



SOBRE O PAPEL DO DIREITO NO PLANEJAMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – REFLEXÕES SOBRE AS INTERAÇÕES ENTRE O "INSTITUTIONAL ANALYSIS AND DEVELOPMENT FRAMEWORK" E O DIREITO

Fernando Alves Dourado Gomes*
Jaqueline Prazeres Sena**

RESUMO: Partindo do estado da arte da “policy analysis”, i.e., da investigação do funcionamento de arranjos institucionais complexos feita pela ciência política, o artigo delinea o escopo de um autêntico esforço jurídico interdisciplinar voltado para a compreensão e manejo das políticas públicas. Trata-se de aproximar análises que, apesar de independentes entre si, e de partirem de pressupostos aparentemente muito distintos, apresentam pontos de contato notáveis, que possibilitam aperfeiçoamentos significativos para uma “tecnologia jurídica governamental” da democracia. Em particular, cuida-se de demonstrar as vantagens da incorporação da Institutional Analysis and Development Framework, de Elinor Ostrom, a uma abordagem jurídica das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: teoria jurídica de políticas públicas; neo-institucionalismo; institutional analysis and development framework; complexidade, interdisciplinaridade; teoria das organizações; modelagem de políticas públicas; tecnologia jurídica; administração pública; regulação administrativa; ciclo de políticas públicas; controle e avaliação.

ON THE ROLE OF THE LEGAL SCIENCE IN PLANNING AND STEERING PUBLIC POLICIES - REFLEXIONS ON THE INTERACTIONS BETWEEN THE INSTITUTIONAL ANALYSIS AND DEVELOPMENT FRAMEWORK AND THE LAW

ABSTRACT: Starting from the state of the art of the policy analysis, i.e., the investigation of complex institutional arrangements as developed in political science, the article delineates the scope of a more authentic interdisciplinary legal research on the policy-making process. The idea is to associate analytical models that, although independent and based on seemingly different

* Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor da Universidade Ceuma. Advogado.

** Doutoranda em Filosofia pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão, da Universidade Ceuma e do Instituto Maranhense de Ensino e Cultura (IMEC).



assumptions, display important areas of contact, which may stimulate the advancement of a more sophisticated “legal governmental technology” for democracy. In particular, we aim at demonstrating the advantages of incorporating Elinor Ostrom’s Institutional Analysis and Development Framework to a more strictly legal analysis of public policies.

KEYWORDS: legal theory of policy-making; new institutionalism; institutional analysis and development framework; complexity, interdisciplinarity; organizations theory; policy modeling; legal technology; public administration; administrative regulation; cycle of policy-making; steering and assessment.

1. DIREITO E ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UMA RELAÇÃO AINDA PRECÁRIA.

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 das tradições francesa e italiana 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 axiomáticos abrangentes e finalísticos. Apesar 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 das grandes discussões teórico-analíticas atuais em torno do tema¹.

¹ O livro originalmente editado por SABATIER (2007; 2014,) permanece como a mais completa e referenciada obra de uma literatura especializada (cf. ELLER e KRUTZ, 2009; SCHLAGER e WEIBLE, 2013; PETRIDOU, 2014; JOHN, 2015, CAIRNEY e HEIKKILA, 2014; HEIDEMANN e SALM, 2014) que acompanha e avalia os avanços no estudo de políticas, identificando as principais “famílias” teóricas, suas pesquisas, experiências e tendências, bem como as novas propostas que se apresentam. O que se depreende da leitura dessas diversas obras é que a contribuição de estudos jurídicos (= originados no campo da reflexão teórica acadêmica e profissional do direito) para o desenvolvimento dos principais modelos pelos quais se concebe a ação articulada e planejada em larga escala do Estado no terreno das políticas é formalmente zero, já que nenhuma provém desse campo. Isso que não quer dizer, todavia, que o direito não tenha



SOBRE O PAPEL DO DIREITO NO PLANEJAMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – REFLEXÕES SOBRE AS INTERAÇÕES ENTRE O "INSTITUTIONAL ANALYSIS AND DEVELOPMENT FRAMEWORK" E O DIREITO

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 “óbvia” 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 dos processos de implementação.

Na verdade, o direito, embora de modo algum alijado desse empreendimento maior, ainda se esforça para alcançar o patamar atual do debate. 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. De fato, o direito ficou durante décadas alheio ou deslocado em relação às áreas do conhecimento que têm explorado o tema. As principais elaborações da ciência do direito nesse território se apresentam, até hoje, sob a forma de “política do direito” (REALE, [1940] 2000; MELO, 1994), “jurimetria” (LOEVINGER, 1949; 1962), “teoria da legislação” (NOLL, 1973; KARPEN, 1986) “legística” (MORAND, 1999; FLÜCKIGER e GUY-ECABERT, 2008; KARPEN, 2009), ou “legisprudência” (MADER, 1986; 2006; WINTGENS, 2006; ALMEIDA, 2007). Tais desenvolvimentos, no entanto, mantêm pouco ou nenhum diálogo interdisciplinar autêntico com o campo de investigação das políticas públicas, exibem excessivo aferro à dogmática, e tendem a presumir de forma não tematizada conexões diretas entre dados quantitativos e avaliações qualitativas, de modo que seus resultados práticos seguem, no mínimo, questionáveis.

Com efeito, um olhar frio revela que tais estudos exibem uma visível falta de sintonia com o estado da arte da pesquisa social em políticas públicas, e tendem a enfatizar questões – como da estrutura normativa do processo legislativo, dos instrumentos de participação democrática na

influências e contribuições importantes, senão que ainda tem se preservado, como disciplina, essencialmente dogmático no que diz respeito ao tratamento de problemas normativos de políticas públicas.



formação da lei, da “racionalização” e a simplificação legislativa, entre outras – que, embora nada desprezíveis, têm rendido pouco para o avanço da compreensão geral sobre a matéria (cf., p. ex., os resumos de FLÜCKIGER [2008, p. 23-24] e KARPEN [2009, p. 223]). É escasso o diálogo entre autores da legística (especialmente quanto à legística dita *material*) ou da jurimetria, e os proponentes das principais teorias e quadros conceituais de análise e desenvolvimento de políticas públicas (cf. SABATIER, 2007; CAIRNEY e HEIKKILA, 2014; HEIDEMANN e SALM, 2014). Também são poucas e muito limitadas as convergências acadêmicas acerca de que características formais, ou que modelos jurídicos de instituições políticas favorecem quais resultados efetivos. Evidentemente, está longe de satisfatória a conclusão de que

“a melhora da capacidade do direito de afetar a realidade social (legística material) envolve o desenvolvimento da avaliação legislativa, a introdução de corpos reguladores, a diminuição da burocracia, a introdução de expertise pluridisciplinar no processo de desenho legislativo, o planejamento e a coordenação da atividade legislativa, o uso de checklists e de guias de legística material e instrumentos analíticos (revisão do problema, definição de objetivos, escolha e avaliação de instrumentos), e o uso de novos tipos de normas, que sejam mais permeáveis ao progresso e a mudanças ambientais, sociais e econômicas (...). Esses processos podem ser codificados em *guias de legística material*. (FLÜCKIGER, 2010, p. 216 – trad.)

Por outro lado, novos esforços para a construção de uma teoria jurídica das políticas públicas têm gerado resultados mais animadores, ao contornar a rigidez típica da doutrina jurídica tradicional, requalificando suas conexões teóricas com outras ciências e estabelecendo importantes diretrizes metodológicas para a pesquisa futura. Mais 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.



2. CONEXÕES COM O JURÍDICO: NEO-INSTITUCIONALISMO(S) E A PROPOSTA DE ELINOR OSTROM.

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 permita que se articulem 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 na arena do denominado “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 conferida às instituições como realidade distinta dos indivíduos, seus arranjos e qualidades circunstanciais. Muito embora não seja “uma teoria unificada, mas (...) um campo de análise amplo e substancialmente heterogêneo” (MARQUES, 2013), o neo-institucionalismo – 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 no panorama do estudo das políticas públicas, destacando seus limites e suas possíveis contribuições.

Por óbvio, não é possível, nem desejável, reconstruirmos aqui detalhadamente as matrizes teóricas de cada um dos “neoinstitucionalismos”, de modo que a explanação poderá parecer algo taquigráfica ou lacunosa. Sem pretendermos realizar uma resenha abrangente 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* (representado nos trabalhos de Ellen Immergut, Peter Evans, Theda Skocpol, Stephen Krasner, Peter Hall, Sven Steinmo, Theodor Lowi), o *institucionalismo da escolha racional* (nos trabalhos de William Riker, John Ferehjohn, Oliver Williamson, Douglas North,



Barry Weingast, Charles Lindblom, Kenneth Shepsle, Elinor Ostrom), e o *institucionalismo sociológico*, ou *das organizações* (ao qual se filiam as reflexões, por exemplo, de Frank Dobbin, John Meyer, Richard Scott, Neil Fligstein, Walter Powell e 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*).

Apenas para que as importantes diferenças entre as “três versões” do neoinstitucionalismo não fiquem absolutamente obscurecidas pela ênfase em seu “núcleo teórico”, reproduziremos abaixo um dos quadros comparativos elaborados por IMMERGUT (2006), no qual a autora expõe suas principais semelhanças e diferenças:



SOBRE O PAPEL DO DIREITO NO PLANEJAMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – REFLEXÕES SOBRE AS INTERAÇÕES ENTRE O "INSTITUTIONAL ANALYSIS AND DEVELOPMENT FRAMEWORK" E O DIREITO

	Escolha racional	Teoria da organização	Institucionalismo histórico
Interesses	Fatores estratégicos levam atores racionais a escolher equilíbrios subótimos (e.g. o dilema do prisioneiro, a tragédia dos comuns)	Os atores não conhecem seus interesses; limites de tempo e informação levam-nos a depender de seqüências e outras regras de processamento (racionalidade limitada)	As interpretações dos atores de seus interesses são moldadas por organizações coletivas e instituições que carregam traços da própria história
Processo político	Sem regras para ordenar, não consegue alcançar o interesse público; regras para a seqüência de votação no Congresso, divisão em jurisdições, etc. afetam os resultados	Os processos inter e intra-organizacionais moldam os resultados, como no modelo da lata de lixo, o trabalho para alcançar a reorganização administrativa e a implementação de políticas	Processos políticos estruturados por Constituições e instituições políticas, estruturas de Estado, relações entre Estado e grupos de interesse, redes de políticas e contingências de <i>timing</i>
Normativo	<i>Elster</i> : os fins substancialmente racionais são inúteis sem meios formalmente racionais; <i>Buchanan e Tullock</i> : maximizar a eficiência por meio da regra de unanimidade e compra de votos; <i>Riker</i> : vontade popular insondável, a democracia é controlada por freios e contrapesos (<i>checks and balances</i>)	<i>Perrow</i> : implicações do poder burocrático e da racionalidade limitada	<i>Lowi</i> : democracia jurídica baseada no fortalecimento do Congresso, deliberação sobre regras e não com base em resultados específicos, necessidade de filosofia pública
Atores	Racionais	Cognitivamente limitados	Auto-reflexivos (normas sociais, culturais e históricas, mas reinvenção da tradição)
Poder	Capacidade de agir unilateralmente	Depende da posição na hierarquia organizacional	Depende do reconhecimento pelo Estado, do acesso à tomada de decisões, da representação política e das construções mentais
Mecanismos institucionais	Estruturação das opções por meio de regras (dependência de normas controversas)	Estruturação das opções e dos cálculos de interesse por meio de procedimentos, rotinas, roteiros, quadros (implica normas)	Estruturação de opções, cálculo de interesses e formação de metas por regras, estruturas, normas e idéias

Nesse importante trabalho, 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.” De nossa parte, contudo, gostaríamos de sustentar 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 KISER e OSTROM (1982) e aperfeiçoada



ao longo dos anos até o estágio apresentado em OSTROM (2005) – pode oferecer aportes muito mais adequados e produtivos para os estudos sobre o desenho jurídico-institucional de políticas públicas.

Em nossa leitura, o modelo analítico de Ostrom se mostra de inestimável 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). Na verdade, como comenta SABATIER, citando Edella Schlager:

“Com relação ao status das teorias positivas dos processos de políticas, eu concordo com a afirmação de Schlager (...) de que o campo das políticas públicas não é uma terra devastada, mas uma terra caracterizada por ‘ilhas montanhosas de teoria, entremeadas, e às vezes ligadas, por colinas de métodos e conceitos compartilhados, bem como por trabalhos empíricos, sendo que tudo isso é cercado por oceanos de trabalhos descritivos que não estão ligados a nenhuma montanha teórica’. A mais impressionante montanha [de produção teórica sobre *policies*] é, obviamente, a escolha racional institucional. (...) E dentro da tradição da escolha racional institucional, o mais impressionante corpo de trabalho relevante para o estudo de políticas públicas é o de Elinor Ostrom e seus colegas [IAD] (...).” (SABATIER, 2007, p. 323 – trad.)

A associação com o IAD se nos mostra bastante apta a facilitar o incremento de métodos para a confecção e o emprego de instrumentos e mecanismos legais de planejamento e controle (“steering”) de políticas públicas, permitindo a criação de chaves conceituais comuns com 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).

3. CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA DO IAD

A escolha do IAD como ferramenta base do desenvolvimento normativo de instituições, tem a ver com pelo menos dois 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 instituição²; e o fato de ela ser um construto de finalidade eminentemente prática, ou seja, um modelo de análise e desenvolvimento de instituições concretas. Além disso, também nos parece propício o fato de que nele a visão teórica do novo institucionalismo se apresenta de forma e em termos bastante próximos aos de uma abordagem sistêmica.³

² OSTROM 2007, p. 23: “I will use the term ‘institution’ (...) to refer to the shared concepts used by humans in repetitive situations organized by rules, norms and strategies.” [“*Usarei o termo ‘instituição’ (...) para me referir aos conceitos compartilhados usados pelos seres humanos em situações repetitivas organizadas por regras, normas e estratégias.*”]. Nesse recorte, o elemento propriamente jurídico estaria nas regras, que são “shared prescriptions (must, must not, or may) that are mutually understood and predictably enforced in particular situations by agents responsible for monitoring conduct and for imposing sanctions” [“*preceitos compartilhados (deve, não deve, pode) que são mutuamente compreendidos e que serão previsivelmente exigidos e aplicados por agentes responsáveis por monitorar condutas e impor sanções.*”]

³ A respeito deste último ponto, observe-se, por exemplo, 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 de instituições. Ademais, note-se como preocupações com a inclusão do próprio fazer teórico no objeto da construção científica, com o tratamento reflexivo da (redução de) complexidade e da transdisciplinaridade, com o enfrentamento de paradoxos constitutivos, ou com os problemas de aprendizagem, autorregulação e autorreprodução estão presentes no IAD, ainda que expressos mediante formulações diferentes. Ostrom (2007) aponta para outras diversas vias de comunicação entre sua análise institucional e a teoria dos sistemas, p. ex., ao tratar do problema das regras e das metarregras nas chamadas “arenas de ação” desde uma perspectiva computacional (“the nesting of rules within rules at several levels is similar to the nesting of computer language at several levels”); ao aduzir o que poderíamos designar de “lógica configuracional” das instituições, em oposição a uma lógica “aditiva” (“this configural nature of rules makes institutional analysis a more difficult and complex enterprise than studies of phenomena that are strictly additive”); ao empregar uma concepção abstrata de agente, designando os atores participantes das arenas de ação como um “conjunto de variáveis” (a despeito do emprego, em outras instâncias, da expressão “agente humano” para indicar o ocupante da posição de ator nas arenas de ação) etc. Curiosamente, no começo da década de 1980, Elinor Ostrom passou um ano como pesquisadora do Center for Interdisciplinary Research da Universidade de Bielefeld, na Alemanha, onde Luhmann era titular da cadeira de sociologia – mas não há referências ao trabalho dele nos dela.



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 incipiente e frontalmente enviesada.⁴ De fato, 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.

O IAD, a sua vez, assenta o conceito de *instituição* no potencial de construtos *normativos* para condicionar comportamentos coletivos. Para OSTROM (2007, p. 23), instituições são um conjunto de conceitos empregados em “situações repetitivas organizadas por regras, normas e estratégias”. Trata-se de uma ideia oriunda da teoria dos jogos: a interação recursiva (autorreferente) de normas e de assunções normativas sobre o ambiente, vista como uma identidade ao longo do tempo, circunscreve um âmbito em que se desenvolvem certas dinâmicas comunicacionais, ao qual chamamos *instituição*.

Note-se, a esse propósito, que essa não é uma definição estritamente *jurídica* de instituição. As noções de *regras*⁵ e de *normas*⁶ empregadas por OSTROM não se confundem com os sentidos usuais dados a esses termos na linguagem jurídica, embora haja correlações aparentes. Ademais, ela fala também em *estratégias*⁷ como elemento constitutivo das instituições. Sua concepção normativa de instituição tem uma conotação ampla. O direito, o instrumental técnico-jurídico, perfaz uma parte – essencial! – dessa normatividade, mas não a absorve, senão ocupa um

⁴ A esse respeito, com especial referencia ao Brasil, cf. COUTINHO (2013).

⁵ *Regras* seriam “preceitos compartilhados (deve, não deve, pode) que são mutuamente compreendidos e que serão previsivelmente exigidos e aplicados por agentes responsáveis por monitorar condutas e impor sanções” (OSTROM 2007, p. 23).

⁶ *Normas* seriam “prescrições compartilhadas que tendem a ser exigidas pelos próprios participantes, por meios de custos e induções impostos interna e externamente” (id., ibid.).

⁷ *Estratégias* seriam “planos regulados que os indivíduos fazem dentro da estrutura de incentivos produzida pelas regras, normas e expectativas do provável comportamento dos outros em uma situação afetada por condições físicas e materiais relevantes” (id., ibid.).



lugar numa categoria maior, que inclui também as regras morais, as linguísticas, as lógicas, as técnicas, físicas, as de conduta pessoal etc. O que é fundamental é que as situações repetitivas em que se desenvolvem os processos sociais ligados às políticas públicas se organizam em vista de *regularidades* de expectativas de comportamentos, que criam um jogo de interações, interconexões e interdependências entre possibilidades seletivas da comunicação. De notar-se também que, num ambiente de primado do direito (“*rule-of-law*”), espera-se que as regras de fato coincidam largamente com as regras formais, ou seja, presume-se que o sistema jurídico seja capaz de fornecer a parte mais substancial das regras que efetivamente estruturam os arranjos institucionais⁸.

O IAD, ademais, é uma ferramenta conceitual e analítica de finalidade eminentemente *prática*, ou seja, um modelo que surge da, e se volta para a análise e o desenvolvimento de instituições reais, concretas. Elaborado originalmente por KISER e OSTROM (1982), o IAD representa um esforço concentrado e aplicado para criar um “quadro geral” de conceitos e fenômenos associados, capaz de permitir a integração e o diálogo dos trabalhos de “cientistas políticos, economistas, antropólogos, geógrafos, juristas, psicólogos sociais e outros interessados em como as instituições afetam os incentivos com que se defrontam os indivíduos, e o seu comportamento resultante” (OSTROM, 2007, p. 21 – trad.). Como estrutura de análise empírica, o IAD é o mais alto de três níveis de proposições em que se organiza o conhecimento produzido sobre políticas: “*quadros conceituais*” (“*conceptual frameworks*”), *teorias* e *modelos* (OSTROM, 2007, p. 25-26), pensados como “um *continuum* que envolve crescente interconexão lógica e especificidade, mas um escopo cada vez menor” (SABATIER, 2007, p. 6). Aperfeiçoado ao longo de mais de três décadas até o estágio apresentado em OSTROM (2005), o IAD tem sido aplicado a importantes problemas concretos de políticas e governança em diversos países, obtendo considerável difusão⁹ e grande reconhecimento acadêmico.

⁸ “*In a system governed by a ‘rule of law’, the general legal framework in use will have its source in actions taken in constitutional, legislative, and administrative settings augmented by decisions taken by individuals in many different particular settings. In other words, the rules-in-form are consistent with the rules-in-use (Sproule-Jones 1993). In a system that is not governed by a ‘rule of law’, there may be central laws and considerable effort made to enforce them, but individuals attempt to evade rather than obey the law*”. (OSTROM, 2007, p. 36-37)

⁹ Segundo OSTROM (2007, p. 51): “The IAD framework has thus influenced the analysis of a wide diversity of questions, including how institutions are organized for the provision and production of urban policing and education, primary health care, fertilizer, coffee, roads, irrigation, fisheries, forest resources, and common-pool resources more generally. Empirical work has been carried on in Bangladesh, Bolivia, Brazil, Cameroon, China, Ecuador, Ghana,



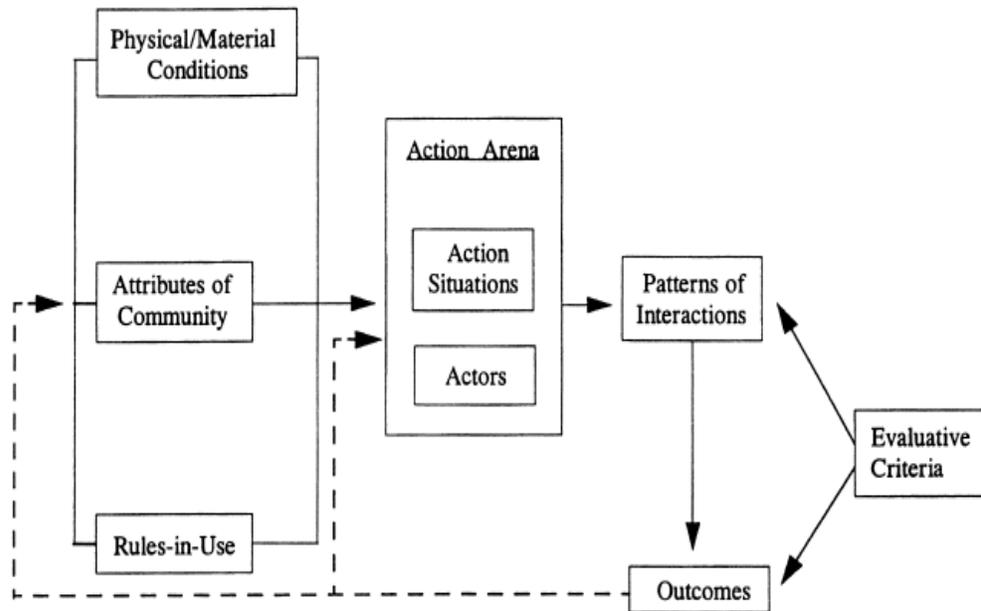
Essa aliança entre sentido empírico e desenvolvimento teórico é, sem dúvida, uma das características mais notáveis da pesquisa conduzida por Ostrom, e é reconhecidamente uma das razões pelas quais seu trabalho lhe rendeu o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas de 2009. Segundo o site oficial do prêmio:

“Como cientista política, os métodos de pesquisa de Elinor Ostrom diferem do modo como a maioria dos economistas trabalha. Normalmente, eles começam com uma hipótese, uma assunção da realidade, que é então submetida a testes. Ao invés disso, Elinor Ostrom começou com uma realidade factual. Ela juntou informação por meio de estudos de campo e então analisou esse material.”
(http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom-facts.html)

Sem embargo, é importante destacar que não foi propriamente o IAD como construto analítico que rendeu o prêmio a Ostrom, e sim a sua consistente utilização do modelo para testar teorias e práticas que desconstruíram a tese econômica da “tragédia dos bens comuns”, segundo a qual a lógica do proveito individual inevitavelmente levaria a um estado de superexploração e exaustão de recursos coletivos. Segundo OSTROM (1990), embora comumente se afirme que apenas a propriedade privada ou a regulação estatal podem resolver o problema da tragédia dos bens comuns, é interesse dos próprios usuários de uma fonte coletiva de recursos administrá-la com prudência, e, por isso, eles mesmos normalmente elaboram complexos esquemas sociais para manter os recursos comuns eficientemente.

Vejamos a representação gráfica do IAD framework:

Guatemala, Hong Kong, Índia, Indonésia, Ivory Coast, Kenya, Libéria, Madagascar, Mali, México, Nepal, Nigéria, Noruega, Polónia, Suécia, Taiwan, Uganda, and the United States.” Entre as questões analisadas com o auxílio do IAD, temos: governança de economias públicas locais; reforma bancária nos EUA; descentralização democrática na África; gerenciamento de recursos florestais; papel do direito consuetudinário em relação ao desenvolvimento sustentável; limites da reforma institucional; e **(muito significativo para o caso da educação) o conhecimento como recurso comum (id., ibid., p. 52)**. Sobre esse último ponto, cf. HESS e OSTROM, 2007.



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* imediato. 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 *quatro* níveis de regras que afetam cumulativamente as ações empreendidas e os resultados obtidos em dada conjuntura: **i)** o das regras operacionais (“*operational rules*”); **ii)** o das regras de escolha coletiva (“*collective-choice rules*”); **iii)** o das regras de escolha constitucional (“*constitutional-choice rules*”); e **iv)** o das regras metaconstitucionais (“*metaconstitutional rules*”). Distinguem-se, também, *sete* as categorias de regras, que se distribuem igualmente ao menos nos três primeiros níveis: **i)** regras de entrada e saída (“*entry and exit rules*”); **ii)** regras de posição (“*position rules*”); **iii)** regras de escopo (“*scope rules*”); **iv)** regras de autoridade (ou de escolha); (“*authority [or choice] rules*”); **v)** regras de



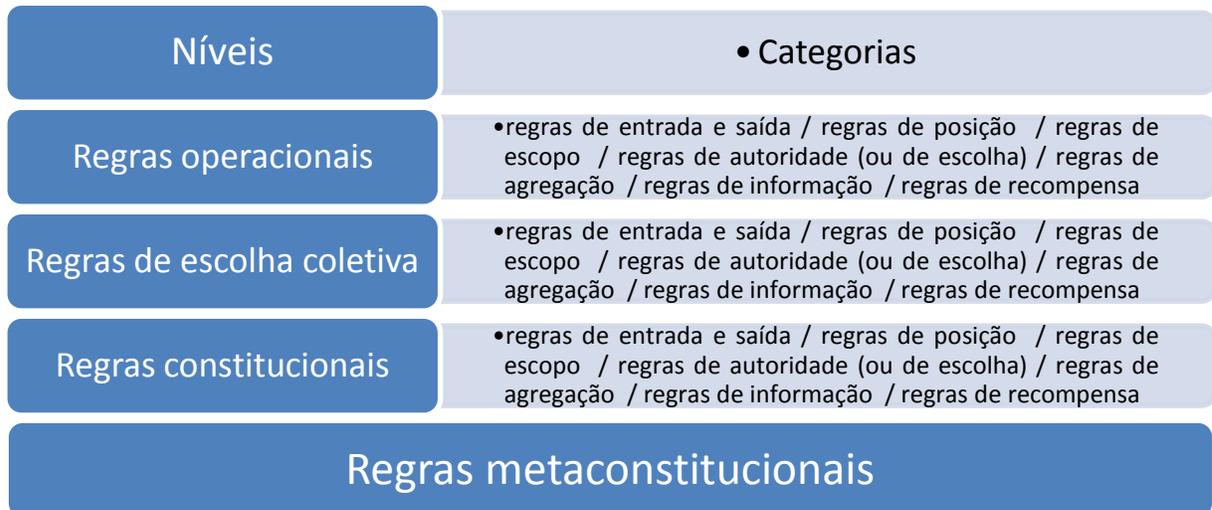
agregação (“*aggregation rules*”); **vi**) regras de informação (“*information rules*”); e **vii**) regras de recompensa (“*payoff rules*”). OSTROM fornece-lhes definições sucintas:

“Regras de entrada e saída afetam o número de participantes, seus atributos e recursos, se eles podem ingressar livremente [na arena], e as condições que enfrentam para sair. Regras de posição estabelecem posições na situação. Regras de autoridade designam conjuntos de ações que participantes ocupando posições específicas devem, podem ou não podem realizar. Regras de escopo delimitam os resultados potenciais que podem ser afetados e, de modo reverso, as ações ligadas a resultados específicos. Regras de autoridade, combinadas com as leis científicas que regulam os estados relevantes do mundo sobre os quais se age, determinam a forma da árvore decisória, ou seja, os vínculos entre ação e resultado. Regras de agregação afetam o nível de controle que um participante, em uma posição, exerce sobre a seleção de uma ação. Regras de informação afetam os conjuntos de informação contingentes [“*knowledge-contingent*”] dos participantes. Regras de recompensa afetam os benefícios e custos que serão atribuídos a específicas combinações de ações e resultados, e estabelecem os incentivos e impeditivos da ação. O conjunto das regras vigentes é uma configuração no sentido de que o efeito da mudança de uma regra pode depender das demais regras em uso.” (OSTROM, 2007, p. 38 – trad.)

Segundo KISER e OSTROM (1982), cada um dos níveis em que as regras se agrupam produzem efeitos cumulativos uns sobre os outros, e, conseqüentemente, sobre os processos decisórios e os resultados observados em uma dada arena institucional. Assim, as chamadas “regras operacionais” afetariam as decisões cotidianas ordinárias; as “regras de escolha coletiva” atingiriam atividades e resultados operacionais por meio da determinação de critérios de elegibilidade para posições de decisão no nível operacional, bem como por meio da fixação de regras de mudança das regras operacionais; e as regras “constitucionais” influiriam sobre as atividades operacionais e seus efeitos ao determinar critérios de elegibilidade para posições de decisão no nível de decisão coletiva, bem como as regras a serem usadas para elaborar o conjunto de regras correspondentes, que, por sua vez, influiriam sobre as regras operacionais. Menciona-se um quarto nível de regras, denominado “metaconstitucional”, que seria ainda pouco estudado.



Fig. 5 Níveis e categorias de regras, segundo o IAD



Cada um desses níveis pode ser interpretado, basicamente, como diferença entre *constituição*, *norma infraconstitucional* e *norma infralegal*. Nada impede, porém, que se os possa usar também para referir à produção legislativa concernente a cada uma das diversas esferas federativas, já que, em determinadas situações, como as assinaladas pela distribuição federativa de competências comuns, o que pode ser feito num determinado nível normativo depende dos limites e das possibilidades de um nível mais profundo (OSTROM, 2007, p. 44). Portanto, não seria correto falar dessas categorias de regras como se tratássemos, *tout court*, da distinção entre direito constitucional e demais leis, ou de níveis de organização federativa. Pela perspectiva aqui adotada, diremos, de modo amplo e sem abolir outras possibilidades de interpretação: regras constitucionais = CF 88; regras de escolha coletiva = normas federais nacionais, normas estaduais (sobretudo constitucionais), e normas municipais constitutivas; regras operacionais = normas legais específicas, normas infralegais (regulamentos, decretos, portarias).

Para OSTROM (2007, p. 24), “encontrar formas de estabelecer comunicação entre esses níveis é um desafio central para todos os teóricos das instituições”. Por esse ponto de vista, a principal atuação do jurista na tarefa de propor/produzir desenhos normativos de instituições seria



elaborar formas *jurídicas* de promover sinergia entre as diversas “esferas” normativas. É isso o que temos em vista, ao utilizarmos a análise dos fatores relevantes do arranjo institucional para informar escolhas jurídicas (programas condicionais/ finalísticos, para minimização de diferenças) que visem a influenciar os vínculos entre certas operações sistêmicas e certos efeitos demarcados de antemão. Não se trata, obviamente, de um método “científico”, capaz de transformar as operações jurídicas em um algoritmo (embora possa empregar formas algorítmicas nessa tarefa), em uma forma automatizada de garantir a ligação entre causas (jurídicas) e efeitos (sociais), em um tipo de “*social engineering*” repaginado – mas de um arranjo potencialmente capaz de reduzir, para os sistemas-alvo, a indeterminação e a variabilidade do ambiente, e, com isso, de produzir políticas mais sólidas.

4. BREVE CONCLUSÃO: PARA UMA TECNOLOGIA JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

O aparato de análise fornecido pelo IAD nos parece notavelmente promissor, como método e como pauta para uma reflexão mais ampla sobre a função do direito em contextos institucionais. Ele se mostra aplicável a um número muito amplo 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.)¹⁰, e ainda com a teoria dos jogos e a lógica deôntica.

Em particular – e ficam estas observações como apontamentos para um futuro tratamento da questão –, uma aproximação entre o IAD e a teoria de sistemas sociais nos parece particularmente estimulante. A teoria social sistêmica, entre outras características que nos

¹⁰ O volume 21 da revista *Artificial Intelligence and Law*, de novembro de 2013, é dedicado exclusivamente à questão de modelagem jurídica de políticas públicas através de instrumentos de tecnologia da informação e da computação, e traz um excelente apanhado das várias abordagens disponíveis.



interessam, é praticamente a única grande teoria social contemporânea a oferecer uma compreensão abrangente do fenômeno jurídico como artefato social, sem com isso prescindir do compromisso com a auto-observação e autodescrição do próprio sistema jurídico, ou seja, *com o direito tal como o entendem os juristas*. Isso a torna, ao menos em tese, apta a mediar a introdução de uma leitura jurídica no âmbito da “policy analysis” como campo multidisciplinar.

Adicionalmente, num contexto em que os esquemas interpretativos precisam ser continuamente adaptados e ressignificados, a utilização da estrutura cognitiva e conceitual da teoria de sistemas sociais se mostra bastante apropriada. Ela possui, ao nosso ver, um elevado “valor heurístico, porque estimula e define a busca por outras possibilidades” (LUHMANN, 1986, p. 132). Ao mesmo tempo, a teoria de sistemas sociais apresenta um repertório conceitual muito diversificado, mas profundamente coeso, que permite que se perpassem as mais diferentes matérias com “visão de unidade”. Sua capacidade de estimular novas e inusitadas problematizações, de redefinir fundamentos teóricos elementares da pesquisa, e com isso de ampliar a capacidade explicativa do IAD, não se faz ao custo da frouxidão dos conceitos, o que é uma vantagem muito apreciável num terreno tão movediço.

REFERÊNCIAS

- 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.
- CAIRNEY, Paul e HEIKKILA, Tanya. *A Comparison of Theories of the Policy Process*, in SABATIER, Paul A. e WEIBLE, Christopher (eds.). *Theories of the Policy Process*. Colorado: Westview Press, 2014.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013



ELLER, Warren e KRUTZ, Glen. *Policy Process, Scholarship and the Road Ahead: An Introduction to the 2008 Policy Shootout!*, in *The Policy Studies Journal*, vol. 37, n.º 1, 2009, p. 1-4.

FLÜCKIGER, Alexandre e GUY-ECABERT, Christine (eds.). *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Les rôles des guides de légistique*. Zürich: Schulthess, 2008.

FLÜCKIGER, Alexandre. *Can Better Regulation Be Achieved By Guiding Parliaments and Governments? How the Definition of the Quality of Legislation Affects Law Improvement Methods?* In *Legisprudence*, vol. IV, n.º 2, p. 213-218, 2010.

FLÜCKIGER, Alexandre. *The Ambiguous Principle of the Clarity of Law*, in WAGNER, Anne et al., *Obscurity and Clarity in the Law*. Aldershot: Ashgate, 2008, p. 9-24.

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

HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas Públicas. Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 2ª ed., Brasília: Ed. UnB, 2010.

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.

JOHN, Peter. The Three Ages of Public Policy: Theories of Policy Change and Variation Reconsidered, Paper prepared for the panel "The political science of public policy", held at the American Political Science Association meeting' San Francisco, 3-6 September 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2286711, acesso em agosto de 2016.

KARPEN, Ulrich. *Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law*, in *European Journal of Law Reform*, v. 11, n.º 2, p. 213-223, 2009.

KARPEN, Ulrich. Zum gegenwertigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, n.º 01, 1986, p. 5-32.

KISER, Larry L., e OSTROM, Elinor. "The Three Worlds of Action: A Metatheoretical Synthesis of Institutional Approaches." In OSTROM, Elinor (ed.), *Strategies of Political Inquiry*. Beverly Hills: Sage, 1982, pp. 179-222.

LOEVINGER, Lee. *Jurimetris. The Next Step Forward*, in *Minnesota Law Review*, vol. 33, n.º 5, 1949.

LOEVINGER, Lee. *Jurimetris: Science and Prediction in the Field of Law*, in *Minnesota Law Review*, vol. 46, 1961-62.

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

MADER, Luzius. *L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation*, in *Revue internationale de droit comparé*, v. 38, n.º1, p. 285-286, 1986.



SOBRE O PAPEL DO DIREITO NO PLANEJAMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – REFLEXÕES SOBRE AS INTERAÇÕES ENTRE O "INSTITUTIONAL ANALYSIS AND DEVELOPMENT FRAMEWORK" E O DIREITO

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MORAND, Charles-Aubert (org.). Légistique formelle et matérielle. Aix-En-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

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. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

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

PETRIDOU, Evangelia. *Theories of the Policy Process: Contemporary Scholarship and Future Directions*, in *Policy Studies Journal*, v. 42, n.º S1, p. 12-32, 2014.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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.

SABATIER, Paul A. (ed.). *Theories of the Policy Process*. Colorado: Westview Press, 2007.

SABATIER, Paul A. e WEIBLE, Christopher (eds.). *Theories of the Policy Process*. Colorado: Westview Press, 2014.

SCHLAGER, Edella e WEIBLE, Christopher. *New Theories of the Policy Process*, in *The Policy Studies Journal*, vol. 41, n.º 3, 2013, p. 389-396.

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