalísticas terão de ser avaliados. Esses são, então, as grandes seções do direito, que são subvertidas por uma racionalidade técnico-econômica.[[48]](#footnote-48) A obrigação de avaliar, especialmente quando acompanhada pela de corrigir, instaura um jogo muito sutil entre a racionalidade gerencial, que trata da condução de ações efetivas, e a racionalidade jurídica, que visa a controlar a regularidade da ação estatal. Essas duas racionalidades são chamadas a colaborar em conjunto, na medida em que a eficácia da ação é cada vez mais considerada como uma condição de validade das normas jurídicos[[49]](#footnote-49)

Para pensar na complexidade, Edgar Morin [[50]](#footnote-50) sugere o uso do princípio dialógico e a ele o da recursão. Este é mais rico do que a ideia de dupla referência do direito à realidade social imaginada por Teubner [[51]](#footnote-51). Implica em uma abordagem iterativa de adaptação constante do sistema jurídico a uma realidade em mudança. A avaliação prospectiva, retrospectiva ou simultânea faz parte de um amplo esforço para implementar o princípio da recursão. Não se trata, no entanto, da parte mais visível dos fenômenos. É, na realidade, uma mudança radical e profunda na cultura política e administrativa, a qual assistimos na maioria dos países. A administração não é mais esta massa amorfa e impessoal de funcionários que aplicam o direito de maneira rotineira, segundo o tipo-ideal weberiano do Estado racional e legal. É também formado por atores imaginativos e flexíveis, que estão permanentemente preocupados com os efeitos produzidos pela atividade estatal, com vistas a corrigi-la. A disseminação do princípio da recursão, através da introdução de mecanismos de avaliação de efeitos, explica a instabilidade inerente do direito das políticas públicas. Na institucionalização dos efeitos produzidos pelo direito, acha-se uma das principais características da modernidade, que Giddens chama de "o controle reflexivo de ação[[52]](#footnote-52)".

O princípio dialógico permite ligar várias racionalidades sem, porém, reduzi-las à unidade. Manifesta-se de maneira diacrónica em relações que ocorrem entre ordem e desordem. A ordem provisória de que o direito das políticas públicas estabelece por meio dos princípios diretores está constantemente perturbada pela necessidade de levar em consideração uma multiplicidade de pontos de vista concretos. As decisões complexas tomadas pela administração com base em princípios recriam uma ordem que não é senão parcial, válida para as circunstâncias da espécie, nunca global. É facilmente reconhecida nesse processo a ordem/desordem/interação/organização de tetragrama, descrita por Edgar Morin[[53]](#footnote-53).

Em um nível sincronizado de interações entre os vários sistemas envolvidos, a implementação do princípio dialógico confronta com uma tendência ao fechamento e à autossuficiência. Em nosso estudo, pudemos constatar a dificuldade de garantir a convergência dos sistemas envolvidos. Os cientistas que procedem aos estudos de incidência têm bastantes problemas em fornecer dados pertinentes para o direito. Este, em virtude de sua tendência natural à firmeza, tem dificuldade em integrar os modos de raciocínio iterativos e recursivos, preconizados pela ciência para resolver problemas à base de vários critérios. As negociações que o sistema político conduz para superar as incertezas decorrentes da abordagem jurídica dos problemas, correm o risco de ocorrer em detrimento do respeito às normas protegidas pelo direito.

A fim de promover o dialogismo e evitar dissonâncias entre os vários sistemas envolvidos, foram imaginados procedimentos que permitem aos vários atores (políticos, corporativos, administrativos, jurídicos) de tratar conjuntamente a questão e combinar as diversas racionalidades envolvidas[[54]](#footnote-54). Este metassistema, contudo, é frágil, porque a qualquer momento um ator que participa da discussão ou é dela excluído pode, opondo-se às decisões tomadas, provocar uma solução contenciosa do conflito e garantir que o problema seja tratado exclusivamente pelo sistema jurídico.

1. A complexidade intrassistêmica

Ela provém do emaranhado de normas que são produzidas seja no interior de uma ordem jurídica, seja entre diversas ordens jurídicas coordenadas ou subordinadas. O advento das legislações finalísticas aumentou consideravelmente a complexidade no seio dos sistemas jurídicos nacionais em um momento onde, para além de sua unidade, abria-se pela criação de uma multidão de polos de produção de normas. O grau de complexidade do direito, no entanto, é tal que assistimos ao nível de práticas judiciárias e de procedimentos administrativos às tentativas de simplificação que, devido à sua natureza seletiva, correm o risco de desnaturar significativamente o direito do qual é aplicado. É este movimento dialético de complexidade e simplificação que gostaríamos de evocar brevemente aqui.

A complexidade do direito das políticas públicas decorre do fato de que várias decisões concretas devem ter em consideração uma multiplicidade de legislações finalísticas, adotadas à origem sem muita preocupação com a coordenação. A análise das decisões, todavia, sobre a realização de grandes trabalhos mostra que é a este nível que as normas mais diversas se cruzam. A esta hipercomplexidade horizontal, proveniente do arranjo dos princípios diretores muito pouco hierarquizado[[55]](#footnote-55), junta-se a um outro vertical. Estamos de fato testemunhando, nos Estados Federais e na União Europeia, à superposição de diferentes camadas de políticas públicas, que devem elas também serem harmonizadas[[56]](#footnote-56).

O desenvolvimento das políticas públicas também tornou mais complexas as relações com outras redes de normas, como as que tratam da proteção dos direitos fundamentais. As medidas restritivas admissíveis em um Estado democrático, os interesses públicos que justificam restrições aos direitos fundamentais são tão variados e numerosos que a sua ligação com os valores protegidos pelos direitos fundamentais atinge um nível muito elevado de complexidade. Se devêssemos julgar a constitucionalidade aos olhos da liberdade econômica, da garantia da propriedade ou da liberdade pessoal, dezenas de restrições visando à proteção do meio ambiente ou do planejamento territorial, que intervêm na realização de grandes obras, o número de pontos de vista a considerar será considerável. Em verdade, cada restrição à liberdade poderia ser apreciada à luz dos três subprincípios decorrentes da exigência de proporcionalidade, a saber: a aptidão, a necessidade e a subsidiariedade. As medidas de proteção do meio ambiente deveriam, por outro lado, ser apreendidas não somente no seu aspecto restritivo, mas também na contribuição que elas dão à realização do direito à saúde, do direito à vida e até mesmo do direito ao respeito da vida privada e familiar (Art. 8 CEDH). O juiz constitucional deveria, por fim, levar em conta o fato de que os direitos fundamentais estão consagrados em vários níveis: internacional, comunitário, até mesmo infranacional nos Estados federais.

A hipercomplexidade das decisões administrativas e judiciais respondem a um amplo movimento de simplificação que, sem afetar o direito substantivo, manifesta-se ao nível das práticas judiciais e administrativas ou por alterações processuais. Aqui nos bastamos a dois exemplos que ilustram muito bem o fenômeno.

Os tribunais constitucionais desenvolvem as mais variadas estratégias para reduzir os pontos de vista aos quais devem se referir para julgar. Eles podem, por exemplo, presumir a compatibilidade dos níveis de proteção, recusar-se a se pronunciar sobre a compatibilidade de uma medida com outro direito (internacional, supranacional, europeu convencional) do que o direito nacional, não manter senão apenas restrições que lhes pareçam importantes. Estas estratégias de simplificação correm o risco de reduzir grande parte do direito substancial a uma dimensão simbólica, tornando-o pouco transparente para os jurisdicionados e até mesmo arbitrário na medida em que os tribunais podem ser tentados a manter apenas os pontos de vista que contribuem para o resultado que procuram intuitivamente alcançar.

No que diz respeito às decisões administrativas, a tendência é também a simplificação. Isto é particularmente evidente, na área de decisões que tratam de grandes obras, que temos estudado de perto. Duas exigências do Tribunal federal contribuíram para torná-los hipercomplexos[[57]](#footnote-57). As autoridades administrativas devem, por uma parte, ter em consideração todos os interesses em causa e, de outra, coordenar-se entre si, de maneira a operar um pensamento abrangente desses interesses. Estas duas exigências substantivas e de forma garantem a manutenção da variedade de pontos de vista, da complexidade. Isto, porém, é julgado nefasto pelas as autoridades políticas. Um projeto de lei sobre a simplificação dos procedimentos, que trata das decisões federais mais importantes,[[58]](#footnote-58) visa a substituir a exigência do concurso de serviços administrativos uma centralização do processo de tomada de decisão sobre a autoridade responsável pela condução do trabalho. Ao concentrar este procedimento sobre esta autoridade e ao elevar os outros serviços, especialmente aqueles que lidam com a proteção do meio ambiente, seu poder de codecisão, o projeto de lei transforma radicalmente o processo. Não é difícil prever que esta mudança estrutural terá um efeito direto sobre a maneira com a qual o sopesamento entre os interesses envolvidos será efetuada. Ou, como demonstramos, trata-sede uma operação política[[59]](#footnote-59) do fato que não existe uma medida comum entre os interesses envolvidos. O projeto de lei consiste, então, em confiar uma decisão política a um serviço responsável pela promoção de certos interesses, em detrimento daqueles que defendem os outros. Esta violação do pluralismo interno à administração, que é apenas um reflexo do pluralismo dos valores da sociedade, é ainda mais lamentável, uma vez que o controle judicial não poderá ser realizado senão de forma muito limitada, devido ao carácter político da decisão. Como no caso precedente, a simplificação dos procedimentos corre o risco de desnaturar o direito substantivo e favorecer o desenvolvimento de decisões arbitrárias. Ela cria uma discordância entre duas formas de pensamento, a complexa que preside ao estabelecimento do direito substantivo e a simplificada, que rege o procedimento.

D. A estruturação em rede

A rede é uma organização fracamente estruturada que permite a uma pluralidade de elementos divergentes permanecer consistentes[[60]](#footnote-60) Vemos imediatamente o quão pertinente é o modelo de rede para descrever o direito das políticas públicas[[61]](#footnote-61), composto por diversos princípios diretores e frequentemente contraditórios. Nenhuma outra metáfora, seja a cadeia, a pirâmide ou a árvore são capazes de traduzir as relações que são estabelecidas entre grupos de normas estruturais em torno dos princípios orientadores. Esta representação permite melhor explicar as interações, as recomposições infinitamente alteráveis às quais a aplicação dos princípios orientadores dá lugar.

A rede que forma o direito das políticas públicas inclui fluxos de informação que estão ligados entre si por nós eeixos (hubs)[[62]](#footnote-62) Os princípios diretores constituem os nós da rede na medida em que permitem tecer as ligações entre o direito e a realidade social, entre os espaços formados pelas diferentes políticas públicas e, finalmente, entre eles e outros tecidos normativos. Os eixos de comunicação "coordenam a interação de flexibilidade de todos os elementos integrados à rede"[[63]](#footnote-63). No nível de implementação do direito de políticas públicas, os eixos são compostos por planos que buscam coordenar de maneira reflexiva muitas interações, os estudos de incidência, os espaços onde a administração e o juiz operam um pensamento global de interesses antes de tomar suas decisões.

A estruturação em rede comporta uma parte importante da organização. O direito pode estabelecer hierarquias flexíveis com os princípios que emanam de uma ordem jurídica superior ou entre os vários interesses consagrados pelos princípios diretores, que fazem parte de uma dada ordem jurídica. Essas predominâncias são, contudo, sempre relativas e nunca assumem a forma da pirâmide kelseniana. Se, por exemplo, o interesse da proteção florestal é considerado pelo direito como preponderante em relação, por exemplo, à salvaguarda de terras agrícolas, como é o caso na Suíça, isso não significa que essa predominância será assegurada em todos os casos. É bem possível que, dependendo da configuração do terreno, uma estrada deve usar um trajeto localizado na floresta. A primazia da CEDH[[64]](#footnote-64) é totalmente relativa[[65]](#footnote-65) No âmbito da margem de apreciação, os princípios orientadores destinados a garantir liberdades a nível da Convenção coexistem com aqueles que permitem aos Estados tomar medidas que restringem as liberdades. É apenas a partir de um certo grau de incompatibilidade que o princípio de hierarquia se manifesta. A primazia dos direitos constitucionais nacionais sobre as leis é igualmente relativa. Constituídos pelo essencial dos princípios diretores[[66]](#footnote-66), estes direitos tecem os vínculos de subordinação e coordenação. O Tribunal Federal salienta, com razão, que a liberdade de comércio e de indústria e os interesses públicos permitem a restrição do mesmo nível e devem ser coordenados. Pela flexibilidade dos vínculos estabelecidos, os princípios diretores evocam uma estruturação em redes. O mesmo poderia ser dito das ligações que são estabelecidas entre o direito das políticas públicas comunitárias e nacionais.

A análise do direito das políticas públicas em termos de rede faz parte de um pensamento reflexivo que é susceptível de influenciar por entrelaçamentos sucessivos as práticas jurídicas. O conceito de rede tem desempenhado um papel essencial na compreensão dos princípios orientadores como normas que asseguram a ligação flexível e não hierárquica com outras normas[[67]](#footnote-67). A descoberta desses vínculos, por sua vez, reforça a relevância do paradigma. Isso nos permite romper deliberadamente com o modelo mecânico, linear e hierárquico do direito moderno. Dá a possibilidade ao direito de se adaptar à estrutura social. No entanto, não há dúvida de que as redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades[[68]](#footnote-68). É ao tomar consciência da ampla homologia entre a estrutura social e a estrutura jurídica que será possível evitar as simplificações deformantes, de modo que poderemos garantir que as práticas judiciais ou as disposições processuais não anulem a complexidade estabelecida pelo direito substantivo. Essa homologia sugere que, devido ao desenvolvimento de técnicas de informática, será possível processar as informações necessárias para tomar decisões complexas de forma decentralizada, pluralista, recursiva e iterativa, gerando a economia de deslocamentos físicos que hoje implica a coordenação das decisões. Se a lógica da rede "é necessária para estruturar a desestrutura, sempre conservando a flexibilidade"[[69]](#footnote-69), vê-se imediatamente a parte que se pode retirar para caracterizar a implementação do direito de políticas públicas. O não-estruturado sendo o motor da inovação[[70]](#footnote-70), o modelo da rede permite melhor apreender as atividades criativas que a administração desenvolve dentro da margem de apreciação, muitas vezes considerável que a lei o administra.

A estruturação em rede permite não apenas levar em conta a complexidade que se manifesta no quadro da aplicação de múltiplos e contraditórios princípios orientadores. Ela permite conciliar os modos de proceder e de agir que foram construídos na forma de oposições binárias: o pluralismo e o corporativismo[[71]](#footnote-71), a autonormatividade e a heteronormatividade, o comando e a persuasão, o público e o privado. A rede torna possível abolir, pelo menos em parte, as grandes dicotomias, na base das quais o direito moderno foi construído. Em parte, porque porções do direito modelo subsistem e porque as ordens jurídicas resistem com mais ou menos firmeza à abertura das fronteiras. A oposição entre público e privado, por exemplo, está muito mais enraizada nos direitos nacionais, devido à presença de duas ordens de jurisdição, do que no direito comunitário ou no direito da CEDH.

Outra homologia deve ser enfatizada entre o tratamento do direito de políticas públicas como regulação e como rede[[72]](#footnote-72).Ambos observam uma ação flexível, evolutiva, recursiva e fracamente hierárquica. Compreende-se porque ressalta Ost[[73]](#footnote-73) "a ideia de regulamentação aparece no momento certo, em um campo jurídico que doravante toma a forma da rede; ela nos permite pensar nas delicadas operações de equilíbrio, que tomam lugar entre fontes de poder à vez de complementares e concorrentes; ela acompanha os avanços improváveis do direito nos mecanismos de subsistemas (econômicos, educacionais, científicos, etc.) que desejaria controlar." Norbert Elias mostrou, por sua vez, o quão é difícil exprimir os fenômenos de cruzamentos e de interdependência que assumem uma forma reticular[[74]](#footnote-74). "Uma rede é feita de vários fios conectados uns aos outros. No entanto, nem o todo da rede, nem a forma que cada um dos diferentes fios toma, pode ser explicada a partir de um desses fios, nem de todos os diferentes fios em si mesmos; eles são explicados apenas pela sua associação, pela sua relação uns com os outros. A forma de cada fio se modifica à medida que se modificam a tensão e a estrutura de todo o conjunto da rede[[75]](#footnote-75)" Como é a complexa relação entre os homens, o direito de políticas públicas assume a forma de "uma rede em movimento perpétuo, tecendo e desfazendo relações[[76]](#footnote-76)."

A ação regulatória do direito de políticas públicas resulta em uma transformação da forma jurídica. A rede é a forma na qual pode se introduzir um direito suave, vago, incerto e aleatório. Evidentemente, existe o risco de que este direito em rede, que já não está sujeito aos princípios jurídicos que regem a formação do direito autoritário e hierarquizado, desenvolva-se em um vazio jurídico completo. E é uma tarefa principal da doutrina repensar o quadro do desenvolvimento deste direito. Não se trata apenas, como nós fizemos, de atenuar as exigências para a formação do direito, para ter em conta a flexibilidade e a reflexividade inerentes às regulações. Trata-se sobretudo de elaborar os princípios, regras e instituições mais adequados ao seu modo de operação e à sua estruturação em redes. A delimitação deste meta-direito está emergindo. Na mistura que opera o Tribunal de Karlsruhe entre o controle de regularidade e avaliação dos efeitos[[77]](#footnote-77). Nas exigências do Tribunal federal sobre como conduzir o sopesamento de interesses[[78]](#footnote-78). Nos princípios jurídicos originais que regem a planificação e os estudos de impacto, que levam em conta seu caráter iterativo e recursivo. Um meta-direito tendo em conta a estruturação de legislações finalísticas está em processo de formação. Mas, essas delimitações ainda são muito diversas e dispersas para que nós sejamos capazes de elaborar uma grande teoria.

**III. Um direito pós-moderno?**

Para agir em profundidade sobre os sistemas sociais que busca influenciar, o direito das políticas públicas procede de forma muito diferente do direito moderno. Seus criadores tiveram que renunciar à generalidade da lei para reforçar a sua capacidade de agir mais profundamente sobre uma realidade social em movimento. Renunciar a simplicidade para que fixe melhor em uma realidade social complexa. Renunciar a sistematização e a coerência para que seja capaz de responder sempre mais rapidamente às demandas sociais prementes. Renunciar a sua autonomia para facilitar sua penetração nos sistemas que ele procura regular. Renunciar a onipotência para contornar as resistências. Renunciar à centralidade dos mandamentos para garantir o acoplamento com os sistemas sociais regulamentados. Renunciar, por fim, a permanência, garantia de previsibilidade e segurança do direito, para permitir que ele atinja objetivos em um contexto incerto e em mudança.

As principais características do novo paradigma residem, por contraste, na individualização das normas, no crescimento da complexidade das decisões, na renúncia ampla à sistematização do direito, na perda importante de sua autonomia, no aumento significativo da reflexividade e da poliarquia, no aumento da flexibilidade e da incerteza do direito. Essas características correspondem, em grande medida, àquilo que atribuímos à pós-modernidade jurídica[[79]](#footnote-79). Há, no entanto, razões para questionar esta qualificação. A primeira é que muitas dessas características já eram presentes, mas mascaradas, na construção do direito moderno. Em suma, nunca fomos modernos. Em segundo lugar, é difícil saber se as características identificadas não resultam de uma comparação superficial entre a pós-modernidade jurídica e a pós-modernidade social. Em terceiro lugar, é necessário introduzir nuances. Assim, a dessubjetivação, a mudança do sujeito, características fundamentais do pós-modernismo jurídico, não se verificam senão em parte. As legislações finalísticas certamente manifestam uma tendência à instrumentalização dos homens, uma propensão a considerá-los como objetos que podem ser manipulados para alcançar finalidades coletivas. Todavia, constatamos, pelo contrário, que vários direitos subjetivos são criados: direitos de participação em decisões concretas, direitos processuais mais desenvolvidos e mais bem garantidos. Verificamos, por outro lado, uma extensão considerável dos direitos subjetivos constitucionais, como resultado do desenvolvimento de jurisdições constitucionais e de instâncias internacionais e regionais de proteção dos direitos do homem. Esta extensão se manifesta pelo fortalecimento e afinamento das liberdades clássicas, pelo desenvolvimento de direitos de crédito, de direitos individuais com escopo coletivo, direitos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente, que podemos já deduzir em parte de direitos e liberdades da primeira geração, como o direito à vida ou à integridade corporal.

Uma última razão incita a prudência. É que as características apresentadas como pós-modernas por alguns são consideradas por outros como características fundamentais da modernidade. É o caso, por exemplo, de reflexividade e recursividade, importantes fontes de complexidade, que para alguns são o sinal de pós-modernidade, para outros da própria modernidade. Parece-nos nestas circunstâncias mais preciso ver nas características marcantes do direito das políticas públicas o que Giddens chama de uma radicalização da modernidade[[80]](#footnote-80) Este direito manifesta uma enorme confiança no progresso, na possibilidade dos órgãos estatais de agir voluntariamente sobre a realidade social. O desenvolvimento da avaliação legislativa revela mais da modernidade se compreendida em si mesma que de sua superação como tal[[81]](#footnote-81) Ela não faz senão refletir sobre o plano institucional, a reflexividade inerente à modernidade em si[[82]](#footnote-82) A flexibilidade de um direito constantemente sujeito aos requisitos de avaliação é provavelmente apenas um reflexo de uma característica fundamental da modernidade, a saber, uma mutabilidade e instabilidade inerentes à propensão para aprofundar o conhecimento da realidade social[[83]](#footnote-83). Mais amplamente, a legística, o planejamento, a coordenação formal e material das decisões decorrem de uma racionalidade técnico-econômica[[84]](#footnote-84) muito característica do pensamento moderno. O uso da informática, para armazenar informação produzida sobre os efeitos da legislação finalística e de maneira ainda mais audaciosa para ajudar o legislador ou a administração a tomar suas decisões, graças em particular ao uso de sistemas especializados[[85]](#footnote-85), denota uma crença bastante moderna nas virtudes da razão e do progresso. É por isso que, depois de hesitar, parecia-nos preferível falar sobre o direito neomoderno das políticas públicas, sem prejuízo da presença de características pós-modernas em outras áreas do direito.

1. V Chevallier J. (1993), "La juridicisation des préceptes managériaux”, *Politiques et management public* 11,124. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sobre essas políticas, vide Lascoumes P. (1994), *L’eco-pouvoir*, 310ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. Simmel G. (1988), "Pont et porte", *La tragédie de la culture*, I59ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Para uma demonstração convincente, vide Delmas-MaRTY (1994), *Pour um droit comum,* 117ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibid* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibid* [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibid*, 12. [↑](#footnote-ref-7)
8. Julgamento de 20 de fevereiro de 1979 no processo 120/78 [↑](#footnote-ref-8)
9. Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (Communauté Économique Européenne). [↑](#footnote-ref-9)
10. DELMAS-MARTY, *op. cit.,* (nota 4), 119. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sobre esses três subprincípios da proporcionalidade no direito francês e comparado, vide GOESEL-LEBIHAN (1997), “Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité”, *Revue française de droit constitutionnel*, 30, 232ss; na Suíça, vide MOOR P. (1994), *Droit administrative* I, 2ª Ed., 418ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. Vide DELMAS-MARTY, *op. cit*., (nota 4), 158ss. [↑](#footnote-ref-12)
13. DELMAS-MARTY, *Ibid*, 167. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Cf. supra*, p. 83ss. [↑](#footnote-ref-14)
15. Vide MORAND C.A. (1996), “Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles”, *De la Constitution, Études en l’honneur de Jean-François Aubert*, 57ss. [↑](#footnote-ref-15)
16. Vide SUPIOT A. (1994), *Critique du droit du travail,* 223-225. [↑](#footnote-ref-16)
17. Vide MORAND C.A. (1996), “Pesée d’intérêts et décisions complexes”, *La pesée globale des intérêts*, 46. [↑](#footnote-ref-17)
18. Vide DELMAS-MARTY, *op. cit*., (nota 4), 164ss. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Cf. supra,* p. 118, 119. [↑](#footnote-ref-19)
20. Vide HOLLEAUX A. (1976), “La fin des règles générales, Bulletin de l’IAP, 39, 10. Falando da derivação dos textos em matéria de direito atual, ele revela que “não são mais do que labirintos, arbustos densos, imbróglios”, Sobre a metáfora do labirinto, vide ATTALI J. (1996), *Chemin de sagesse*. *Traité du labyrinthe.* [↑](#footnote-ref-20)
21. CARBONNIER J. (1983) *Flexible droit.* [↑](#footnote-ref-21)
22. DELMAS-MARTY M. (1986), *Le flou du droit.* A intuição do início foi completada pelos trabalhos preconizantes de substituir a lógica aristotélica por uma lógica difusa, deduzida da teoria dos subconjuntos incertos. Vide em particular DELMAS-MARTY M./COSTE J. F. (1990), “Politique criminelle et droits de l’homme: vers une logique floue“ RIEJ, 24, 1ss. [↑](#footnote-ref-22)
23. Van der KERCHOVE m/ost f. (1988), *Le système juridique ente ordre et désordre*, 230. [↑](#footnote-ref-23)
24. HARIOU A. (1970) “Le droit administratif de l’aléatoire », *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas.* [↑](#footnote-ref-24)
25. AMSELEK P. (1991), “La teneur indécise du droit », RDP 107, 1199ss. [↑](#footnote-ref-25)
26. TIMSIT G. (1991, *Les noms de la loi.* [↑](#footnote-ref-26)
27. LASCOUMES P (1994), *op. cit.,* (nota 2), 265ss [↑](#footnote-ref-27)
28. MARCH J. G. (1991), *Décisions et organisations*, 220ss [↑](#footnote-ref-28)
29. Ibid, 163. [↑](#footnote-ref-29)
30. ARNAUD A. J. (1991), *Pour une pensée européenne*, 241ss. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cf. supra, p. 139. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sobre este aspecto, Knoepfel P. (1992), “Les cycles écologiques et le principle de légalité- La nécessité d’assouplir les liens de causalité”, *Figures de la légalité,* 169. [↑](#footnote-ref-32)
33. Vide MORAND, C.A. (1992), “Préface”, *La légalité: un principle à géometrie variable*, 1-6. [↑](#footnote-ref-33)
34. Delmas-Marty M., op. cit., (nota 4), 164ti. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ibid.,164ss. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ibid., 170. [↑](#footnote-ref-36)
37. Vide Delmas-Marty M./COSTE J. F., op. cit., (nota 21), 15. [↑](#footnote-ref-37)
38. Para uma análise da lei de acordo com o modelo de jogos, vide OST F/van de Kerchove M. (1991), "Le jeu: um paradigme fécond pour la théorie du droit”, *Droit et societé,* 17-18, 159ss; OST F. (1991), "Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles, du juge", La force du droit, 263ss. Vide também HART. L. A (1976), Le concept de droit. La lecture de l’ouvrage implique une bonne compréhension des règles du cricket. [↑](#footnote-ref-38)
39. Vide Comissariat Général au plan - Comissariado Geral do Plano (1993), Pour um État strangère, garant de l’interêt général. [↑](#footnote-ref-39)
40. Vide MORAND C.A., *op. cit.,* (nota 16), 47-48. [↑](#footnote-ref-40)
41. Vide MORIN E. (1990), *Introduction à la pensée complexe*, 18. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Ibid*, 77. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cf. supra, p. 113ss. [↑](#footnote-ref-43)
44. Vide Morand C.A., Op. Cit., (nota 16), 73-81. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ibid, 74-76. [↑](#footnote-ref-45)
46. Sobre esse assunto, vide CARBONNIER J. (1977), “Les phénomènes d’internormativité, European Year-book in Law and Sociology, 42ss; ROCHER G. (1996), “Les phénomènes d’internomativité, Le droit souluble, 25ss. [↑](#footnote-ref-46)
47. Sobre as múltiplas normas políticas e sociais inclusas nos princípios diretores de organização do território na Suíça, vide MORAND C.-A. (1996), "Vers un droit de l’environement souple et fléxible: le rôle et le fonctionnement des principles”. *Quel avenir pour le droit de l’environnement?,* ‘(OST/GURWIRTH Ed), 261ss. [↑](#footnote-ref-47)
48. Sobre essa transformação, vide Chevallier J. (1991), "La rationalisation de la production juridique”, *L’État propulsif*, (MORAND), 48. [↑](#footnote-ref-48)
49. CF supra. 109ss. Isto é particularmente ligado no que concerne ao princípio da aptidão, do qual decorre a proporcionalidade e que exige que as medidas estatais sejam capazes de atingir os objetivos perseguidos. [↑](#footnote-ref-49)
50. MORIN, op. cit., (nota 40), 98ss; vide também Delmas-Marty, *op. cit* (nota 4). [↑](#footnote-ref-50)
51. Cf. supra, p. 88, 89. [↑](#footnote-ref-51)
52. Giddens A- (1994), *Les conséquences de la modernité*, 43. [↑](#footnote-ref-52)
53. Morin, *op. cit*., (nota 40), 137ss. [↑](#footnote-ref-53)
54. Vide Morand C.A., *Op. Cit.,* (nota 16), 79-81. [↑](#footnote-ref-54)
55. No aspecto de sua complexidade, vide COHEN-TANUGI L.. (1989), La métamorphose de la dé*mocracie*, 134, 135. [↑](#footnote-ref-55)
56. Sobre as políticas públicas europeias, vide Mény Y./Muller P/ Quermonne J.-L. (1995), *Politiques publiques en Europe.* [↑](#footnote-ref-56)
57. Sobre essas exigências MORAND, op. cit.., (nota 16), 66ss [↑](#footnote-ref-57)
58. Projeto de Lei Federal 25 de fevereiro de 1998 sobre a coordenação e simplificação de procedimentos. [↑](#footnote-ref-58)
59. Vide Morand op. *cit.,* (nota 16), 72. [↑](#footnote-ref-59)
60. KELLY K. (1995), Out of control: The Rise of Neo-biological Civilization, 25,26. Para uma aplicação do modelo de rede ao direito, vide OST, Op. Cit., (nota 37), 257ss; DELMAS-Marty, Op. Cit., (nota 4), 117ss. [↑](#footnote-ref-60)
61. Para um tratamento do direito como rede, vide OST F., Le temps virtuel de lois post-modernes ou comment de droit se traite dans la societé d’information, à paraitre. [↑](#footnote-ref-61)
62. Castells M. (1998), la socitéié en réseaux, 464ss. [↑](#footnote-ref-62)
63. Ibid., 464 [↑](#footnote-ref-63)
64. CEDH : Cour Européenne de Droits de l’homme. Corte Europeia dos Direitos do homem. [↑](#footnote-ref-64)
65. 61 Vide DELMAS-MARTY, op cit., (nota 4), 158ss. [↑](#footnote-ref-65)
66. Vide Morand, Op cit., (nota 14). [↑](#footnote-ref-66)
67. Vide Delmas-MaRTY M., Op. cit., (nota 4), 117ss. [↑](#footnote-ref-67)
68. Vide CASTELLS, Op. cit., (nota 60), 525. [↑](#footnote-ref-68)
69. *Ibid*, 87, 88. [↑](#footnote-ref-69)
70. *Ibid*., 88 [↑](#footnote-ref-70)
71. Vide sobre este assunto Knoepfel P./ KISSILING-NÁF I/ Bussmann W. (1998), "L’évaluation et l’analyse des politiques publiques”. Politiques Publiques, Evaluation, 135. [↑](#footnote-ref-71)
72. Vide OST F., op. cit., (nota 60). [↑](#footnote-ref-72)
73. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-73)
74. ELIAS N. (1991), *La société des individus*, 70. [↑](#footnote-ref-74)
75. *Ibid,* 70, 71. [↑](#footnote-ref-75)
76. *Ibid,* 71. [↑](#footnote-ref-76)
77. Cf. supra, p. 112ss. [↑](#footnote-ref-77)
78. Cf. *supra*, p. 118ss [↑](#footnote-ref-78)
79. Vide A.-J. ARNAUD (1998), *Entre modernité et mondialisation*. *Cinq leçons d’histoire de la philosophie du drot et l’État*, 151ss. O autor continuou depois de vários anos uma reflexão fundamental sobre a pós-modernidade jurídica e o desenvolvimento da complexidade. Sobre a qualificação de pós-moderno das características do direito supercomplexo das políticas públicas, vide VAN DE KERCHOVE M./OST F., op. cit. (nota 22), 232. [↑](#footnote-ref-79)
80. Vide A. GlDDENS (1994), *Les conséquences de la modernité,* 57. [↑](#footnote-ref-80)
81. Ibid., 54. [↑](#footnote-ref-81)
82. Ibid., 55. [↑](#footnote-ref-82)
83. *Ibid*., 51. [↑](#footnote-ref-83)
84. Vide J.Chevallier op. cit., (nota 47), 12. [↑](#footnote-ref-84)
85. Vide BOURCIER D. (1995), *La décision artificielle : le droit, la machine et l’humain*. [↑](#footnote-ref-85)