

Capítulo 3

Políticas redistributivas e a dimensão jurídica do desenvolvimento

Que relações e causalidades o desenvolvimento guarda com o direito? Em que medida o segundo determina ou influencia o primeiro, ou por ele é influenciado? É possível entender o desenvolvimento como um processo mediado e operado, entre outras variáveis, por normas e instituições jurídicas? Ainda: em que medida o direito é um obstáculo ao desenvolvimento ou, ao contrário, pode funcionar em relação a ele como um elemento catalítico? Por fim: há algum potencial ganho na busca de respostas consistentes para essas perguntas?

Tais indagações darão a tônica deste capítulo¹, que procurará localizar e explorar a dimensão jurídica do desenvolvimento, especificamente em sua faceta redistributiva, e construir um método a ser aplicado nos estudos de caso do próximo capítulo.

¹ Não pretendo, evidentemente, oferecer respostas cabais para as questões suscitadas. Parece-me que enfrentá-las de forma minimamente organizada e enunciar hipóteses a serem testadas já é um desafio válido em vista da complexidade do objeto de investigação.

Como passo preliminar, procuro apresentar inicialmente, em busca de ganho de clareza conceitual, algumas das diferentes formas de abordar o intrincado tema do direito no desenvolvimento.

3.1 – Direito no desenvolvimento: premissas e abordagens

Existem distintas maneiras de refletir sobre o papel do direito em trajetórias de desenvolvimento e, como não poderia deixar de ser, há diferentes linhas de pesquisa, recortes temáticos e referências bibliográficas disponíveis para pesquisas nesse campo². Do ponto de vista substantivo, como se sabe, há distintas e dinâmicas concepções do que sejam o próprio direito ou o desenvolvimento³, o que acrescenta complexidade ao esforço de compreensão das inter-relações entre ambos.

Se, de um lado, o direito tem sido apontado como um elemento-chave na compreensão do progresso (e também do fracasso) econômico, de outro as funções que se espera que ele desempenhe variam tanto quanto as ideologias a respeito do

² Ver, por exemplo, a bibliografia disponível no sítio do *European Law Research Center* (Universidade de Harvard, Escola de Direito): <http://www.law.harvard.edu/programs/elrc/>

³ Como afirmam Milhaupt e Pistor (2008:27), o direito, tanto o quanto o capitalismo, está em constante evolução. Por isso, a depender do que se entenda por direito, por capitalismo ou por desenvolvimento, os possíveis ângulos de interação entre os campos se alteram, dificultando a comparação e o diálogo com pesquisas que adotem outros pontos de partida conceituais.

papel do Estado na economia. John Locke, Jeremy Bentham, Karl Marx e Max Weber, por exemplo, refletiram a respeito das interações entre a ordem jurídica e o sistema econômico de formas tão variadas quanto, em alguns casos, antagônicas. Assegurar a prevalência de direitos naturais, propiciar o maior grau de felicidade para o maior número de pessoas, modernizar, racionalizar e materializar a vida social, bem como explorar o homem são formulações sintéticas das funções que cumpre o direito no capitalismo para esses autores⁴.

Por isso, é imprescindível definir ou conceituar o que entendo por “direito” (ou seus sinônimos “arcabouço jurídico” ou “aparato jurídico”), para os fins deste trabalho, no contexto de políticas de desenvolvimento, ainda que sem maiores sofisticações ou pretensões epistemológicas. Dado que a palavra é polissêmica, emprego-a para referir não apenas à legislação em sentido formal – simplificada, a produção de leis gerais e abstratas por atores legitimados para isso – mas também a outras formas de manifestação de normatividade jurídica nos campos econômico e social em sociedade capitalistas.

Assim, quando relacionado ao desenvolvimento, o arcabouço jurídico abrange, aqui, em termos de amplitude, a variada gama

⁴ Fazer um inventário descritivo ou crítico dessas diversas interpretações seria um esforço incompatível com o escopo deste trabalho. Por isso, considerando o tipo de abordagem mais aplicada que pretendo fazer e valendo-me de uma literatura voltada para questões contemporâneas, identifico doravante, dentre outros possíveis, alguns caminhos possíveis para se enfrentar este intrincado tema.

de atos normativos, regulamentares ou regulatórios produzidos, em regra, por órgãos do Executivo para criar, implementar e avaliar políticas públicas específicas. Dito de outro modo, compreende as chamadas leis em sentido material. Também o conjunto de decisões judiciais capazes de, direta ou indiretamente, influenciar os rumos de determinado país, isto é, o direito produzido pelo Judiciário, pode ser considerado uma parte importante do arcabouço jurídico – e certamente o é. Entretanto, pelo fato de minha análise voltar-se primordialmente para o campo das decisões postas em marcha pelo Executivo sob a forma de políticas públicas redistributivas, não levarei em consideração neste trabalho a importante (cada vez mais, diga-se de passagem) dimensão judicial do desenvolvimento ou o atual tema da judicialização das políticas públicas.

Outra observação a respeito do emprego do termo “direito” se faz necessária. No contexto dos polêmicos debates sobre desenvolvimento, não considero adequado partir da premissa de que direito seja neutro no sentido de desvinculado de influxos políticos. Se por um lado o objetivo da política pública é em alguma medida guiado e delimitado por balizas jurídicas presentes na legislação e em sua interpretação, por outro lado é certo que ele é determinado política e historicamente. Dependendo da decisão política – por exemplo, pela estatização ou privatização, pela abertura comercial ou pelo protecionismo, pelo crescimento puro ou pela combinação de crescimento com redistribuição – o desenvolvimento, como um resultado mensurável, pode vir a ocorrer ou não.

Assim, a relação entre direito e desenvolvimento depende, primordialmente, dos acontecimentos históricos e das decisões políticas que determinaram o conteúdo ou a substância do arcabouço jurídico. Como explica Bucci (1997:95), o que há de comum nas políticas públicas, é justamente o processo político de escolha de prioridades para o governo e escolha se faz tanto em termos de objetivos como de procedimentos.

Com seus atributos próprios, tais como a capacidade de promulgar normas gerais, não retroativas, dotadas de publicidade, inteligíveis, consistentes, estáveis no tempo, passíveis de serem obedecidas (Fuller, 1969), o direito é, nesse contexto, um vínculo formal de opções políticas que almejam o desenvolvimento. Assim, embora viabilize, organize, formalize e estabilize relações econômicas – que são, indubitavelmente, pré-condições para o desenvolvimento – o direito não é, a rigor, a causa do desenvolvimento, podendo ser melhor descrito como um tipo de tecnologia que contribui em maior ou menor intensidade para sua concretização.

Em outras palavras, se o desenvolvimento inegavelmente depende de boas decisões políticas, é preciso reconhecer também que ele também é produto de uma bem concertada instrumentalização jurídica. Disso decorre que, se por um lado a tecnologia jurídica pode ajudar o desenvolvimento, de modo que não se pode abrir dela em uma estratégia consistente, por outro lado ela pode atrapalhar e severamente emperrar o processo, sem que nem sempre percebamos com clareza as razões disso.

Por tudo isso, enfim, expressões metafóricas freqüentes como “o direito promove o desenvolvimento”, “o direito cria mercados” ou “o direito redistribui renda”, “o direito cria ao pé da letra. Vale dizer: personificar o direito como um sujeito detentor de vontades, dotado de preferências, capaz de “fazer” ou “não fazer” coisas é um recurso equivocado, que não apenas desconsidera o pano de fundo das decisões políticas, como ainda mistifica e caricaturiza o direito como um personagem que ainda vontade própria.

Isso não significa, vale ressaltar, que seja inteiramente correto afirmar que o direito cumpra tarefas puramente instrumentais apenas, isto é, que ele seja apenas um servo de decisões políticas, partidárias ou eleitorais. Como se verá adiante, o arcabouço jurídico – assim como, em alguns casos, os juristas e profissionais do direito envolvidos em políticas públicas – também têm funções de definição substantiva de finalidades a serem alcançadas, assim como incumbências de articular ferramentas e processos, dividir funções e competências, tornar responsáveis agentes e arquitetar arranjos institucionais voltados para o desenvolvimento⁵.

⁵ Como explica Bucci, há um conjunto de tarefas jurídicas, assim como uma metodologia ou abordagem jurídica para analisar políticas públicas. A essa metodologia caberia “descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes” (Bucci, 2006: 47).

3.1.1 – Tipos ideais

Estudos mais recentes procuraram, por meio de generalizações, periodizações, recortes cronológicos e do emprego de tipos ideais weberianos, refletir sobre as interações entre direito e desenvolvimento, de modo geral. Sob um ponto de vista mais específico, tentaram também avaliar o desempenho de tribunais e seus efeitos econômicos⁶, os transplantes de modelos ou tradições jurídicas e seus impactos em novos contextos⁷, bem como os efeitos de variadas soluções jurídicas para a proteção de investidores⁸, entre muitos outros assuntos.

Trubek e Santos (2006) valeram-se de uma classificação baseada em “momentos”, isto é, períodos históricos associados a tipos-ideais de Estado nos quais, por hipótese, o direito desempenhou funções típicas na promoção do desenvolvimento. A seguir, com base nesses autores⁹, faço uma breve descrição de cada um desses momentos, procurando sublinhar os elementos e papéis jurídicos que marcam cada um deles.

No Momento 1, grosso modo correspondente ao interregno que vai do segundo pós-guerra do século XX até a emergência do pensamento neoliberal, o direito, sobretudo o direito público, teve a função de administrar a economia e contribuir para a

⁶ Pinheiro (1996).

⁷ Berkowitz, Pistor e Richard (2003).

⁸ La Porta *et al* (1998).

⁹ Vali-me ainda do esforço de periodização semelhante, embora baseado em outras categorias analíticas, de Kennedy (2006), que procura resgatar a história intelectual do campo do direito e desenvolvimento.

“modernização”, transformando sociedades tradicionais. Nesse sentido, o raciocínio e a prática jurídicas serviram como a ferramenta de transformação econômica e efetiva intervenção do Estado.

No Momento 1, o Estado, como protagonista, engendra planos de desenvolvimento, promove a substituição de importações (principalmente na América Latina), incentiva exportações (principalmente na Ásia), direciona investimentos para a indústria, considerada o motor do crescimento. Por trás disso estavam as suposições de que os mercados são fracos para promover a “decolagem” (*take-off*) necessária ao progresso e tendiam a resistir às mudanças, conservadores como eram, dar um impulso inicial (*big push*) e controlar setores-chave da economia, estimular a formação de poupança interna e criação de excedente para aumento da produtividade em ciclos sucessivos. Em economias nacionais, o direito implementa políticas econômicas keynesianas, matizadas, na América Latina¹⁰, pelas do estruturalismo cepalino e da teoria da dependência.

Durante as primeiras décadas do Momento 1 pode-se dizer que, de modo geral, as idéias macroeconômicas pautaram a agenda social, vinculando-a à meta do crescimento, com seus efeitos distributivos pretendidos. É verdade que nos Estados de

¹⁰ Uma boa representação desse modelo de direito na literatura jurídica brasileira é dada por Venâncio Filho (1998).

Bem-Estar europeus a tributação progressiva e as políticas sociais (posteriormente consideradas contra-producentes pela crítica neoliberal) operavam transferências de renda, o que não ocorreu, como regra, no mundo em desenvolvimento. Na Europa, a generalização dos sistemas públicos de proteção social passou a abarcar não apenas as classes trabalhadoras urbanas, mas toda a população, “universalizando-se, na maioria dos países, em um contexto de reafirmação das identidades e solidariedades nacionais e de fortalecimento dos Estados” (Cardoso Jr. e Jaccoud, 2005:187).

No Brasil, como em muitos outros países, a política social foi, ao longo do Momento 1, parte de um projeto baseado no desenvolvimento da produção econômica nacional, no trabalho assalariado¹¹ e na filantropia. Em meados da década de 1960, durante o período da “modernização conservadora” (correspondente ao período militar), houve uma reforma dos mecanismos institucionais, burocráticos e de financiamento que ampliou o alcance da gestão governamental no país. Por conta disso, a política social implementada ao longo desse período possibilitou, do ponto de vista econômico, uma “inequívoca expansão da oferta de bens e serviços que atenderam, sobretudo,

¹¹ A proteção social às populações vulneráveis “sem carteira assinada” continuaria, durante o período entre 1930 e 1980, orientada na forma de uma gestão filantrópica da pobreza, realizada predominantemente por instituições privadas que contavam com o apoio de financiamento público (Cardoso Jr. e Jaccoud, 2005:189)

as camadas de média e alta renda”, de modo a legitimar o regime militar junto a esses segmentos (Fagnani, 2005:18).

A esse modelo típico-ideal de Estado, dedicado a uma política nacional de desenvolvimento econômico ainda dissociada da dimensão social, corresponde um tipo de arcabouço jurídico que tem a incumbência primordial de institucionalizar e operacionalizar o impulso modernizante. O direito possibilita estruturação de uma tecnocracia voltada para a administração do aparato público, incluindo o gerenciamento de órgãos, empresas e interfaces institucionais, bem como a regulação setorial, o que acarreta uma abundante produção normativa. Regras jurídicas são utilizadas tanto para estruturar o próprio Estado, como para estimular setores específicos como siderurgia, construção civil, mineração, petroquímica, gás e petróleo, por exemplo. No limite, o direito é empregado para criar mercados inexistentes, estimulando fluxos e transações que de outra forma não existiriam.

Uma série de ferramentas jurídica é, nesse contexto, utilizada: controle de preços, subsídios, tarifas, quotas, linhas de crédito, licitações e compras públicas, incentivos e renúncias, fiscais, monopólios e bancos públicos. Os campos do direito administrativo, financeiro, tributário, comercial e corporativo são mobilizados pragmaticamente para pôr de pé um projeto de desenvolvimento industrial capitaneado por um Estado conhecedor de meios adequados para chegar a fins legítimos, dentre os quais o aumento da renda da população.

No Momento 2, o tipo-ideal correspondente à ascensão do pensamento neoliberal nos final dos anos 1970 e início da década de 1980 (alcançando a década de 1990 com o Consenso de Washington), o Estado retira-se do papel de condutor da economia diante do diagnóstico de que está acometido por uma crise fiscal e financeira, além de colonizado por interesses privados, inchado por contratações políticas e entorpecido por ineficiências. Trata-se do momento em que emergem lideranças políticas como Margaret Thatcher no Reino Unido, Ronald Reagan nos EUA, Augusto Pinochet, no Chile e Deng Xiaoping na China. Do ponto de vista das teorias econômicas, Milton Friedman e outros economistas de matiz liberal formulam ataques às soluções keynesianas, consolidando um período em que o monetarismo se tornou progressivamente influente.

O direito, sinteticamente, deixa de ser um instrumento pró-ativo do Estado e passa a ser o fundamento de uma economia de mercado, funcionando não mais como representação do poder público e sim como um limite ou um escudo a ele (Trubek, 2008b:18). O aparato jurídico passa a ser, com isso, entendido não mais como um criador ou institucionalizador de mercados e sim como um corretor de suas falhas. Por trás dessa premissa está a suposição, de origem neoclássica, de que a não ser pela existência de falhas, o mercado, caracterizado pelo automatismo, funciona adequadamente e tende ao equilíbrio. De acordo com essa visão, portanto, o Estado é, primordialmente, um elemento exógeno e não endógeno ao processo econômico (Singh et al, 1994). Assim, o direito atua mais como saneador de disfuncionalidades

eventuais ou localizadas que como estruturador permanente da economia, como no Momento 1.

No Momento 2 as políticas intervencionistas dão lugar ao ideário baseado na eficiência dos mercados, tanto mais eficientes quanto mais livres forem, seja no plano doméstico, seja no plano do comércio internacional. Nesse contexto, a preocupação com a equalização de renda presente nos Estados de Bem-Estar Social europeus, como já apontado no capítulo 1, perde espaço nas agendas políticas do mundo em desenvolvimento (e das instituições multilaterais que o monitora), cedendo lugar às políticas pontuais de mitigação da pobreza e de suprimento de necessidades básicas (*basic needs*), advogadas por Robert MacNamara, presidente do Banco Mundial nos anos 1970. Argumentos derivados da análise econômica do direito (*law and economics*), tanto em seu viés descritivo-empírico, quanto em sua versão normativa, que sugere que o direito deve mimetizar mercados desempenhando a função de maximizar a riqueza social agregada (Posner, 1980) tornam-se cada vez mais comuns.¹²

Em termos de ferramentas jurídicas, o Momento corresponde, sinteticamente, à utilização do aparato jurídico para “liberalizar” mercados. Rejeita-se uma intervenção estatal considerada intrusiva, por meio da introdução estímulos competição e à rivalidade entre agentes econômicos, de desregulação de setores até então subordinados a normas que

¹² O mesmo ocorre com a ciência política, que passa a ser vista com lentes econômicas após a emergência da *public choice*.

previam padrões técnicos, tecnológicos, metas de desempenho, bem como controlavam o ingresso e a saída de agentes nos mercados.

O direito administrativo em vários países é utilizado para, por meio de processos de privatização, retirar o Estado da economia, vender ativos públicos, atribuindo ao poder público um papel regulador de um jogo em que os jogadores são atores privados. A definição clara e a efetivação (*enforcement*) segura de direitos de propriedade e a função de reduzir custos de transação em prol da fluidez das trocas de mercado sintetizam as funções essenciais de uma ordem jurídica eficiente¹³.

Do ponto de vista das políticas sociais redistributivas, o Momento 2 é caracterizado, sobretudo nos países em desenvolvimento, pela subordinação do gasto público a objetivos macroeconômicos de estabilização e austeridade fiscal. Na prática, o gasto social é reduzido drasticamente, sistemas de pensões e aposentadorias são reformados e a ideia de “focalização” da política social, isto é, a priorização do atendimento aos pobres por meio de programas compensatórios, passa a dar a tônica das ações juntamente com outras medidas de caráter “produtivo”, voltadas para a formação de capital humano e ações básicas em saúde e nutrição (Draibe, 1997:6).

¹³ No Momento 2 estrutura-se, como se pode notar, o paradigma do *Rule of Law*, referido no item item 1.3, *supra*. Para uma visão crítica em relação ao *Rule of Law*, em especial à postura do Banco Mundial, veja-se Santos (2006).

No próximo capítulo retomarei os tipos ideais de Estado e de direito para discutir a existência (ou os indícios de existência) de um terceiro ou novo momento, correspondente a um novo tipo de desenvolvimento – distinto, pois, tanto do modelo desenvolvimentista do pós-guerra, quanto do modelo neoliberal, com características jurídicas supostamente próprias.

3.1.2 – *Potencialidades otimistas e pessimistas do direito*

Além da descrição de Trubek e Santos, há outras abordagens sobre as relações entre direito e desenvolvimento em etapas mais recentes do capitalismo. Davis e Trebilcock (2008) apresentam dois entendimentos, um deles otimista e outro pessimista, sobre a capacidade do direito de promover o desenvolvimento. A seguir, discuto-os brevemente com a finalidade de evidenciar que na visão pessimista há um claro viés contrário às políticas sociais redistributivas.

Uma análise jurídica otimista¹⁴ é aquela para a qual “o direito importa”, isto é, parte-se da suposição de que traços e características específicas do sistema jurídico de determinada sociedade desempenham um papel relevante na determinação do resultado do desenvolvimento. Além disso, aceita-se a premissa de que sistemas jurídicos efetivamente reagem como previsto em

¹⁴

Os autores otimistas seriam, para Davis e Trebilcock, David Trubek, Alvaro Santos (Trubek e Santos, 2006), Kerry Rittich (Rittich, 2006) e Rachel Kleinfeld (Kleinfeld, 2005).

resposta a esforços voltados para sua transformação. Crê-se, em suma, que é possível identificar e realizar mudanças no aparato jurídico capazes de, em última análise, promover o desenvolvimento. O otimismo, como se nota, reside na suposição de que o direito pode ser suficientemente maleável, flexível e adaptável para auxiliar planos de desenvolvimento.

Já a visão cética¹⁵ sugere que o direito pode influenciar o desenvolvimento, mas ressalva que seu papel é limitado porque encontra obstáculos de natureza histórica, política, econômica, social e cultural que limitam severamente suas chances de sucesso e, no limite, mostram-se intransponíveis. O direito não tem, em outras palavras, a plasticidade que a visão otimista sugere pois, como reflexo da sociedade, ele tem raízes profundas no *status quo*. Além disso, não é possível precisar que tipo de resultados serão produzidos por reformas ou iniciativas jurídicas pró-desenvolvimento porque elas são imprevisíveis em termos de resultados.

O ceticismo aqui se acentua à medida que não basta que haja boas intenções subjacentes ao uso do arcabouço jurídico em favor do desenvolvimento, pois em geral – sendo esse particularmente o caso de ações redistributivas – o que se tem ao final são consequências imprevistas e indesejadas, em regra contraproducentes. Ademais, uma visão cética parte da premissa de que os custos de implementação de reformas jurídicas direcionadas a objetivos de desenvolvimento fatalmente excedem os

¹⁵ Trubek e Galanter (1974) são citados como exemplos de autores céticos.

bem como, não raro, como resultado da incompetência, corrupção e de comportamentos oportunistas (*rent seeking*) dos agentes envolvidos.

Por isso, esforços para atingir equidade necessariamente resultam em diminuição dos níveis de renda total e uso menos eficiente de recursos, dados o conjunto de perdas e desperdícios intrínseco à redistribuição. Disso decorre o argumento, mais geral e centrado na visão segundo a qual o desenvolvimento se identifica com crescimento, de que esforços redistributivos previstos por meio de normas jurídicas bem-intencionadas e implementados por políticas públicas são equivocados, o que nos remete às objeções de F.A. Hayek e Bertrand de Jouvenel resumidas no primeiro capítulo¹⁷.

Mais adiante procurarei sustentar que o arcabouço jurídico pode desempenhar a importante tarefa de ajudar a reduzir as ineficiências de políticas públicas redistributivas, contribuindo para os esforços redução de desigualdade e erradicação da pobreza.

3.1.3 – *Direito como sujeito e como objeto*

Outra forma possível de abordar as relações entre direito e desenvolvimento reside na distinção entre ser o aparato jurídico sujeito ou objeto de estratégias de desenvolvimento. Em outras

¹⁷ Cf. item 1.5, *supra*.

de mundo¹⁸, mais intervencionistas ou mais liberais, a respeito do papel do Estado no desenvolvimento.

3.1.4 – *Direito social e a definição da propriedade*

Ainda como uma observação voltada para expor as premissas, o aspecto redistributivo do direito vem, por razões históricas que não podem ser ignoradas, associado a um tipo de configuração político-institucional denominada Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*¹⁹. Esse modelo de Estado, heterogêneo²⁰ como é, assumiu feições típico-ideais nas ciências humanas, de modo que, genericamente, é identificado com um tipo de organização que, entre outras coisas, encarrega-se de promover o bem-estar social por meio de ações redistributivas que encontram respaldo na legislação.

Assim, no Estado de Bem-Estar Social, como toda sua heterogeneidade, o aparato jurídico é encarregado não somente

¹⁸ Vale sublinhar que, como enunciado na introdução deste trabalho, não acredito que o fato de haver ideologias ou visões de economia política subjacentes ao debate sobre direito e desenvolvimento seja um problema. As ideologias são parte inseparável do tema do desenvolvimento e acompanhar desde sempre os debates calorosos sobre o papel do Estado na economia. Desde que explicitadas e não disfarçadas, elas tornam argumentos mais claros, não mais obscuros.

¹⁹ A rigor, a legislação inglesa denominada *Poor Law*, que data do século XVIII, costuma ser referida como o emprego pioneiro do direito para finalidades sociais séculos antes da emergência do *Welfare State*.

²⁰ Cf. item 2.1, *supra*.

palavras, pode-se compreender as formas pelas quais o aparato jurídico pode (ou pôde, se se tratar de uma análise retrospectiva) operacionalizar ou obstaculizar trajetórias de desenvolvimento, assim como se pode estudar o modo como leis, códigos e tribunais podem ser aperfeiçoados para viabilizar e desobstruir tais trajetórias.

No primeiro tipo de abordagem, o direito, por intermédio dos atributos que oferece e dos atores que o operam, é analisado como um dos agentes de implementação de planos ou políticas de desenvolvimento, isto é, como um vetor de transformação da sociedade – é o caso do Momento 1, acima resumido. No segundo tipo de abordagem, ele é analisado como objeto de políticas de desenvolvimento que buscam, entre outras coisas, transformar instituições jurídicas para, por exemplo, assegurar uma melhor definição de direitos de propriedade ou desempenho de contratos, caso em que o direito, ao invés de induzir mudanças sócio-econômicas é ele próprio alvo de reformas feitas em nome do desenvolvimento – sendo este o caso do Momento 2.

Contudo, ambas abordagens se confundem na literatura existente sobre o tema, de modo que nem sempre fica claro quando o direito desempenha o papel de protagonista ou quando ele é objeto de mudanças no contexto do desenvolvimento. Além disso, como se nota uma e outra estão ligadas, respectivamente, às visões otimista e pessimista, também já mencionadas e essas, por sua vez, são aparentemente inspiradas por ideologias e visões

ses, for de fato possível

ibutivas, está subjacente à
to, a premissa de há uma
cial. Isto é: quanto mais se
tica social, mais sacrifício
ade, empreendedorismo,
plo) haverá como efeito
e início com a publicação,
ity and Efficiency: The Big

o conflito entre eficiência
mais do que isso, implica
supõem sacrifícios. Para
promover mais equidade
a eficiência na gestão de
Okun valeu-se do seguinte
nsferida de um indivíduo
redistribuição de renda
iamente, em uma perda
pobre receba menos do
nefício da redistribuição.
a incidência de custos
os de “foco” das políticas,

maior profundidade em outro

incompletos e comprometidos se a propriedade não for definida pelo direito (Christman, 2002:195).

Essa compreensão da propriedade como convenção jurídica, e de sua apropriação como produto da ação estatal, da qual decorre a premissa de que não há “direito natural” à riqueza privada, se choca frontalmente com outras visões de mundo, sobretudo aquelas herdeiras do pensamento do filósofo inglês do século XVII John Locke. Para Locke, a propriedade precede o governo e é por ele inalienável, uma vez que não pode arbitrariamente dispor de bens materiais obtidos pelos indivíduos por meio de seu trabalho.

Contemporaneamente, filósofos políticos como Robert Nozick argumentaram, inspirados em John Locke, que a distribuição de bens somente é justa se for resultado de trocas livres entre indivíduos adultos cientes do que fazem, ainda que desigualdades graves decorram dessas trocas. Como se pode notar, subjacente a isso está a suposição de que há um direito natural inviolável à propriedade (Nozick, 1973). A redistribuição por intermédio do Estado, por consequência, não se justifica para Nozick²⁵ – conclusão, como se vê, oposta àquela a que chegam Murphy e Nagel, além de outros igualitaristas como John Rawls, para quem as desigualdades econômicas devem ser objeto de arranjos corretivos que beneficiem os indivíduos menos privilegiados da sociedade.

²⁵ “[T] here is no argument for a more extensive state based upon distributive justice” (Nozick, 1973: 126).

Enfatizando o componente estruturante do direito na sociedade e na economia, autores como Murphy e Nagel sustentam que a aquisição, troca e transmissão de propriedades como “a coisa mais natural do mundo” (Murphy e Nagel, 2002:8) seriam impensáveis sem o pano de fundo jurídico regulador criado pelo Estado (não a ele transcendente, portanto), de modo que não devemos considerar como dadas ou como “naturais” as divisões e alocações iniciais da propriedade antes da tributação e do gasto público, que são os mecanismos jurídicos que autorizam que a riqueza, uma vez distribuída, possa ser legitimamente apropriada pelos particulares²³. Para esses autores, conseqüentemente, ninguém tem direito à propriedade antes da ação distributiva do Estado, isto é, não há direito real prévio à redistribuição operada pela autoridade pública governada pelo direito²⁴. Em face disso, princípios distributivos ficam seriamente

²³ Cabe bem aqui a transcrição da célebre frase do jurista inglês do século XVIII William Blackstone, no Livro II, Capítulo I de seu *Commentaries on the Laws of England*: “Não há nada que impacte a imaginação e mobilize tanto as paixões da humanidade que o direito de propriedade, esta dominação única e despótica que o homem exerce sobre as coisas externas do mundo em total exclusão do direito de qualquer outro indivíduo do universo. Mesmo assim há poucos que se importam em considerar a origem e a fundação desse direito”. (“*There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe. And yet there are very few, that will give themselves the trouble to consider the original and foundation of this right*”).

²⁴ Uma versão resumida do argumento está em Murphy e Nagel (2001). Uma discussão aprofundada das relações entre direito e propriedade está na coletânea organizada por Wellman (2002).

objetivos, como a proteção dos direitos humanos ou a importância da igualdade de gênero (Rittich 2004: 211). Em outras palavras, o direito agrega ao debate sobre outras dimensões que outras disciplinas e desenvolvimentos não agregam: ele tematiza, dando-lhes um *status* racionaliza agendas políticas, institucionaliza agendas políticas, diferenciando ao positivá-las.

A função discursiva do direito pode ser exemplificada a partir do caso brasileiro, no que toca à questão da desigualdade e da pobreza. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 determina que as desigualdades regionais e sociais devam ser reduzidas e a pobreza deve ser erradicada (cf. art. 3º, III), passa a ser discursivamente indefensável a defesa de políticas públicas cujo objetivo seja concentrar de renda ou fomentar a pobreza, sendo questionável também a implementação de políticas inócuas em relação aos objetivos de reduzir a desigualdade e erradicar a pobreza.

Por isso, mesmo que a Constituição não seja precisa a ponto de determinar, por exemplo, qual índice Gini de desigualdade a sociedade brasileira deve alcançar, o fato de haver cláusulas redistributivas como essas funciona, do ponto de vista discursivo, como barreira simbólica para a formação de determinadas agendas políticas regressivas (concentradoras de renda), além de ser um referencial normativo – algo vago, é verdade – para legisladores, juízes e administradores públicos em seu trabalho de interpretar e aplicar a lei.

Controvérsias teóricas à parte, fato é que, na prática, políticas sociais e de redistribuição de renda por intermédio do Estado e do direito ocorrem em todas as sociedades, sobretudo nas mais ricas. Não há país rico e desenvolvido cujo sistema jurídico, político e econômico não defina e distribua a propriedade em alguma medida, promovendo ao mesmo tempo diferentes formas de transferências de renda entre grupos e classes, nelas variando a intensidade e o grau de progressividade. Reconhecer esse dado empírico é imperativo e nos leva à indagar sobre uma questão mais importante, a respeito de como o direito social promove a redistribuição e, especificamente, sobre como ele pode fazê-lo com alto grau de eficácia e baixa perda de eficiência econômica como efeito “colateral”.

3.2 – *Funções do direito no desenvolvimento*

“O direito é uma condição de possibilidade tanto da justiça social quanto da participação democrática”, afirma Rittich, em um estudo voltado para a discussão das tarefas desempenhadas pelo direito em políticas sociais (2004: 204). Nele, Rittich sustenta que o direito é um elemento indissociável do desenvolvimento e que ao arcabouço jurídico cabe desempenhar três tipos de funções de escopo amplo: discursiva, distributiva e constitutiva.

O direito desempenha uma função discursiva à medida que a linguagem dos direitos subjetivos – isto é, “ter direito a algo” – é localizada para chamar atenção e assegurar prioridade a certos

O direito tem uma função distributiva porque normas jurídicas (diferentemente de “leis” econômicas, físicas, biológicas, normas morais ou dogmas religiosos), como visto acima, têm o condão de alocar poder e recursos perante grupos sociais. O conteúdo jurídico de normas direta ou indiretamente associadas a objetivos de desenvolvimento é, por isso, crucial para definir, por exemplo, que cidadãos ricos devem pagar alíquotas de impostos mais altas que cidadãos pobres ou idosos (ou que portadores de deficiência têm direito à seguridade social ainda que não tenham feito contribuições à previdência social) de modo que, se o gasto público também for progressivo, haverá transferência de renda dos primeiros para os segundos.

O direito, em sua função distributiva, estrutura, articula e põe em curso todo um feixe de políticas de previdência e assistência social, regula finanças públicas, a moeda, o crédito, a taxa de juros, desapropria a terra para fins de reforma agrária e, no campo privado das relações econômicas, molda arranjos voltados para desobstruir fluxos econômicos, influenciar o comportamento de agentes econômicos, regular tarifas e preços públicos e estimular o crescimento econômico, que também tem impactos distributivos, como visto no primeiro capítulo.

Nesse sentido, se por um lado, entendido como uma ferramenta de regulação da economia, o direito é um permanente alocador de riquezas e também de oportunidades, por outro é preciso notar que nada assegura que as alocações sejam justas, como evidenciam os exemplos brasileiros da

tributação e das aposentadorias e pensões mencionados²⁶. Por isso, a compreensão da história e da configuração social presente de determinado país ou sociedade pode se beneficiar de uma reconstrução jurídico-redistributiva, feita como o objetivo de esclarecer, entre outras coisas, que grupos ou classes sociais foram privilegiados (ou preteridos) pela edição de certas leis ou pela implementação adequada ou enviesada de certas políticas públicas.

Por fim, Rittich afirma que o direito desempenha uma função constitutiva do próprio desenvolvimento. Isso significa que o aparato jurídico tem a tarefa de tentar construir e reconstruir permanentemente o significado do desenvolvimento. A criação de certa instituição e o reconhecimento de certos direitos têm, além de funções discursivas e distributivas, também um singular conteúdo definidor do que vem a ser o desenvolvimento naquela circunstância ou momento histórico (Rittich 2004:205). Seja no nível do direito interno, seja no nível do direito internacional²⁷, o que se entende por desenvolvimento

²⁶ Por isso, é importante que as alocações promovidas pelo arcabouço jurídico contem com mecanismos de monitoramento, previstos pelo próprio direito, que assegurem que a distribuição se dê no sentido desejável e que haverá o menor grau possível de desperdício. Ver, quanto a este ponto, o item 3.3, *infra*.
²⁷ A Declaração do Milênio, feita pela Assembleia Geral da ONU em 2000, por meio da qual os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio foram sacramentados, é um exemplo de como o arcabouço jurídico internacional pode ser mobilizado para agregar sentido à noção de desenvolvimento. O oitavo objetivo do milênio, de promoção de uma parceria global para desenvolvimento, é especialmente ilustrativo de como o discurso jurídico dos contornos constitutivos ao desenvolvimento. Nele a Assembleia Geral da ONU menciona metas relacionadas a vários campos – sistemas financeiros, pobreza

é, portanto, em parte uma construção jurídica, constantemente interpretada e reinterpretada por distintos atores, que paulatinamente lhe reduzem a vagueza.

Dito isso, entendo ser possível afirmar que o desenvolvimento possui uma faceta jurídica relevante, que pode ser tanto positiva quanto negativa, embora isso esteja longe de esclarecer, do ponto de vista prático, em que exatamente essa faceta consiste. Restam muitas perguntas e desafios a respeito do papel do direito no desenvolvimento para os quais as respostas não são claras nem evidentes. Como se manifestam, em situações concretas, as funções discursiva, distributiva e constitutiva, acima mencionadas? Como identificá-las e distingui-las na prática quotidiana das políticas sociais?

A questão em torno das funções ou tarefas desempenhadas pelo direito no desenvolvimento requer maior aprofundamento e, para tanto é necessário fazer uso de uma abordagem mais aplicada. Tal aprofundamento, todavia, encontra limites em categorias genéricas e estilizadas que os esforços de teorização em regra trazem consigo. Tratando-se de uma investigação sobre a interação de assuntos tão vastos e ao mesmo tempo localizados no espaço e no tempo, o emprego de tipologias e classificações passa a ter utilidade reduzida, pois não é capaz de capturar as especificidades de políticas de desenvolvimento, cada uma delas dotada de roupagem jurídica própria.

gestão pública, dívida externa, combate à pobreza, acesso a medicamento e novas tecnologias – como ingredientes do desenvolvimento.

Por isso, para avançar na investigação a respeito das funções do direito no desenvolvimento foi necessária a realização de pesquisa empírica, razão pela qual realizei os dois breves estudos de caso do próximo capítulo. Como uma etapa preparatória para isso, procurei elaborar um método simplificado no compreender os papéis que o direito desempenha no desenvolvimento.

Esse recurso metodológico consiste em identificar certos papéis desempenhados pelo direito e por seus operadores em políticas públicas específicas. Esses papéis fundamentalmente consistem em apontar fins, oferecer ferramentas e estruturar arranjos institucionais complexos que tornem eficazes essas políticas.

3.2.1 – *Direito como objetivo*

Enxergar o direito como objetivo nos leva ao desafio não trivial de identificar, no emaranhado normativo, quais são os “pontos de chegada” das políticas de desenvolvimento. A compreensão clara das finalidades previstas pelo direito é imprescindível para que ações públicas concatenadas e coerentes sejam adotadas tendo em vista tais fins, isto é, evitando que metas presentes na legislação sejam perdidas no não raro tortuoso processo de diagnóstico, concepção e implementação de políticas públicas.

Praticamente falando, conceituar o direito como objetivo corresponde à tarefa de depurar fins em princípios jurídicos, leis e regulamentos, conferindo-lhes objetividade e operacionalidade. Significa traduzir a linguagem normativa presente na legislação para decisões e planos de ação no nível executivo da gestão pública, ligando o nível abstrato das normas constitucionais e leis ao campo da gestão pública como uma tarefa da qual se incumbem não apenas o administrador público, o economista e outros, mas também o jurista.

Enxergar o direito como objetivo, em resumo, traduz o processo pelo qual são definidos em termos práticos os escopos de determinada política pública para que ela esteja em consonância com a legislação e com as demais políticas existentes²⁸, assegurando com isso que haja integridade entre fins e meios e coerência no que toca à multiplicação de iniciativas públicas. Sem dúvida que se trata de uma atividade interpretativa, com a peculiaridade de que se trata de interpretar normas para transformá-las em ações tecnocráticas de governo voltadas para o desenvolvimento.

Por isso, para efetivar escolhas políticas legítimas, reduzir o risco de dispersão de objetivos, perda de objeto e confusão de

²⁸ Existe uma grande variedade de políticas sociais. Elas abrangem áreas como a cultura, a educação, o acesso a serviços públicos, finanças, saúde, habitação, emprego, desenvolvimento rural, comércio, transportes, turismo, entre outras. Assim, é crucial que a política em questão seja, do ponto de vista jurídico, compreendida tendo em consideração o que já existe em termos de legislação relativa a outras políticas dirigidas a outras áreas.

escopo é que faz sentido compreender que umas das funções do direito e dos juristas no desenvolvimento é construir o mais objetiva e transparentemente possível os pontos de chegada da políticas públicas. Logo, descrever o direito como o objetivo demanda, adicionalmente, que a mencionada tradução estão linguagem normativa para as ações práticas, dentre as quais estão uma série de decisões alocativas de recursos escassos, seja feita de modo fundamentado, por meio de uma argumentação interessado, em documentos sujeitos ao escrutínio do público interessado além do recurso a mecanismos de consulta, colaboração e decisão conjunta (Ortiz, 2008).

Disso se conclui que o direito como objetivo de uma política pública tem a função adicional de assegurar que ela não escape aos mecanismos de *accountability* que por sua vez asseguram que o desenvolvimento se dê de acordo com as regras do processo democrático e não às margens dele.²⁹

3.2.2 – Direito como ferramenta

Enxergar o direito como ferramenta é, diferentemente, uma forma de tornar mais eficaz o difícil trabalho de selecionar os meios empregados para perseguir os objetivos pré-definidos. A escolha entre diferentes racionalidades e estratégias de ação do

²⁹ Sobre a importância da *accountability* de políticas públicas veja-se, por exemplo, Abrucio e Loureiro (2005) e também Bucci (2000).

Estado na economia dependendo dos fins visados, a seleção entre diferentes estilos de políticas públicas, a análise de estratégias de determinação e indução de comportamentos, o alinhamento de incentivos e o desenho de sanções podem ser, nesse contexto, entendidos a partir da suposição de que o direito, além de apontar objetivos, instrumentaliza e operacionaliza políticas de desenvolvimento. Desde esse ponto de vista, o direito é uma espécie de “caixa de ferramentas” de políticas públicas, que executa tarefas-meio de forma mais ou menos eficaz.

A opção por políticas distributivas “focadas”, isto é, direcionadas a grupos sociais considerados prioritários em detrimento da opção por políticas sociais “universais”, isto é, não discriminatórias (ou vice-versa) é um exemplo de como é possível escolher entre configurações jurídicas diferentes no momento de implementação de um objetivo como a redução da pobreza, a depender do caso.

Com efeito, em países em desenvolvimento, muitas políticas universais foram adotadas a partir da suposição de que a focalização tem um custo elevado. Ocorre, como anota Ortiz (2008:229), que os efeitos dessa decisão nem sempre foram positivos, pois em razão da reduzida cobertura, os benefícios da política terminaram capturados por grupos sociais mais ricos e influentes, frustrando a intenção universalizante e gerando efeitos regressivos. Por isso, a opção por coberturas amplas ou pela escolha de grupos prioritários de beneficiários não é uma

questão ideológica e sim uma escolha de meios, com suas implicações jurídicas³⁰.

Da mesma forma, a combinação do universal com o focalizado tendo em vista a efetividade do gasto público não deixa de ser um exercício parcialmente jurídico, que demanda criatividade e experimentalismo dos operadores do direito encarregados de normatizar a política pública e, em seguida, de executá-la.

Assim, se é verdade que a desigualdade e pobreza podem ser atacada de distintas formas – tanto por meio de ações voltadas para o crescimento, quanto por medidas redistributivas que transfiem renda das franjas mais ricas para os estratos mais pobres da sociedade, ou também pela criação de seguros sociais, por exemplo – escolher entre possibilidades (ou combiná-las) e executar essa decisão implica outra opção relevante, traduzida na seguinte pergunta: quais são as ferramentas, soluções ou institutos jurídicos mais adequados? Que vantagens e desvantagens possuem, tendo em vista os objetivos pré-definidos e identificados em termos de escopo da política?

Entre mecanismos de monitoramento baseados na rígida técnica do comando e controle ou, alternativamente, em regras mais flexíveis, entre diferentes tipos de sanções, formas de

³⁰ Por exemplo, quando há poucos pobres e a política for voltada para a erradicação da pobreza, em tese faz mais sentido apostar na focalização, mas quando a pobreza é disseminada, os custos administrativos, de monitoramento e operação da política tendem a superar seus benefícios.

avaliação e reavaliação, na opção por arranjos orçamentários, entre soluções mais ou menos custo-efetivas, filtros e critérios de seleção de destinatários, entre mecanismos de resolução de conflitos, possibilidades de diálogo institucional com outras políticas em curso, bem como a elaboração de procedimentos que assegurem revisibilidade, adaptabilidade e alguma margem de experimentação – todos eles importantes componentes de políticas de desenvolvimento – reside uma demanda complexa por soluções jurídicas-meio. Em face disso, parece-me fazer sentido, em suma, partir da premissa de que o direito pode, com ganhos qualitativos de análise, ser entendido com um conjunto de ferramentas do desenvolvimento.

3.2.3 – *Direito como arranjo institucional*

“O desenvolvimento não é mais primariamente visto como um processo de acumulação de capital, mas sim como um processo de mudança organizacional” (Hoff e Stiglitz, 2001:389). Diante dessa afirmação, pensar em direito como arranjo institucional significa associar o desenvolvimento a um grande esforço de administração pública no qual objetivos são implementados de acordo com uma construção jurídico-institucional que implica, entre outras coisas, partilhar responsabilidades entre atores públicos e privados. Dito de outra forma, a gestão do desenvolvimento requer estruturas jurídicas capazes de fazer com que objetivos se convertam em ações

baseadas na escolha de ferramentas de modo que não haja, do ponto de vista da divisão de tarefas, sobreposições, lacunas ou rivalidades em políticas públicas.

Como as instituições organizam práticas de administração e políticas públicas, conectam atores, criam compartilhados, permitem que expectativas e sentidos comuns sejam operadores na há, enfim, um papel central para o direito e seus operadores para criação e estruturação de arranjos institucionais eficazes para políticas públicas pensadas individualmente ou como iniciativas articuladas.

Como anota Ortiz (2008:206), em políticas sociais (em particular aquelas voltadas para o combate à pobreza), resultados positivos são obtidos não somente a partir de ações nos níveis locais, mas, sobretudo, como efeito da articulação de políticas no nível macroscópico. Draibe (1997:12) corrobora esse ponto sustentando que políticas sociais só têm eficácia quando atuam de modo integrado sobre as condições de vida dos segmentos sociais por elas visados. Isso significa que políticas específicas de redução da pobreza e da desigualdade devem estar em sintonia entre si e também com políticas econômicas, de emprego, educação, saúde, previdenciárias, entre outras.

Logo, entender o direito como arranjo institucional de políticas públicas sugere que subjacente a estratégias de desenvolvimento haja um “mapa” jurídico de articulação de tarefas e órgãos encarregados de implantá-las. Por meio desse mapa, a institucionalidade de políticas sociais efetivas pode se

	Direito como objetivo	Direito como ferramenta	Direito como arranjo institucional
perguntas-chave	A que grupo social a política é (ou deverá ser, se se tratar da fase de concepção) dirigida? Que ordem de prioridades deve ser estabelecida? Qual é o plano de ação jurídico?	Quais são os meios jurídicos adequados, considerando os objetivos? Quais as soluções mais custo-efetivas?	Quem faz o que, com que competências? Como institucionalizar a política e articulá-la com outras existentes?
Racionalidade	Substantiva	Procedimental	Estrutural
Exemplo: políticas redistributivas	Reduzir a desigualdade e erradicar a pobreza	Utilizar o sistema tributário ou seguros sociais para beneficiar os destinatários	Racionalizar recursos, evitar desperdícios, lacunas, sobreposições e disputas no interior do governo

3.3 - Eficiência e equidade nas políticas públicas redistributivas

Como afirmado, uma das funções do direito na realização de objetivos distributivos associados ao desenvolvimento é a estruturação e a implementação adequada de políticas públicas sociais de cunho redistributivo capazes de reduzir a pobreza e a desigualdade. Neste tópico procuro desenvolver essa idéia

reforçada. Metas contemporâneas da “engenharia” institucional, como a descentralização, a conjugação de esforços públicos e privados, a integração de programas e o aproveitamento de sinergias entre eles³¹, em síntese, dependem em uma medida não desprezível da qualidade do arcabouço jurídico que molda políticas públicas.

A tabela abaixo sintetiza os papéis do direito no desenvolvimento acima descritos:

	Direito como objetivo	Direito como ferramenta	Direito como arranjo institucional
Conceito	Direito define os fins do desenvolvimento e permite a identificação do escopo da política pública, assegurando seu controle democrático	Direito cria e seleciona ferramentas para implementação dos fins e para o controle democrático das políticas	Direito define e estrutura tarefas, divide de competências e articula iniciativas no setor público

Essas são as diretrizes de reorganização de sistema de políticas sociais descritas como desafios contemporâneos por Draibe (1997).

argumentando que tais políticas enfrentam o complexo desafio de maximizar ganhos de equidade e minimizar perdas de eficiência e desperdícios e que, nessa empreitada, o direito também tem um papel central.

A discussão aqui proposta também guarda relação próxima com a literatura que identifica nas instituições um papel-chave no desenvolvimento. Essa literatura é fragmentada e recebe influxos de diferentes matizes ideológicos, bem como observa procedimentos metodológicos distintos. Desde uma perspectiva econômica neoclássica, autores como Ronald Coase (1992), Oliver Williamson (1985) e Douglass North (1990) produziram uma série de reflexões a respeito do modo como instituições, ao definir direitos de propriedade, reduzir custos de transação, promover a competição entre agentes econômicos e maximizar o desempenho de autoridades judiciárias, colaboram para o desenvolvimento.

De um ponto que leva em consideração não somente a busca da eficiência no funcionamento dos mercados, abarcando também aspectos de economia política e a dimensão social subjacente às instituições econômicas, autores heterodoxos como Chang (2006) e Evans (2005) igualmente se dedicam ao tema. Chang, por exemplo, argumenta que as instituições desempenham pelo menos três papéis na promoção do desenvolvimento econômico: elas asseguram coordenação e administração, fomentam aprendizados e inovação e, em terceiro

lugar, promovem redistribuição de renda e coesão social (Chang, 2006:2).³²

A terceira função das instituições no desenvolvimento (distribuir renda) interessa diretamente aos propósitos deste trabalho, mas também a função de coordenação e administração é importante para o argumento aqui defendido. Se é verdade que instituições não desempenham somente funções-fim, delimitadas conforme o escopo que define sua existência, mas também as funções-meio organizacionais, isto é, de coordenar e articular atores, decisões, conhecimentos e práticas e se é também verdade que o direito é um componente fundamental na criação de instituições, então se pode dizer que a ele cabe a função de assegurar parte da eficácia de políticas públicas no que respeita às tarefas de coordenação e de administração institucional.

Ao mesmo tempo, se é verdadeiro que instituições como a previdência social, a tributação e a assistência social são, potencial ou efetivamente, capazes de distribuir renda e se é verdade que, tal como já defendido, elas são forjadas e articuladas pelo direito em sua função de arquiteto institucional, é possível retomar a afirmação de que o aparato jurídico tem um papel redistributivo não negligenciável em políticas públicas. Seja porque molda

³² Distinguindo entre formas e funções institucionais, Chang complementa argumentando que é possível pensar também em outras funções desempenhadas por instituições voltadas para o desenvolvimento (indo além das três mencionadas), além de apontar para o fato de que uma mesma instituição pode servir para mais de uma função ou que a mesma função pode ser desempenhada por instituições diferentes (Chang, 2006:2).

instituições (como a propriedade) em vários níveis, seja porque as põe em marcha, seja porque permite sua avaliação e ajuste, o direito é, como defendido no tópico anterior, em boa medida responsável pelas transferências de riqueza nas sociedades capitalista.

Entretanto, nem sempre as transferências de renda caminham na direção “correta”, isto é, dos mais ricos para os mais pobres, e nem sempre elas se realizam sem desperdícios de recursos. Em relação às transferências regressivas, pode-se considerar duas possibilidades explicativas: elas são resultados de decisões políticas³³ (ilegítimas, pode-se dizer) ou são oriundas de falhas de implementação de políticas públicas. No caso das transferências que implicam gastos desnecessários e desperdício, pode-se igualmente cogitar de falhas de implementação ou, em casos extremos, desvios de recursos ou de corrupção.

Meu argumento se concentra nas falhas de implementação e supõe que pode haver por trás delas erros ou falhas jurídicos que comprometem a efetividade de políticas sociais³⁴. Em outras palavras, por causa de equívocos ou defeitos jurídicos de

³³ Não raro, elites e interesses políticos procuram ceifar na origem – ou enfraquecer ao longo da implementação – o potencial distributivo de políticas sociais, sendo também corriqueiras no mundo capitalista subdesenvolvido situações em que não há fontes de financiamento disponíveis para tornar reais essas políticas, de modo que somente alcançam uma parcela privilegiada da população. Há ainda obstáculos de natureza social, cultural ou psicológica – produzem efeitos distributivos indesejados e desconfiança, por exemplo, que Ver item 2.4, *supra*.

implementação, o efeito distributivo de políticas sociais pode ser neutralizado ou mesmo revertido, ou seja, pode resultar excessivamente custoso ou regressivo. Quando isso ocorre, o direito cristaliza a desigualdade e contribui para a estagnação ou aumento dos níveis de pobreza. Ao invés de desempenhar o papel (no caso brasileiro, constitucionalmente previsto) dos "Robin Hood" – alusão ao personagem folclórico que tirava dos ricos para dar aos pobres, a ordem jurídica, tal como aqui compreendida no contexto das políticas públicas, termina por desempenhar um papel conservador.

Por isso, cabe, em grande medida, ao direito das políticas públicas redistributivas evitar que as distorções e falhas de diferentes naturezas, mas sobretudo aqueles resultantes da própria estruturação e operação jurídica dessas políticas, ocorram. Sustento, diante disso, que uma das principais funções que o direito – e seus operadores – pode cumprir em políticas de desenvolvimento voltadas para a redução da pobreza e da desigualdade é a de minimizar desvios de finalidade, erros de inclusão e exclusão³⁵, obliteração do escopo, desperdícios de recursos, multiplicação desnecessária de tarefas, a existência de lacunas e de disputas de competência, a falta de transparência e controle social no desenho, implementação e avaliação dessas políticas, bem como toda a sorte de ineficiências (expressão adotada aqui como designação genérica) que façam com que o

³⁵ Isto é, incluir como beneficiário quem não é alvo da política (erros de inclusão) e deixar de incluir como beneficiário quem é alvo da política (erro de exclusão).

esforço de desenvolvimento tenha custos sociais desnecessários ou produza efeitos concentradores de renda. Ao fazê-lo, o direito, como uma tecnologia, assegurará ganhos de equidade, isto é, melhoras qualitativas nos índices de desigualdade e pobreza, com isso, contribuirá para o desenvolvimento.

Não se trata aqui, vale dizer, de aceitar a premissa neoclássica de Arthur Okun de que existe um *trade-off* fatal e inescapável entre eficiência e equidade, pois a idéia de *trade-off* no limite sugere que a eficiência e a equidade tenham o mesmo peso enquanto fins – o que não é o caso – e que políticas públicas sociais de alto custo não sejam implementadas porque como regra levam a perdas de eficiência.

Meu argumento, baseado em estudos econômicos recentes³⁶, é de que políticas sociais voltadas para a redução da desigualdade e da pobreza devem ser postas em prática porque elas colaboram para aumentar a eficiência da economia no longo prazo. Essa visão, como se vê, recusa a relação de exclusão entre eficiência e equidade, direcionando o debate sobre políticas públicas sociais do “tudo ou nada” para uma questão de grau – o grau de sua eficácia.

Em resumo, sendo a eficiência um meio e não um fim³⁷, e sendo a igualdade um dos fins legítimos do desenvolvimento, faz

³⁶ Conforme item 1.6, *supra*.

³⁷ Esse é o argumento de Dworkin em seu clássico debate com Posner a respeito da eficiência econômica como critério de justiça. Veja-se, principalmente, Posner (1980) e Dworkin (1986).

sentido argumentar que o direito, como elemento importante no desenho de instituições e na estruturação das políticas públicas, deva maximizar o potencial redistributivo e minimizar as perdas de eficiência desempenhando adequadamente os papéis aqui descritos ou outros que melhor retratem suas funções no desenvolvimento³⁸.

A discussão proposta aqui a respeito dos papéis do direito em políticas públicas redistributivas tampouco corrobora as críticas pessimistas dos liberais Hayek e Jouvenel, expostas no primeiro capítulo³⁹. Ao contrário. O ceticismo com que analisam essas políticas deve ser visto com ressalvas e críticas por várias razões.

³⁸ É o que parece concluir Blank (2002:25) no seguinte trecho: “A despeito da atenção extensiva da literatura econômica a custos de eficiência de programas de transferências, tem sido dada pouca atenção às formas de minimizar tais custos. (...) Minha revisão das evidências sugere que o *trade-off* equidade/eficiência pode ser baixo em pelo menos três situações: quando o benefício público é direcionado a populações particulares que não tem capacidade de [por si só] alterar seu comportamento; quando ele é direcionado a programas particulares que combinam mandatos comportamentais com transferência de pagamentos; e quando ele subsidia o acesso a mercadorias específicas que funcionam como investimentos de longo prazo (*Despite extensive attention in the economics literature to the efficiency costs of transfer programs, there has been little attention focused on ways to minimize such costs. My review of the evidence suggests that the equity/efficiency tradeoff may be low in at least three situations: when public assistance goes to particular populations that have no capacity to change their behavior; when it goes to particular programs that combine behavioral mandates along with transfer payments; and when it subsidizes access to particular commodities that function as long-term investments*”).

³⁹ Cf. item 1.5, *supra*.

Nem um nem outro se voltaram para a realidade do subdesenvolvimento, tampouco consideraram os efeitos perversos que a desigualdade causa para o próprio capitalismo. Hayek e Jovenel de fato não desenvolveram suas teorias com olhos voltados para países de industrialização retardatária, com instituições jurídicas regressivas e enredados em armadilhas da desigualdade, como o Brasil. Tanto um como outro digladiaram-se contra o socialismo no contexto da guerra fria. Suas objeções, por isso, estão localizadas no tempo e se lastreiam fundamentalmente no receio de que o comunismo se espalhasse para o mundo capitalista, a começar pela Europa social-democrata.

Mais do que tudo, Hayek e Jovenel não levaram em consideração que o arcabouço jurídico do Estado de Bem-Estar Social pode ser sofisticado e aprimorado para funcionar de modo mais transparente e minimizar ineficiências. Diferentemente, ambos descartavam o papel distributivo das políticas governamentais sem maiores considerações sobre como aperfeiçoar mecanismos de controle social ou sobre como reduzir a incidência dos males por eles apontados.

Hayek e Jovenel opuseram-se por princípio à redistribuição e alinharam uma série de distorções e efeitos contra-producentes das políticas públicas redistributivas. Esses efeitos são, resumidamente, relacionados ao fato de que a redistribuição é paternalista porque substitui a vontade do indivíduo pela vontade do Estado, além de gerar desincentivos ao trabalho, privilegiar

minorias politicamente influentes, bem como supõe um grau de informação e conhecimento a respeito da economia que o Estado não possui e jamais possuirá.

Contemporaneamente, porém, políticas redistributivas não podem ser simplesmente efeitos, supondo que eles preservam a autonomia dos indivíduos beneficiários, alinhar incentivos ao trabalho, reduzir os erros de inclusão e exclusão, aumentar o grau de foco⁴⁰, conciliar alto impacto com baixo custo e reunir (e manter atualizadas) informações das quais depende a eficácia do programa. Ademais, devem estar sintonizadas com políticas voltadas para a promoção do crescimento, do qual a sustentabilidade de redistribuição depende. Para tanto, é importante que sejam também apoiadas por coalizões políticas que resistam às pressões e às investidas das elites contrárias à redistribuição.

Evidentemente que, para isso, é necessário um significativo investimento público, isto é, uma aposta nos papéis distributivo, instrumental, estruturante e democratizante do direito público. Dito de outra forma, sem um Estado forte e dotado de uma burocracia capacitada para tanto, políticas públicas redistributivas têm tudo para dar errado e gerar desperdícios. No limite, portanto, trata-se de uma escolha política de investimento

⁴⁰ Quando se tratar de políticas “focadas”, que podem ser compatibilizadas com políticas “universais”, de modo que entre ambos os tipos de políticas sociais não há antagonismo e sim aplicação seletiva, a depender do escopo.

na capacitação da tecnocracia estatal. Essa escolha seguramente tem um custo elevado, mas há boas evidências de que vale a pena nele incorrer.

No próximo capítulo, analisando duas políticas públicas brasileiras específicas, procurarei identificar o papel do direito a partir das categorias aqui sugeridas, testando seu potencial explicativo.