



O PAPEL DO DIREITO NO PLANEJAMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: reflexões em conexão com o “Novo Institucionalismo”

THE ROLE OF LAW IN THE PLANNING AND CONTROL OF PUBLIC POLICIES: reflections in connection with the “New Institutionalism”

Amanda Silva Madureira¹

Fernando Alves Gomes²

Maria José Carvalho Sousa Milhomem³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo introduzir adequadamente a reflexão jurídica no ambiente maior do pensamento sobre as políticas públicas, e de trazer este para dentro da ciência do direito. Tal tarefa residiu na escolha de um referencial teórico que articulasse diretamente a categoria das regras formais com as demais variáveis envolvidas no chamado “ciclo de produção das políticas públicas”. A complexa trama de relações entre Estado e políticas públicas, tratada precipuamente na ciência política, mas também em outros tantos departamentos das ciências sociais aplicadas e humanas, por incrível que possa parecer, é ainda amplamente ignorada pelo direito – tanto no sentido de não receber a atenção devida, quanto no de não ser pouco ou mal conhecida e informada. Utilizou-se, assim, a concepção “neoinstitucionalista”, corrente de estudo de políticas no âmbito da ciência política que assumiu uma posição dominante na literatura a partir da década de 1980, exatamente por conta da importância que ele confere ao Estado e suas instituições. Assim, o presente artigo fez uso de método dedutivo com procedimento de pesquisa bibliográfico e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Ciclo de políticas públicas; Políticas Públicas; Institucionalismo; Administração Pública.

¹ Advogada. Doutora em Políticas Públicas pela UFMA. Mestre em Direito pela UFSC. Professora da Faculdade Laboro e Faculdade Santa Luzia. E-mail: madureira.amanda@gmail.com.

² Advogado. Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFMG. Professor universitário. E-mail: fernandogomes@usp.br.

³ Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Pós-doutora pela Universidade de Salamanca – Espanha. Chefe da Assessoria Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail:mjcs@hotmail.com.





ABSTRACT

This article aims to adequately introduce legal reflection into the larger environment of thinking about public policies, and to bring this into the science of law. This task resided in the choice of a theoretical framework that directly articulated the category of formal rules with the other variables involved in the so-called “public policy production cycle”. The complex web of relations between the State and public policies, dealt with primarily in political science but also in many other departments of applied social sciences and humanities, as incredible as it may seem, is still largely ignored by law – both in the sense of not receiving due attention, and in the sense of not being little or poorly known conception was used, a current of policy study within the scope of political science that assumed a dominant position in literature from the 1980s onwards, precisely because of the importance it gives to the State and its institutions. Thus, this article used a deductive method with a bibliographic and documentary research procedure.

KEYWORDS: Right; Public policy cycle; Public Policies; Institutionalism; Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

As políticas públicas figuram como um fenômeno do século XX e que foi objeto de atenção pela ciência política depois dos anos 1950. Nessa perspectiva, a atenção jurídica para a área só ocorreu após os anos 1980 (BUCCI, 2013). Reflete-se como política pública a análise das demandas da população e as respostas do Estado.

A complexa trama de relações entre Estado e políticas públicas, tratada precipuamente na ciência política, mas também em outros tantos departamentos das ciências sociais aplicadas e humanas, por incrível que possa parecer, é ainda amplamente ignorada pelo direito – tanto no sentido de não receber a atenção devida, quanto no de não ser pouco ou mal conhecida e informada. No geral, especialmente no Brasil, prevalecem as abordagens feitas a partir do direito administrativo, carregadas de um ranço formalista e dogmático, herdado da tradição francesa a que o desenvolvimento deste ramo entre nós se filia, e que se baseia em categorias rígidas e bem delimitadas, “regimes jurídicos”, legalidade estrita e princípios abrangentes. A despeito de o direito tocar diretamente, em alguma medida, toda e qualquer política pública – uma vez que o “Estado em ação” é ainda Estado de direito, e, portanto, Estado cujas ações são reguladas





juridicamente –, o que se pode perceber é a sua significativa ausência nas grandes discussões atuais em torno do tema.

Isso se explica em parte (embora não se justifique) pelo fato de o debate sobre o planejamento, a análise e o controle de políticas públicas se situar numa fronteira multidisciplinar em que se entrecruzam inúmeras dificuldades, e na qual a linguagem e as formas de raciocínio convencionais dos juristas encontram pouca ressonância. Assim, enquanto juristas presumem uma “centralidade” do direito e tendem a pensar que o sucesso ou fracasso de uma política pública se deve à maior ou menor qualidade da legislação que a estrutura, ou seja, à qualidade da expressão legal das intencionalidades subjacentes a uma escolha política, os demais envolvidos na questão – cientistas políticos, economistas, administradores públicos, psicólogos etc. – não apenas apontam continuamente para as discrepâncias entre o planejamento formal e a realidade, como também continuamente enfatizam a importância das relações informais e das redes de relações pessoais, das regras implícitas, da não-decisão e do processo de implementação.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é analisar, com base na teoria institucionalista quais são os fundamentos deste ramo da ciência política e suas dimensões jurídicas. Partiu-se, assim, de um método dedutivo e, como procedimentos de pesquisa, o bibliográfico e documental.

2. APORTES TEÓRICOS DA DIMENSÃO INSTITUCIONALISTA NO DIREITO

O direito, embora de modo algum alijado desse empreendimento maior, ainda se esforça para alcançar o patamar atual do debate, isto é, a análise da política pública. Podemos afirmar, com BUCCI (2013, p. 107), que “a área jurídica é a última participante” da investigação iniciada com o advento da “policy analysis” nos anos 1930-40. Apenas muito recentemente têm surgido iniciativas no sentido de incorporar esse conhecimento ao domínio do jurídico, e de levar até ele o aporte do direito. No exterior, obras como a de RENARD, CAILOSSE e BÉCHILLON (2000), e publicações como *Harvard Journal of Law and Public Policy*, *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, *Yale Law and Policy Review*, *Kansas Journal of Law and Public Policy* expressam



esse movimento. No Brasil, trabalhos como os de BUCCI (2006; 2008; 2013) e COUTINHO (2013) são pioneiros na temática.

Um primeiro problema a ser enfrentado na tarefa de introduzir adequadamente a reflexão jurídica no ambiente maior do pensamento sobre as políticas públicas, e de trazer este para dentro da ciência do direito, está na escolha de um referencial teórico que articule diretamente a categoria das regras formais com as demais variáveis envolvidas no chamado “ciclo de produção das políticas públicas”. Tal referencial, acreditamos poder encontrá-lo no “neoinstitucionalismo”, corrente de estudo de políticas no âmbito da ciência política que assumiu uma posição dominante na literatura a partir da década de 1980, exatamente por conta da importância que ele confere ao Estado e suas instituições. Muito embora não seja “uma teoria unificada, mas (...) um campo de análise amplo e substancialmente heterogêneo” (MARQUES 2013), o neoinstitucionalismo – ou neoinstitucionalismos, visto que não se trata de um modelo teórico homogêneo – apresenta uma caracterização bastante clara de suas principais versões (TAYLOR e HALL 1996), bem como um “núcleo teórico” identificável (IMMERGUT 2006). É a partir do entendimento dessas características que buscaremos localizar o direito, como sistema social de generalização congruente e estabilização de expectativas contrafáticas (LUHMANN 1993), no panorama do estudo das políticas públicas, destacando seus limites e suas possíveis contribuições.

Por óbvio, não será possível, nos limites deste artigo, reconstruirmos detalhadamente as matrizes teóricas de cada um dos “neoinstitucionalismos”, de modo que a explanação poderá parecer algo taquigráfica ou lacunosa. Sem pretendermos aqui realizar uma resenha dos diversos enfoques que essa visão atualmente comporta, podemos afirmar, esquematicamente, que:

- a) Há certo consenso quanto a quais sejam as principais vertentes do neoinstitucionalismo, a saber, o *institucionalismo histórico* (Ellen Immergut, Peter Evans, Theda Skocpol, Stephen Krasner, Peter Hall, Sven Steinmo, Theodor Lowi), o *institucionalismo da escolha racional* (William Riker, John Ferehjohn, Oliver Williamson, Douglas North, Barry Weingast, Charles Lindblom, Kenneth Shepsle, Elinor Ostrom), e o *institucionalismo sociológico*, ou *das organizações*



(Frank Dobbin, John Meyer, Richard Scott, Neil Fligstein, Walter Powell, Paul DiMaggio).

- b) O “núcleo teórico” do novo institucionalismo se refere a um “conjunto comum de problemas considerando uma perspectiva unificada”, na medida em que estão todos os neoinstitucionalistas “preocupados com as dificuldades em definir o que os atores humanos querem quando as preferências manifestadas na política são tão radicalmente afetadas pelos contextos institucionais em que essas preferências são expressas” (IMMERGUT 2006) e, em função disso, abrem mão de considerações sobre a psicologia individual para “analisar os efeitos das regras e dos procedimentos [instituições políticas formais, associações voluntárias, firmas, estruturas cognitivas] para agregar os desejos individuais às decisões coletivas” (id., ibid). De forma ainda mais sintética, afirma-se que “o interesse comum da pesquisa é a caixa-preta entre as potenciais demandas políticas e os resultados finais”, ou ainda “o estudo dos efeitos institucionais seja onde ou como ocorram” (id., ibid).

IMMERGUT (id.), seguindo sua orientação particular, dá precedência ao institucionalismo histórico, argumentando que esta abordagem “oferece uma via fértil para o retorno às questões normativas, que são centrais ao paradigma institucionalista.” Contudo, mesmo considerando as possíveis vantagens teóricas gerais da perspectiva histórica, acreditamos que a proposta da *institutional analysis and development framework* (IAD) – estrutura de análise e desenvolvimento institucional, linha da corrente da decisão racional, elaborada originalmente por KIERS e OSTROM (1982) e aperfeiçoada ao longo dos anos, até o estágio apresentado em OSTROM (2005) – pode oferecer aportes mais interessantes para uma análise propriamente jurídica das políticas públicas, em particular uma que se oriente por um viés sistêmico, à maneira de LUHMANN (1989, 1990, 1993).

De acordo com a nossa leitura, o chamado “novo institucionalismo” e o modelo sociológico sistêmico contemporâneo podem ser aproximados com o intuito de estabelecer 1) uma concepção teórica do Estado como fenômeno institucional-organizacional, em cujo âmbito 2) a



forma jurídica, em sua estrutura e em sua dinâmica e funcionamento efetivos, possa ser compreendida e utilizada adequadamente (= “configuracionalmente”) como meio de expressão/constituição das políticas públicas.

A hipótese é de que há múltiplos pontos de convergência e conclusões muito semelhantes entre essas duas correntes de pensamento, no que respeita à natureza do Estado, à formação da “vontade política”, à estrutura e às condições dos processos decisórios estatais, entre outros tópicos de relevo para o tema das políticas públicas, e que estes podem ser catalisados proveitosamente pela leitura teórico-sistêmica, resultando no aperfeiçoamento de uma linguagem comum que facilite o reconhecimento e a recepção de aportes entre domínios científicos diversos – notadamente entre ciência política, administração pública e direito. Acreditamos que o modelo analítico a ser extraído dessa conjunção poderá ser de grande utilidade para o jurista ou interessado no aspecto prescritivo/legal da coordenação do comportamento humano, num contexto em que concorrem múltiplos fatores e variáveis causais e institucionais (como é o das políticas públicas), e no qual a forma jurídica já não mais necessariamente ocupa uma posição diretiva central ou privilegiada (embora quase sempre estrategicamente relevante).

Com pé nesse construto teórico, segue a hipótese, poderemos avançar no incremento de uma metodologia para a confecção e o emprego de instrumentos e mecanismos legalizados de planejamento e controle (“steering”) de políticas públicas, criando chaves conceituais para a elaboração e o manejo coordenado de ferramentas propriamente jurídicas no interior do(s) ciclo(s) de formação e existência destas. Trata-se de uma possibilidade já inscrita e prevista na própria versão do institucionalismo que adotamos, e de que trataremos adiante: utilizar a linguagem metateórica de um quadro conceitual (“framework”) para comparar teorias e acomodar modelos sobre um conjunto limitado de parâmetros e variáveis (OSTROM 2007, p.26-27). Não é nosso objetivo aqui fornecer qualquer diagnóstico específico sobre políticas públicas em particular, senão apontar e exemplificar algumas das maneiras pelas quais tal empreendimento pode levar a resultados mais refinados, e mesmo diversos daqueles apontados pela cultura jurídica dominante, nos principais estudos sobre planejamento e controle (p. ex., no que tange a uma linguagem comum que possa articular, entre outros, os múltiplos “planos nacionais” em um plano plurianual



conceitual/juridicamente consistente, ou que permita um entendimento normativo convergente quando se fala de “sistema” em políticas públicas).

É importante, ademais, notar que há um “fosso” separando a reflexão corrente na ciência política sobre o funcionamento de ações coletivas por meio de políticas públicas, de um lado, da moderna elaboração teórica e prática sobre sistemas nas ciências sociais, de outro.

Ainda predomina uma forte desconfiança em relação ao paradigma sistêmico, seja em função de suspeitas ideológicas ou relativas a um suposto “biologismo”, seja por conta das dificuldades de uma linguagem crescentemente técnica, complexa e desvinculada de seu contexto ordinário, ou ainda da influência transdisciplinar de campos como a cibernética, a neurociência, a matemática, as ciências computacional, da comunicação e da informação etc.

Há também uma boa dose de desinformação, derivada majoritariamente do desinteresse: parte dos cientistas políticos, por exemplo, remete aos trabalhos de EASTON (1953; 1965 a; 1965 b) sobre análise de sistemas na política, ou ainda aos de PARSONS (1945; 1951; 1966) sobre sistemas sociais, como referência do pensamento de sistemas nas ciências sociais – ignorando os grandes avanços verificados nesse quadrante desde então. Ademais, muito do que é repetido sobre o pensamento de Niklas Luhmann – mormente no terreno do direito – é fruto da má compreensão, ou compreensão incompleta, de suas ideias, conceitos e estruturas. Nesse sentido, a ideia que pretendemos avançar a partir deste trabalho pode ser vista como um esforço para superar tais indiferenças, desconfianças e desinteligências.

3. ESTRUTURA DE ANÁLISE E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL E A TEORIA DOS SISTEMAS: REPENSANDO AS CONFLUÊNCIAS ENTRE O DIREITO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A escolha da IAD tem a ver com três motivos principais, para além de ser ela uma expressão bastante sofisticada do novo institucionalismo: o fato de ela se assentar em uma concepção fortemente normativa de instituição; o fato de ela ser um construto de finalidade eminentemente prática, ou seja, um modelo de análise e desenvolvimento de instituições concretas;



e o fato de que nela a visão teórica do novo institucionalismo já se mostra articulada de forma e em termos bastante próximos aos que constituem a teoria social sistêmica.

A respeito deste último ponto, note-se, por exemplo, que a estratégia de Ostrom (2007) de separar estruturas conceituais (“frameworks”), teorias e modelos, como maneira de tratar estruturadamente os múltiplos conhecimentos, linguagens e complexidades envolvidos no estudo das instituições, embora tenha um âmbito obviamente mais restrito, possui as mesmas bases construtivistas e objetivos analíticos bastante compatíveis com o esquema de diferenciação entre os três níveis de abstração teórica dos sistemas proposto por Luhmann (1990). Além disso, questões pertencentes ao temário básico da atual teoria dos sistemas, como a inclusão do próprio fazer teórico no objeto da construção científica, o tratamento reflexivo da (redução de) complexidade e da transdisciplinaridade, o enfrentamento de paradoxos constitutivos, ou os problemas de aprendizagem, autorregulação e autorreprodução, são também parte integrante do paradigma neoinstitucionalista, em particular da IAD, ainda que expressos mediante formulações aparentemente muito distintas.

A opção pela teoria dos sistemas (TS), embora pareça contraintuitiva a uma primeira observação, na medida em que introduz ideias, e uma correspondente linguagem, estranhas aos discursos e debates usuais tanto da ciência política quanto do direito, se justifica por diversos fatores, ainda que possa ser imputada, em última instância, a uma opção epistemológica dentre outras possíveis. A teoria dos sistemas sociais, especialmente a que se desenvolve a partir da contribuição de Niklas Luhmann, apresenta importantes requisitos de abstração que a tornam particularmente bem equipada para tratar de problemas interdisciplinares hipercomplexos. Ela parte da noção de que uma análise científica em sentido estrito assinala ao conceito de teoria uma função, mais que apenas reguladora, *constitutiva* de seu objeto de análise, e enfrenta as implicações dessa compreensão num contexto científico pluralista, estipulando as bases para um debate comum.

Nesse particular, ou seja, no que respeita ao status da teoria perante si mesma, quatro pontos podem ser destacados – o último especificamente relacionado ao direito: **1)** a teoria que descreve como se operam os condicionamentos de qualquer sistema relativamente a seu entorno



ou meio ambiente (diferença-guia) é a teoria dos sistemas (superteoria), para a qual não há, até aqui, teoria alternativa igualmente apta; 2) à pergunta sobre se os limites de uma observação (de uma forma observável) são determinados analiticamente (a resposta esta na estrutura cognoscente) ou de modo concreto (a solução está no objeto cognoscível), a teoria dos sistemas responde pela segunda via, sem, contudo, fechar os olhos para a circunstância de que tudo que é dito é dito por um observador, o qual deve organizar a observação num nível de segunda ordem, se quiser lidar apropriadamente com um objeto que por si mesmo determina seus limites; 3) mediante recurso à ideia de “sistemas que observam”, a teoria dos sistemas adere a uma epistemologia construtivista geral, que inclui não apenas sistemas cognitivos, mas todo e qualquer sistema que utilize observações (distinções) autoproduzidas para determinar estados internos em relação a um meio a que não se tem acesso diretamente; 4) a diferenciação entre uma forma *jurídica* de observação do direito (tarefa do jurista) e uma forma sociológica de observação do direito (tarefa do cientista social), com a correspondente ideia de que uma seria “interna”, e a outra “externa” ao sistema, é resolvida pela teoria dos sistemas mediante o entendimento de que uma adequada teoria sociológica do direito precisa descrevê-lo como um sistema que descreve a si mesmo, e que uma teoria jurídica do direito, como auto-observação e autodescrição, precisa identificar seu objeto, diferenciando-o, para poder ligar-se a ele como observação.

A teoria social sistêmica possui a vantagem adicional de ser praticamente a única grande teoria social contemporânea a oferecer uma compreensão abrangente do fenômeno jurídico como artefato social, sem com isso abolir o compromisso com a auto-observação e autodescrição do próprio sistema jurídico, ou seja, *com o direito tal como o entendem os juristas*. Isso decorre dos próprios fundamentos do empreendimento intelectual em que ela consiste, mas se explica também pelo fato de que a formação básica de Luhmann era de jurista: ele estudou Direito na Universidade de Freiburg entre 1946 e 1949, ocupou-se profissionalmente com os problemas da “política jurídica” e da administração pública desde os anos 1960, e dedicou muito de sua grande produção às questões do direito. O resultado é um manancial de formulações conceituais e análises de grande originalidade, com uma imensa capacidade explicativa ainda não devidamente aplicada a situações empíricas. Nesse sentido, podemos dizer que este projeto busca explorar o potencial prático da leitura sistêmica.





O acento teórico sobre o jurídico é especialmente importante em um cenário em que uma participação ativa e orientada pela transversalidade, da parte de juristas, na pesquisa de políticas públicas, ainda é muito limitada e precária. Com exceção dos notáveis estudos de BUCCI (2006; 2008; 2013), quase toda a bibliografia jurídica nacional sobre o tema, incluídas teses e dissertações, diz respeito à chamada “judicialização das políticas públicas”, ou seja, à intervenção do poder Judiciário, mediante o exercício de ações individuais ou coletivas, na dispensação de benefícios e serviços estatais relacionados à efetivação de direitos constitucionais – um tema relativamente saturado, permeado de graves aporias e, sobretudo, alijado da discussão mais complexa e importante relativa ao papel do direito ciclo das políticas públicas.

É precisamente nas “diretrizes para um método jurídico de análise e construção de políticas públicas” de Bucci, e em seu “quadro de referência de uma política pública”, que buscaremos inserir a contribuição específica deste projeto.

Assim, nosso esforço será o de construir um *framework* de análise jurídica de políticas públicas, com base na IAD e nas diretrizes metodológicas estabelecidas por Bucci, que incorpore a análise sistêmica da *função*, da *codificação* e da *programação* do direito, de seus *acoplamentos estruturais* e da *relação entre política e direito*. O quadro conceitual da IAD serve para que acadêmicos e formuladores de políticas públicas, interessados em como diferentes sistemas de governança podem solucionar problemas em condições democráticas, organizem sua capacidade de diagnosticar, analisar e prescrever ações, ajudando também na acumulação de conhecimento obtido por meio de estudos empíricos, e na avaliação de esforços anteriores de reforma (OSTROM, 2007).

Os parâmetros metodológicos da teoria jurídica das políticas públicas, a seu turno, servem para destacar os aspectos mais importantes da variável especificamente jurídica no processo global de condicionamento e direção da ação estatal consubstanciada em políticas públicas, aplicando-se ao universo das regras formais (“rules-in-form”, em oposição às regras de fato, “rules-in-use”. Essa medida se faz crucial, uma vez que a ênfase da IAD está nas regras *de fato*, mas, ao mesmo tempo, há o reconhecimento de que (ao menos em tese), em um sistema



governativo orientado pelo primado da lei (“rule of law”), as regras formais coincidem largamente com as regras de fato.

É de notar-se também que vários dos postulados em que tais parâmetros se expressam contêm importantes elementos conceituais que os ligam diretamente a temas da abordagem sistêmica, como os da hipercomplexidade (“políticas públicas como arranjos institucionais complexos”; “ação racional, estratégica e em escala ampla como identificadora das políticas públicas”); da diferenciação funcional (“irredutibilidade das políticas públicas às disposições jurídicas com as quais se relacionam”; “não configuração das políticas públicas como categoria jurídica”); das relações entre direito e política e dos acoplamentos estruturais (“decisão governamental como problema central da análise de políticas públicas”). Outros, por sua vez (“permanência das políticas públicas como categoria de análise e estruturação da ação do Estado, a despeito da superação do paradigma do Estado de bem-estar”; “irredutibilidade das políticas públicas às políticas sociais”; “inexistência de um ‘direito das políticas públicas’”; “necessidade de aproximações com campos ou temas estabelecidos na teoria jurídica”; “sistematização de estudos de caso, com base na análise, na estruturação e no funcionamento jurídicos de políticas públicas selecionadas”), podem ser aprofundados, desenvolvidos ou reformulados em consonância com a visão sistêmica.

Por outro lado, os chamados “planos de observação micro e mesoinstitucional” (BUCCI 2013), de acordo com nossa hipótese, serão beneficiados, em termos teórico-abstratos, com a concentração do foco de investigação nas ideias de legitimação pelo procedimento; de relação intrínseca entre normatividade, temporalização, expectativas e incerteza; de organização como sistema de tomada de decisões; e de equivalências funcionais sistêmicas.

Para facilitarmos a visualização de nossa proposta, tomemos a representação gráfica do IAD framework:

A forma com que os analistas concebem as arenas de ação se baseia em pressuposições implícitas acerca das *regras* que orientam a conformação das expectativas de comportamento, bem como dos atributos de estados do mundo (compreendido aqui como o *ambiente* físico-biológico-natural em que se desenrolam os processos institucionais) e dos atributos de seu *contexto social*



imediatamente. A IAD compreende as regras como compreensões compartilhadas, em determinada arena de ação, acerca do que é exigido, proibido ou permitido (OSTROM, GARDNER e WALKER 1994, p. 38-41). Ela se preocupa em entender onde e como essas regras têm origem, e tenta definir que tipos são importantes para a análise institucional. Para isso, estabelece uma tipologia e níveis de regras, de acordo com o seu impacto sobre os elementos de uma dada situação de ação.

Segundo a IAD, são sete as categorias de regras, que se relacionam de modo configuracional e cujos efeitos se manifestam cumulativamente: regras de entrada e saída (*entry and exit rules*); regras de posição (*position rules*); regras de escopo (*scope rules*); regras de autoridade (ou de escolha); (*authority [or choice] rules*); regras de agregação (*aggregation rules*); regras de informação (*information rules*); e regras de resultado (*payoff rules*). Distinguem-se, também, quatro níveis de regras que afetam cumulativamente as ações empreendidas e os resultados obtidos em dada conjuntura: o das regras operacionais (“operational rules”), o das regras de ação coletiva (“collective-action rules”), o das regras de escolha constitucional (“constitutional-choice rules”), e o das regras metaconstitucionais (“metaconstitutional rules”).

Não é necessário aqui explicarmos o conceito de cada uma dessas categorias e níveis, seus entrecruzamentos e imbricações, nem suas relações com os diferentes aspectos de uma situação de ação: basta-nos indicar que se faz necessário testar sua consistência em relação às categorias próprias do direito – i.e., verificar em que medida aquelas se articulam e são compatíveis com as categorias teóricas e práticas internas do direito –, se quisermos entender que contribuição a teoria jurídica pode efetivamente dar para o aperfeiçoamento da análise institucional, em sua aplicação às políticas públicas.

Nossa proposta, portanto, se situa no nível das “rules-in-use”, mas apenas na medida em que estas possam coincidir com as “rules-in-form”. Importa-nos compreender de que forma se pode agir, a partir da estrutura das próprias regras, sobre as condições de sucesso dos arranjos institucionais envolvidos no ciclo das políticas públicas, inclusive no sentido de propiciar a conformidade dos comportamentos (“compliance”). São as diretrizes metodológicas propostas por Bucci que orientam a passagem de um framework geral, desenhado para abarcar “uma ampla variedade de situações ordenadas por regras que compartilham características estruturais, tais



como mercados, hierarquias ou firmas, famílias, associações voluntárias, governos nacionais e regimes internacionais” (OSTROM 2007, p. 24), para uma análise propriamente jurídica, vale dizer, uma análise que se valha de teorias e modelos jurídicos.

De acordo com a hipótese, o uso da teoria sistêmica nos ajudaria a compreender o modo pelo qual se estabilizam os significados atribuídos à comunicação jurídica, e como se constroem as regularidades da generalização temporal, objetiva e social com base nestes, igualmente auxiliando, *contrario sensu*, a entender como se produzem disfuncionalidades nesse nível.

A compreensão de que o direito se ocupa de uma função única, consistente na generalização congruente de expectativas contrafáticas, ante as possibilidades abertas de um futuro verdadeiramente incerto, permite que se percebam processos equivalentes sem que se confundam âmbitos de observação, mantendo-se a perspectiva da complexidade que leva à diferenciação do sistema do direito e sua sensibilidade seletiva – em relação às consciências e suas motivações (“atores”), aos demais sistemas sociais, e à realidade material/ambiental.

Isso significa, em outros termos, que o uso da TS deve nos permitir contornar a tendência interna de tratar as questões jurídicas pelo prisma de cada uma das matérias em que o direito se especializa (constitucional, administrativo, tributário etc.), e colocar em evidência questões mais abrangentes, especialmente as de ordem temporal, de equivalências funcionais e acoplamentos estruturais, que poderão ser posteriormente subespecificadas em estudos empíricos pontuais (p. ex., de direito constitucional/administrativo/tributário/previdenciário/urbanístico/das telecomunicações/do audiovisual etc.). Ao indicar no framework aqueles elementos particularmente relevantes para os processos juridicamente estruturados ou mediados, a TS nos forneceria uma chave de leitura juridicamente sólida e sociologicamente adequada.

O aparato de análise assim obtido deve ser aplicável a um número indeterminado de situações que requeiram o diagnóstico, o planejamento, o desenho e a modificação de estruturas e processos jurídicos em arranjos institucionais complexos associados a políticas públicas, além de ser compatível com múltiplas estratégias de modelagem inspiradas em uma abordagem sistêmica, como as resultantes do emprego da tecnologia da informação e da ciência computacional à



produção de normas (e.g., agent-based modelling, model-based problem solving, agent-based social simulation, conceptual modelling etc.), e ainda com a teoria dos jogos e a lógica deôntica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações inexoráveis entre Estado e políticas públicas tem sido ignorada pelo direito, sobretudo porque remanesce uma certa prevalência entre as abordagens oriundas do direito administrativo, com base em um certo traço formalista e dogmático.

Embora o direito não esteja completamente excluído desse projeto mais amplo, a ciência jurídica continua a buscar as discussões no campo das políticas públicas. Nesse sentido, um dos desafios iniciais na missão de integrar a reflexão jurídica no contexto mais amplo das políticas públicas e de incorporá-la à ciência do direito é a seleção de um referencial teórico que conecte de maneira direta a categoria das regras formais às diversas variáveis que fazem parte do denominado “ciclo de políticas públicas”.

Verificou-se, ainda na presente análise, um abismo que dividiu a análise atual na ciência política acerca do funcionamento das ações coletivas através de políticas públicas, de um lado, e a recente construção teórica e prática sobre sistemas nas ciências sociais, do outro.

Optou-se, nessa perspectiva, na análise da IAD uma vez que esta abordagem se apresenta de forma bastante refinada do novo institucionalismo, uma vez que fundamenta-se em uma visão fortalecida no campo normativo das instituições e, por ter certa contribuição prática, ao servir de modelo para a análise o desenvolvimento de instituições reais.

Nesse aspecto, no que diz respeito ao status da teoria, pôs-se em relevo quatro perspectivas: a primeira, de que a teoria elucida como ocorrem os condicionamentos de qualquer sistema em relação ao seu ambiente, a segunda, de que os limites de uma observação são estabelecidos analiticamente e que, nesse ponto, a Teoria dos Sistemas não ignora, assim, que tudo que é afirmado, a terceira tese, de que os sistemas aderem, por assim dizer, à uma epistemologia construtivista geral, que inclui não apenas sistemas cognitivos, mas qualquer sistema que utilize



observações para determinar estados internos em relação a um meio a que não se tem acesso diretamente e, por último, a diferenciação entre uma forma jurídica de observação do direito e uma forma sociológica de observação do direito, a partir de um entendimento de que uma adequada teoria sociológica do direito precisa descrevê-lo como um sistema que descreve a si mesmo.

Assim, progressivamente, foi possível perceber que o uso da teoria sistêmica nos ajudaria a compreender o modo pelo qual se estabilizam os significados atribuídos à comunicação jurídica, e como se constroem as regularidades da generalização temporal, objetiva e social com base nestes, igualmente auxiliando, *contrario sensu*, a entender como se produzem disfuncionalidades nesse nível.

REFERÊNCIAS

- BALKE, Tina; DE VOS, Marina; e PADGET, Julian. I-ABM: combining institutional frameworks and agent based modeling for the design of enforcement policies. In: **Artificial Intelligence and Law**, vol. 21, 2013, p. 371-398.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas: Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações**. Petrópolis: Editora Vozes, 7ª Ed., 2006.
- BOER, Alexander e VAN ENGERS, Tom. Agile: a problem-based model of regulatory policy making. In: **Artificial Intelligence and Law**, vol. 21, 2013, p. 399-423.
- BROWN, George Spencer. **Laws of Form**. New York: The Julian Press, 1972.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: **Políticas Públicas. Possibilidades e Limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: **Política Pública como Campo Disciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013
- DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven e Londre: Yale University Press, 1986.



DIMAGGIO, Paul J. e POWELL, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields, in **American Sociological Review**, vol. 48, no. 2, 1983, pp. 147-160.

DIMAGGIO, Paul J. e POWELL, Walter W. (org.). **El Nuevo Institucionalismo en el Análisis Organizacional**. Ciudad de México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1999.

EASTON, David. **A Framework for Political Analysis**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1965 a.

EASTON, David. **A System Analysis of Political Life**. New York. Wiley, 1965 b.

EASTON, David. **The Analysis of Political Structure**. New York: Routledge, 1990.

EASTON, David. **The Political System. An Inquiry into the State of Political Science**. New York: Knopf, 1953.

GALTUNG, Johan. **Expectations and Interaction Process**, in *Inquiry*, vol. 2, 1959, p. 213-34.

GILBERT, N. e TROITZSCH, K.G. **Simulation for the Social Scientist**, 2a ed. New York: Open University Press, 2005.

HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: **Lua Nova**, n. 58, 2003, p. 193-223.

IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In **Políticas Públicas**. Coletânea. (Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi, orgs.), vol. 1. Brasília: ENAP, 2006, pp. 155-195

IMMERGUT, Ellen. **The Rules of the Game: The Logic of Health Policy-Making in France, Switzerland and Sweden**, in Fischer, Frank., Miller, Gerald J., e Sidney, Mara S. (eds.), *Handbook of public policy analysis: theory, politics, and methods*. Boca Raton: CRC Press, 2007, p. 57 e ss.

JACKSON, Jonathan e TYLER, Tom R. Popular legitimacy and the exercise of legal authority: motivating compliance, cooperation and engagement. In: **Psychology, Public Policy and Law**, vol. 20, no. 1, 2014, p. 78-95.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; e VERBA, Sidney. The importance of research design. In: **Rethinking Social Inquiry. Diverse Tools, Shared Standards**. Lanham: Rowan & Littlefield, 2004, p. 181-191.

LAWRENCE, Paul R. e LORSCH, Jay W. **O Desenvolvimento de Organizações: Diagnóstico e Ação**. São Paulo: Editora Edgar Blücher, 1972.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito** – vol. 3, Do Século XX à Pós-Modernidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**, 11ª ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. **La Differenziazione del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1990.





LUHMANN, Niklas. Law as a Social System, in *Northwestern University Law Review*, vol. 83, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Organisation und Entscheidung**, 2ª ed. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**, introdução de Darío Rodríguez Mansilla. México, DF: Anthropos Editorial, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Political Theory in the Welfare State**, trad. e introd. de John Bednarz, Jr. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1990 B, p. 122.

LUHMANN, Niklas. **Sistemi Sociali – Fondamenti di una Teoria Generale**. Bologna: Il Mulino, 1990 A.

MATURANA, Humberto e VARELA Francisco. **A Árvore do Conhecimento: As Bases Biológicas da Compreensão Humana**. São Paulo: Athena, 2001.

MATURANA, Humberto. **A Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: EDUFMG, 2002.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Political Action**. New York: Cambridge University Press, 1990.

OSTROM, Elinor. Institutional Rational Choice. An Assessment of the Institutional Analysis and Development Framework. In: SABATIER, Paul A. (ed.), **Theories of the Policy Process**. Colorado: Westview Press, 2007.

OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; e WALKER, James. **Rules, Games and Common-Pool Resources**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

PARSONS, Talcott e SHILS, Edward. **Toward a General Theory of Action**. Cambridge: Harvard University Press, 1951.

PARSONS, Talcott. On building social system theory: a personal history. In: **Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Science**, 1970, p. 826-881.

PARSONS, Talcott. **Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1966.

PARSONS, Talcott. The present position and prospects of systematic theory. In: **Twentieth Century Sociology**. New York: The Philosophical Library, 1945.

RENARD, Didier; CAILOSSE, Jacques; e BÉCHILLON, Denys de (org.). **L'Analyse de Politiques Publiques aux Prises avec le Droit**. Paris: LGDJ, 2000.

RIPLEY, Randall B. Stages of the Policy Process, in MCCOOL, Daniel C. (ed.). **Public Policy Theories, Models, and Concepts**. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 157 e ss.

SCHERER, Sabrina; WIMMER, Maria A.; e MARKISIC, Suvad. Bridging narrative scenario texts and formal policy modeling through conceptual policy modeling. In: **Artificial Intelligence and Law**, vol. 21, 2013, p. 455-484.





SIMON, Herbert A. Modelo Comportamental de Decisão Racional, in HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (orgs.). **Políticas Públicas. Bases Epistemológicas e Modelos de Análise**. 2ª ed., Brasília: Ed. UnB, 2010

VICKERS, G. Values, **Norms and Policies**. in Policy Science, no. 4, p. 103–111, 1973.

