**Clune, William (1993). Law and Public Policy: Map of an Area.**

2 Southern California Interdisciplinary Law Journal 1

**Fichamento**

**Tópico introdutório**

* Qual o significado da expressão “direito e política pública” e a complicada relação entre essas duas ideias.
* Policy, um termo muito disseminado no governo, especialmente desde o advento do **realismo jurídico**, que o **discurso jurídico passa a se apoiar muito em argumentos de política**, algo periférico e poderoso sobre o significado do texto.
1. **O PROBLEMÁTICO *OVERLAP* ENTRE POLÍTICA PÚBLICA E DIREITO**

Por definição, todo direito é política pública e toda política pública é direito.

1. **O que é política pública?**

Política pública tem as seguintes características:

1. Se preocupa com o bem estar das pessoas em **questões materiais** e essenciais da vida (ex. alimentação e saúde), não com questões culturais ou espirituais;
2. Se preocupa essencialmente com a produção, consumo e índices elevados de **desempenho econômico**;
3. É orientada a **resultados ou consequências**, mais do que ao sentido do texto e à justiça filosófica;
4. Se preocupa o **bem estar agregado ou do grupo**, não com a justiça individual, como costuma acontecer;
5. É baseada na **direção central**, por que o Estado herda problemas criados pelo mercado e não resolvidos por ele (falhas de mercado). Não inclui a resolução de disputas, embora possa influenciá-las de maneira significativa, induzindo a agregação de demandas [ações coletivas] (ex. litígios complexos) e solução informal de disputas [meios alternativos] como expedientes menos dispendiosos;
6. É baseada na **ação descentralizada**, que deriva de 3 características da pp no Estado moderno: i) o objetivo de desempenho econômico em altos níveis depende da **cooperação ativa de indivíduos e unidades sociais**; ii) o crescimento de instituições autônomas e altamente **interdependentes**;iii) limitações financeiras decorrentes da eficiência econômica, favorecendo a participação voluntária de baixo custo;
7. **Tensão entre direção centralizada e execução descentralizada como o problema central de política pública[[1]](#footnote-1)**;
8. Dependência de **dados**; sofisticação dos sistemas de política pública relacionada à sofisticação dos sistemas de dados;
9. Preocupação com **eficiência e equidade**. Voltada a objetivos socialmente agregados (riqueza social e eficiência) e bem estar de subgrupos (equidade).

**Áreas principais**: política econômica, meio ambiente (em relação com os efeitos da produção e consumo); ciência e tecnologia (em que a regulação é ao mesmo tempo essencial e disruptiva); saúde e reprodução; educação e treinamento (no sentido de educação profissional, formação de capital humano); imigração (o movimento de capital humano que também cria problemas de bem estar) e finalmente, a organização política que dá suporte ao *policy making* nessas áreas (enfrentando os problemas sempre sérios de limitações orçamentárias e prioridades).

1. **Origens das políticas públicas no welfare state moderno**
* Welfare states são caracterizados por **enorme crescimento da riqueza e tamanho do governo**.
* Presença de **instituições sociais altamente interdependentes**.
* Realizar objetivos pela **ação descentralizada** tornou-se o foco primário da política em organizações econômicas de larga escala.
1. **O que é direito?**
* Direito é **exercício de autoridade**, um comando expressando a expectativa de obediência de sua própria autoridade, uma expressão da autoridade que determina cumprimento.
* Direito também é o **exercício da autoridade pelo Estado**, ainda que haja exercício da autoridade fora do Estado. A autoridade estatal se distingue por se proclamar a **autoridade suprema, aquela com autoridade para comandar outras autoridades**. (Lindblom)
* [paralelo com a noção de “competência das competências”, do direito alemão]
* Finalmente, o direito é estruturado para expandir a liberdade de algumas pessoas, ao mesmo tempo em que restringe a de outros.
1. **A influência das políticas públicas sobre o direito e a conformação das instituições jurídicas**

Depois de ter discutido a direção política que se impõe ao direito, por influência das políticas públicas, e a natureza do direito enquanto instrumento político, passa-se a discutir a influência das políticas públicas sobre o direito e como essas o conformam.

1. **A estruturação do direito em torno de problemas de desempenho econômico**

O direito tenderá a ser organizado em função dos maiores problemas de desempenho econômico das modernas economias: regulação da economia, transferências de renda, saúde, educação e formação profissional, emprego, meio ambiente etc.

1. **Cooperação social e produto social líquido positivo**

Os esforços para levar os conflitos sociais numa direção social positiva é o maior enigma do *welfare state* moderno.

[A negação do conflito é típica do pensamento conservador. A despeito disso, a lógica de políticas públicas, quando presente, tende, realmente a minimizar os aspectos conflitivos das políticas. A construção de programas se baseia na formação de consensos. Daí que a lógica de políticas públicas não se compatibilize com a polarização política extrema.]

1. **Persistência das estruturas legais ao longo do tempo**

A estrutura regulatória é complexa e leva tempo para se desenvolver. A existência de estruturas facilita o investimento social.

1. **Organização em torno de grandes agregados sociais**

A organização econômica [capitalista] coloca grandes quantidades de pessoas em situações similares [“massificação”]. Economias de escala.

1. **Capacidade de planejamento e adaptação**

As estruturas jurídicas que persistem devem ter capacidade também de adaptação e mudança.

1. **Direção central através de delegação e descentralização**

O problema de como dirigir atores autônomos sem destruir a sua autonomia. O monitoramento com base em critérios selecionados exigem mecanismos poderosos de coleta e simplificação da informação.

1. **Mistura de autoridade pública e privada**

Ainda que se afirme que direito é essencialmente um ato de autoridade pública, as demandas das políticas públicas levam o direito a relação de cooperação do Estado com o setor privado. Isso se dá por meio de um complexo processo de sinalização e incentivos. O direito nas áreas de políticas públicas é caracterizado por muita comunicação e negociação.

1. **Modificação do acesso político, à luz das demandas por desempenho**

As políticas públicas exercem pressão contínua sobre a organização da política: criação de agências especializadas, correção de desbalanceamentos políticos, agregações de interesses mais ordenadas e coerentes. Exemplos na grande arquitetura da representação em welfare states [centrais sindicais, partidos trabalhistas etc.], no *policy making* em áreas específicas etc.

1. **RETOMANDO. INSTITUIÇÕES JURÍDICAS COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA E O MERCADO COMO MODELO DE BARGANHA ESTRUTURADA**

Relações entre instituições jurídicas e políticas públicas

* Referências ao papel do direito em conformar as estruturas de decisão e à engenharia social.
* A implementação de políticas públicas envolve múltiplas instituições (ex. Legislativo, agências, tribunais) sucitando a questão dos **mecanismos de coordenação**.
* O mercado, que repousa sobre estruturas jurídicas consegue um alto grau de direção central (eficiência alocativa de recursos escassos), pelo mais alto nível de ação descentralizada (trocas entre particulares auto-orientados). Isso realiza, até certo ponto, a ideia da mão invisível de Adam Smith
* O mercado é o modelo mestre das instituições jurídicas na área de políticas públicas, ainda que não seja o único. Em certo sentido, o problema das políticas públicas é emular características das trocas de mercado, em áreas onde o mercado não funciona.
* Cada área busca a combinação ótima de direção central e controle descentralizado funcionando com base em estruturas jurídicas e técnicas que enfatizam a tomada de decisão descentralizada.
* A dicotomia público/privado deveria ser reconceituada.
1. **O mercado como modelo**

…

1. **Um quadro geral: barganhando à sombra do direito**

…

1. **FERRAMENTAS E DESAFIOS INTELECTUAIS E DISCIPLINARES**
2. **Conflito entre o formalismo legal e o consequencialismo?[[2]](#footnote-2)**
* Qual o papel da interpretação jurídica onde o desempenho social, e não o significado, é a base da *policy analysis*?
* **Nas políticas públicas, o direito colapsa em utilitarismo passageiro, perdendo sua independência como fonte de significado conformando direitos e o desenvolvimento jurídico subsequente.** (p. 20)
* Críticas às correntes do realismo jurídico e dos *Critical Legal Studies*: i) ceticismo sobre argumentos jurídicos; ii) pragmatismo social.
* Contraposição: As políticas públicas foram introduzidas numa era de estruturas grandes e relativamente estáveis, que disciplinaram muitas transações durante anos (ex. leis do *equal employment* e do transporte escolar). O sentido dessas leis pode ser apreendido no desenho geral dos programas e em sua história legislativa.
* A **relativa autonomia do direito** se manifesta na **institucionalização** das políticas.
* O direito preservou sua integridade conceitual e consequencial em áreas em que as consequências sociais são mais observáveis.
* No sentido oposto, **o consequencialismo pode entrar em colapso diante de argumentos jurídicos formais, quando o sistema jurídico adota a retórica das consequências sociais sem nenhuma atenção às realidades empíricas** (e.g. argumentos especulativos de política). A retórica consequencialista, nesse caso, não traz nenhum ganho em efetividade genuína.
* O direito e a política podem ter nesses casos funções meramente simbólicas. O crescimento da solução de problemas sociais provavelmente aumenta a necessidade de simbolismo político (ex. das estatísticas educacionais e criminais, demanda social de números que ilustrem políticas de sucesso).
* Para cada caso de falso consequencialismo, há também um de falso raciocínio jurídico formal, obscurecendo uma lógica de responsividade/responsabilidade social.
* Problemas de rematerialização: i) **a falha em entregar resultados coloca em tensão a legitimação jurídica**; ii) problemas de desorganização política interferindo sobre a formação e implementação efetivas das políticas públicas (ex. a **fragmentação** das esferas tradicionais de tomada de decisão, como os juízes em casos de responsabilidade civil).
1. **O ambiente intelectual do trabalho em Direito e Políticas Públicas: disciplinar e interdisciplinar**

…

1. **Fronteiras disciplinares e estudos interdisciplinares**

…

1. **Técnicas analíticas e quadros conceituais úteis para o trabalho em Direito e Políticas Públicas**

…

1. ***Policy analysis* empírica/analítica**

…

1. **Análise institucional comparativa**

…

1. **Finanças públicas**

…

1. **Análise de lacunas (*gap*) [?] em Sociologia do Direito**

…

1. **Economia institucional**

…

1. **Direito e economia (*Law and Economics*)**

…

1. **Análise de implementação**

…

1. **Análise de litígios institucionais (*institutional litigation*)**

…

1. **Análise de reformas legais e mudança jurídica**

…

1. ***Critical Legal Studies* e a desconstrução das agregações jurídicas e das ciências sociais**

…

1. **Análise da representação política à luz de objetivos de bem estar**

…

1. **Alguns problemas conspícuos e preocupações omitidas em Direito e Políticas Públicas**

…

1. **A teoria do empoderamento e a transferência de um *design* institucional útil de uma área para outra**
* A análise contida no artigo tem potencial para a solução de problemas sociais e transferência de padrões de uma área para outra.
* Resumindo os tópicos anteriores: as instituições jurídicas no welfare state estão orientadas em dois sentidos: i) o alto desempenho (geralmente, eficiência econômica) e ii) a equidade social (distribuição de bens sociais). Para serem efetivas, combinam direção central forte e um grau alto de descentralização, delegação e eventualmente empoderamento.
* Uma teoria do empoderamento consideraria 5 tipos de recursos: i) direitos legais; ii) financiamento; iii) informação; iv) acesso a organizações úteis e; v) poder político.
* Segundo esse quadro conceitual, **cabe às instituições jurídicas** 3 tipos de suporte essencial para atividades produtivas: **i) direção sobre objetivos finais; ii) o quadro fundamental para a ação descentralizada; iii) um conjunto de recursos produtivos.** (p. 34)
* Exemplos: 1) questão racial e pobreza; 2) educação
* Questão racial e pobreza- problema das periferias, que se manifesta na redução de competitividade. A sociedade admite que a solução do problema passa pela maior participação dos pobres. Há uma necessidade de empoderamento, não apenas de bem estar, embora o dinheiro seja um aspecto do empoderamento.
* Os conservadores observam que oferta de empregos e educação mais acessível (community colleges) não eliminaram a pobreza. O contra-argumento é que a educação profissional, as creches e os serviços de saúde são subfinanciados. A extrema pobreza demandaria medidas de apoio para se obter os benefícios desses programas (necessidade de ações afirmativas de emprego e programas de transição das prisões para o emprego).
* Referindo-se ao “custo social da pobreza” (p. 35), retoma um argumento referido por Draibe sobre a influência de Gunnar Myrdal no Conselho Econômico e Social da ONU, no sentido de que o desenvolvimento social tem um sentido econômico importante.
* Passa a aplicar alguns dos elementos apresentados no início do tópico 13 às políticas de redução dos efeitos da pobreza: ação comunitária (parcerias com empresas) além de (legal rights, finances, information, acess to organization and political power). É preciso cuidado para não reinventar os problemas da burocracia.
* Educação- exemplos de estratégias e seus elementos.
* Conclusão do tópico mencionando a aplicação desse quadro conceitual a áreas de política pública tais como antitruste, falências, meio ambiente, seguros, direito comercial, direito do trabalho (*equal employment*), comércio internacional, direitos humanos etc.
* Questões éticas estão naturalmente acomodadas, por que o quadro é expressamente normativo, visando ao mesmo tempo bem estar agregado e equidade.
* **A abertura do modelo à ética e à política o protege do determinismo característico do funcionalismo histórico.**

[Discutir as relações com o dirigismo político, social e jurídico.]

**14) A política geral das políticas públicas (*The generic politics of public policy*)**

Alguns podem se questionar sobre os processos políticos e estruturas por trás das proposições básicas desse artigo (essencialmente, a adaptação das instituições jurídicas aos problemas do welfare state). Isso seria tema para outro artigo, mas os mecanismos básicos, referidos a 3 forças conectadas historicamente, são: i) a orientação das empresas sobre as instituições visando apoio ao comércio e prosperidade, combinada com a força impressionante das empresas na política; ii) a força política da **classe média** criada como parte integral dos welfare states; iii) o crescimento da policy analysis e da capacidade de processamento de dados. **Essas forças** [capital, classe média e burocracia] **impõem uma lógica de racionalidade econômica sobre a política.**

**A *public choice theory*, lidando com categorias trans-históricas como maiorias e minorias, consegue ser relativamente independente dos contextos histórico e social.** (p. 37)

[Essa chave é importante. A *public choice theory*, me parece, é eminentemente conservadora; não tem como problema central a transformação das estruturas. Daí que nesse marco teórico se enalteça a negação dos contextos histórico e social. Segundo o neoinstitucionalismo histórico, mas principalmente segundo as nossas aproximações do Estado de influência marxista (?), o papel do Estado, considerada a marcha da história, é essencial.]

Nosso problema hoje [anos 1990] é alargar quadros conceituais para além da classe média e dos interesses das empresas e reconhecer que é **a infraestrutura da cultura e da comunidade que traz vida aos sistemas de empoderamento**.

[Mas isso não foi explicado no artigo.]

1. **CONCLUSÃO: O PARADOXO DO EMPODERAMENTO**

O paradoxo do empoderamento diria respeito ao fato de que quanto mais empoderados os grupos minoritários se encontrarem, mais integrados e portanto mais “oprimidos pelo sistema” [a expressão é minha, não do autor] eles estarão.

“No contexto da produção moderna, a racionalidade básica do empoderamento, de um ponto de vista do sistema, é provocar um alto nível de energia e cooperação (para fazer as pessoas trabalharem mais duro e mais adequadamente). Assim, o acentuado senso de atividade, energia e autonomia para o indivíduo corresponde a um nível aumentado de integração à cultura da produção e do consumo. ***Empowerment* é a um só tempo autonomia e controle social, luxo e escassez, liberdade e escravidão**.” (p. 38)

Ex. da emancipação feminina, que provocaria maiores tensões para conciliar os papéis econômicos ligados ao trabalho com a reprodução e a vida familiar, por exemplo.

[Essa é uma ilustração do quanto dito acima, uma vez que não há nenhuma consideração sobre mudança estrutural, nem sobre o Estado ou a organização das forças que poderiam contrabalançar a dinâmica do mercado, a negar o sentido emancipatório do *empowerment*.]

A economia moderna tem uma produtividade impressionante. Mas há questões sobre a sua sustentabilidade. A questão mais interessante é saber se a experiência de uma maior autonomia vai levar ao crescimento da própria autonomia e empurrar o sistema em direção a maior lazer e plena satisfação humana. Se isso ocorrer, talvez tenhamos criado um novo tipo de direito e política pública.

[O tom é eminentemente (embora não efusivamente) otimista. Os efeitos dramáticos do crescimento econômico sobre o meio ambiente e da produtividade associados à tecnologia sobre o emprego e a degradação das pessoas ainda não se faziam sentir nos anos 1990.]

1. [O Decreto-lei 200/1967 traz disposição nesse exato sentido, sem utilizar a expressão nem a lógica da política pública; o quadro conceitual é o do planejamento.] [↑](#footnote-ref-1)
2. Referência ao consequencialismo de Weber, no sentido ético. [↑](#footnote-ref-2)