**Universidade de São Paulo (USP)**

**Faculdade de Direito**

**Disciplina**: Direito e Políticas Públicas: método e aplicações

**Professora**: Maria Paula Dallari Bucci

**Doutorandos**: Julia Azevedo Moretti, Thiago Pires Oliveira

**Data**: 14/11/2019

**Atividade**: Tradução de artigo

**Obra**: CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 2, 1993.

**Texto traduzido:**

**DIREITO E POLÍTICA PÚBLICA: MAPA DA ÁREA**

WILLIAM H. CLUNE[[1]](#footnote-1)\*

Este artigo é um ensaio sobre o significado de “direito e política pública” e a relação complexa entre essas duas ideias. Dificilmente existe no governo um termo que seja mais comum do que “política” - política pública, análise de políticas públicas e assim por diante. Especialmente desde o advento do realismo jurídico, o discurso jurídico se sustenta amplamente em “argumentos de política”, algo periférico e poderoso sobre o significado do texto. Os governos aprovam leis e as usam para efetivar suas políticas públicas.

O artigo também serve como estrutura analítica para um curso que desenvolvi sobre Direito e Política Pública. Para preparar os materiais do curso, tive que definir o assunto e diferenciá-lo de outros cursos; por exemplo, por que não simplesmente ensinar um conjunto de tópicos interessantes em direito constitucional e teoria da constituição? Ou, caso a política tenha algo a ver com impacto jurídico e instituições sociojurídicas, por que não ensinar tais questões num curso padronizado de Sociologia do Direito ou de Direito e Economia? Alguns dos conteúdos distintivos de Direito e Política Pública podem ser apresentados, sinteticamente, da maneira que segue.

Política parecia ser conceito dominante e relativamente recente que tem algo a ver com o bem-estar material de grande número de pessoas. Nesse sentido, política significa a estrutura montada para o funcionamento de economias de livre mercado e Estados de Bem-Estar Social modernos que regulam a produção econômica, o consumo e a circulação de bens e serviços. A maior parte das normas jurídicas nos estados modernos responde às necessidades e resultados de vastos, dinâmicos e autônomos sistemas econômicos e suas infraestruturas. E as instituições jurídicas modernas tendem a assumir uma forma característica, estável ao longo do tempo, funcionalmente autônoma, na qual há um delicado equilíbrio entre direção centralizada e ação descentralizada. Na condição de produto da engenharia social dos Estados de Bem-Estar Social, essa abordagem Direito e Política Pública parece construída sobre uma série de tensões e contradições: direção centralizada por meio da ação descentralizada; a amálgama dos setores público e privado; o foco da política em consequências futuras juntamente com a referência do direito ao texto histórico; engenharia social sofisticada sem meios adequados para lidar com comportamentos humanos imprevisíveis; políticas aperfeiçoadas que surgem de um sistema político desordenado e perturbadas por uma percepção de crise, contradição e desordem; e uma proliferação de acréscimos disciplinares e atividades interdisciplinares sem um paradigma claro para a sua investigação. Em que pesem todas essas tendências conflitantes, também existe um tema em comum: a emergência da ideia de empoderamento como um modelo para o desenho de políticas em muitas áreas diferentes.

Essas ideias serão exploradas mais adiante no decorrer deste ensaio. Quando digo “mapa da área”, estou tentando sugerir o conteúdo e a estrutura intelectual desse enorme empreendimento. Eu discuto ideias e refiro-me a saberes não apenas para explicá-los ou documentá-los com precisão, mas para esboçar e começar a conectar os principais elementos de uma imagem completa. De certa forma, isso é muito desafiador e muito abstrato, um exercício de meta-análise. No entanto, o objetivo final também é específico e pessoal. As ideias sobre Direito e Política Pública são o denominador comum de grande parte de nossa sociedade e o universo do discurso acadêmico jurídico. Desde a Faculdade de Direito, encontrei esse discurso, esse universo, desconcertantemente enorme, dinâmico, expansivo, fragmentado e caótico (como se a economia moderna fosse o “big bang” da vida social e econômica). O esforço para simplificar, esclarecer e iluminar esse universo parece valer a pena.

**I. A PROBLEMÁTICA JUSTAPOSIÇÃO ENTRE POLÍTICA PÚBLICA E DIREITO**

A expressão direito e política pública é em si mesma um tanto questionável por causa de uma redundância em potencial. Por definição, todo direito é política pública, na medida em que ele é a vontade coletiva da sociedade expressada em normas vinculantes; e toda política pública é direito, na medida em que depende de leis/atos normativos e instituições legislativas, pelo menos, para algum aspecto de sua existência. Por exemplo, toda ação de interesse social na Suprema Corte é automaticamente uma questão importante de política pública, independentemente de seu impacto social. O direito, no sentido fundamental de uma nova formalização ou institucionalização de normas sociais[[2]](#footnote-2) provavelmente permanecerá para sempre um tópico de considerável interesse social e uma fonte de entretenimento popular (por exemplo, os julgamentos dramáticos e as questões ético-jurídicas cotidianas existentes no seriado *L.A. Law*[[3]](#footnote-3)\*).

Em um sentido igualmente importante, no entanto, a ideia de uma completa justaposição mais oculta do que revela e obscurece algumas das razões pelas quais muitas pessoas atribuem enorme importância à área do direito e política pública. Vamos tentar, então, delimitar uma área mais restrita, primeiro definindo o que seria política pública, depois direito, e, por fim, considerando as características distintivas das instituições jurídicas nessa área reduzida por justaposição.

**A. O QUE É POLÍTICA PÚBLICA?**

A política pública possui as seguintes características:

(1) Diz respeito ao *bem-estar* ou ao bem-estar das pessoas em questões materiais essenciais da vida (por exemplo, alimentação e saúde). Não se preocupa com o bem-estar espiritual ou cultural, como era, por exemplo, o direito da China Imperial.

(2) Preocupa-se essencialmente com a *produção, o consumo e os altos níveis de desempenho econômico*, e não com o usufruto passivo ou as relações fundamentais dos seres humanos, como poderia uma política pública imaginável diferente.

(3) É *orientada a resultados* ou preocupada com *consequências reais*, mais do que ao sentido do texto e à justiça filosófica [[4]](#footnote-4).

(4) Preocupa-se com o *bem-estar agregado ou do grupo*, e não, como o direito tende a ser, com a justiça individual[[5]](#footnote-5).

(5) É *dirigida centralmente* porque o Estado herda sérias necessidades de pessoas criadas pelos mercados, mas não resolvidas por eles[[6]](#footnote-6)\*[[7]](#footnote-7). Portanto, não inclui uma política como a resolução de disputas, no sentido de um sistema para lidar com conflitos que surgem imprevisivelmente de contextos sociais descentralizados, como os bairros e as famílias[[8]](#footnote-8).

(6) Ao mesmo tempo em que é dirigida centralmente, a política pública depende essencialmente da *ação descentralizada* para atingir seus objetivos. A necessidade da ação descentralizada deriva de três características da política pública no Estado moderno: 1) o objetivo de desempenho econômico em altos níveis, uma meta que só pode ser alcançada pela cooperação ativa de indivíduos e unidades sociais; 2) o crescimento de instituições sociais autônomas e altamente interdependentes que são, elas próprias, o produto do desenvolvimento econômico moderno[[9]](#footnote-9); e 3) sérias limitações financeiras decorrentes dos requisitos de eficiência econômica e, portanto, favorecendo a participação voluntária de baixo custo.

(7) A dupla característica de direção centralizada da ação descentralizada evidencia uma tensão óbvia; sendo essa *tensão entre direção centralizada e execução autônoma* é o problema central de política pública[[10]](#footnote-10).

(8) *Dependência de dados* como resultado de várias das características anteriores (preocupação com o bem-estar agregado, consequências reais, altos níveis de desempenho econômico e orientação social sensível). Sistemas mais sofisticados de políticas públicas têm sistemas de dados mais sofisticados (por exemplo, mercados com preço e indicadores agregados; ciência e tecnologia com medição e método científico)[[11]](#footnote-11).

(9) Preocupação com objetivos socialmente agregados, como riqueza social e eficiência, e ao bem-estar de subgrupos, às vezes chamados de equidade[[12]](#footnote-12). A política pública preocupa-se tanto com a eficiência quanto com a equidade, em virtude de sua principal preocupação com o bem-estar social agregado. Partindo apenas de uma preocupação com o bem-estar agregado, é impossível especificar *ex ante* em que grupo focar: toda a sociedade ou um grande subgrupo (por exemplo, mulheres ou afro-americanos). De fato, as chamadas metas de equidade geralmente são necessárias para promover a eficiência agregada, como quando a economia exige os serviços produtivos de mulheres, minorias, pobres e sem instrução[[13]](#footnote-13).

Algumas áreas principais da política pública que se enquadram nessas características são: política econômica (por exemplo, manutenção da prosperidade por meio da política econômica); o meio ambiente (repercussões da produção e consumo afetando o bem-estar e dependendo de dados sensíveis); ciência e tecnologia (nas quais a regulamentação é essencial e disruptiva); saúde e reprodução humana (por exemplo, uso de drogas, super e subpopulação); educação e treinamento (descritos como capital humano)[[14]](#footnote-14); imigração (o movimento do capital humano que também cria problemas de bem-estar)[[15]](#footnote-15); conflitos políticos e militares (alternativamente instrumentais e destrutivos do empreendimento econômico subjacente); e, finalmente, a organização política que dá suporte à elaboração de políticas em todas essas áreas (inclusive as questões sempre sérias de escassez e prioridades orçamentárias).

Embora seja relevante, para alguns propósitos, dividir essas áreas entre economia/tecnologia e reprodução e socialização humana, atribuindo uma dificuldade especial a esta última[[16]](#footnote-16), na realidade, toda área envolve a organização do comportamento humano e problemas sérios resultantes da dificuldade de atingir esse objetivo[[17]](#footnote-17).

**B. ORIGENS DA POLÍTICA PÚBLICA NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL MODERNO**

O contexto social para as políticas públicas, conforme descrito acima, e a fonte de sua plausibilidade histórica e social é o moderno Estado de Bem-Estar Social[[18]](#footnote-18). Os estados de bem-estar social são caracterizados por um enorme crescimento da riqueza total e do tamanho do governo[[19]](#footnote-19). Embora a eficácia do governo seja quase sempre uma questão séria, a escala fundamental da atividade governamental se deve às enormes externalidades (*enormous spillovers*) e aos requisitos de infraestrutura dos modernos, dinâmicos e gigantes sistemas de produção[[20]](#footnote-20).

Praticamente todas as áreas de interesse sustentável e resolutivo no direito moderno se originam nos sistemas modernos de produção e na correspondente atividade governamental. As economias modernas são o produto de um planejamento social coordenado, inclusive a infraestrutura jurídica de mercados (propriedade, contrato), criação de demanda estável a longo prazo (por exemplo, indenização por desemprego, organização de recursos básicos e provisão de infraestrutura e até a divisão de mercados)[[21]](#footnote-21). A política ambiental envolve um confronto entre a produção econômica e ecologia como fontes de bem-estar[[22]](#footnote-22). As grandes questões patrimoniais das sociedades modernas (por exemplo, o papel da raça e das mulheres) são consequências diretas da atividade econômica[[23]](#footnote-23). O direito internacional é dominado por questões econômicas[[24]](#footnote-24).

As sociedades modernas também são definidas e impulsionadas pela presença de instituições sociais grandes, autônomas, mas altamente interdependentes[[25]](#footnote-25). Mercados e organizações produtivas desenvolvem uma poderosa lógica interna (por exemplo, preço, lucro, integração econômica global) que resiste ao controle externo. A tecnologia e a ciência operam através de padrões distintos de organização social e lógica (por exemplo, universidades, laboratórios, o método científico). As comunicações têm suas próprias dinâmicas internas poderosas e instituições correspondentes[[26]](#footnote-26).

O governo/A administração pública, então, que cresce como instituição para atender às necessidades não satisfeitas pelos outros, enfrenta o desafio de alcançar seus objetivos, respeitando a autonomia social[[27]](#footnote-27). Palavras como facilitação, capacitação e empoderamento refletem a dificuldade (e, de certa forma, a empolgação) da direção central de instituições sociais altamente autônomas[[28]](#footnote-28).

O alcance de metas por meio de ações descentralizadas tornou-se o foco principal da política pública em organizações econômicas de larga escala[[29]](#footnote-29). No entanto, o governo/a administração pública enfrenta o problema adicional de obter o equilíbrio ideal por meio da política.

**C. O QUE É DIREITO?**

Em primeiro lugar, o direito é um exercício de autoridade, ou seja, um comando que expressa a expectativa de obediência por sua própria autoridade; e o direito é ordem, uma expressão de autoridade que exige aceitação. Assim, na raiz, o direito é um ato da política, em vez de costume ou troca (duas das outras fontes de organização social)[[30]](#footnote-30). O direito pode e usa incentivos para estimular a ação, mas usa autoridade política (por exemplo, tributação) para criar os incentivos. O direito, tanto pode ser, como ele é, o fundamento das trocas econômicas; contudo, o direito usa normas impositivas de propriedade para efetuar tais trocas. Na grande divisão entre política e mercado, o direito é política (e participa das enormes fragilidades da política), mesmo quando a política é usada como fundamento do mercado.

O direito também é um exercício de autoridade por parte do estado, embora existam incontáveis manifestações de autoridade semelhantes ao direito, mas que se situam fora do estado[[31]](#footnote-31). A autoridade do Estado é distintiva essencialmente pelo fato de ela se afirmar como a autoridade suprema, ou seja, uma autoridade que possui o direito de comandar outras autoridades[[32]](#footnote-32).

Finalmente, o direito está estruturado para expandir a liberdade de algumas pessoas e ações, enquanto restringe a liberdade de outras. O direito é sempre, ao mesmo tempo, libertador e restritivo, embora, talvez especialmente nas políticas públicas, o direito possa buscar um equilíbrio favorável de liberdade em detrimento da restrição. Um exemplo para ilustrar isso, a propriedade concede uma autoridade poderosa ao proprietário, autoridade esta que restringe a liberdade de outras pessoas. Outro exemplo, com respaldo no direito de propriedade, um empregador pode demitir trabalhadores de um emprego ou, então, será amparado no direito de propriedade que um sindicato pode impedir um empregador de tomar uma ação (em ambos os casos, com possível dano à empresa coletiva e a outros funcionários)[[33]](#footnote-33). Regulamentos limitam o exercício do direito de propriedade por seus titulares (por exemplo, vender carne contaminada ou construir prédios em desconformidade com a legislação urbanística). O direito processual permite que algumas pessoas, e não outras, ajuízem e, portanto, restrinjam a liberdade dos réus[[34]](#footnote-34). A redistribuição da riqueza é um exercício significativo de autoridade que claramente aumenta a liberdade de alguns à custa de outros[[35]](#footnote-35).

Em suma, no nível instrumental imediato, o direito ocupa uma área de conflito de interesses, embora em um sentido mais amplo possa ser projetado para maximizar o interesse coletivo e alcançar a harmonia social[[36]](#footnote-36).

**D. A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE O DIREITO E A CONFIGURAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS**

Tendo discutido a direção política imposta ao direito pelas preocupações das políticas públicas e a natureza do direito como instrumento político, agora é possível discutir a influência da política pública no direito, bem como as direções nas quais o direito é impulsionado e moldado pelas políticas públicas.

A política pública impulsiona o direito nas seguintes direções:

*1. Estruturação do direito em torno de problemas envolvendo o desempenho na economia.*

No nível mais simples, o direito tenderá a ser organizado em torno dos principais problemas de desempenho das economias modernas: regulamentação da economia, transferência de renda, saúde, educação e treinamento, emprego, meio ambiente e assim por diante. Lembre-se da discussão anterior sobre como as principais questões jurídicas, muitas vezes conceituadas com foco na equidade social (por exemplo, questões de raça e gênero), realmente surgem da atividade econômica. Recorde-se também do ponto em que o conceito organizador de bem-estar abrange tanto a eficiência (o bem-estar de todos) quanto a eqüidade no sentido de bem-estar de grandes grupos. Por fim, observe que o foco do direito nas grandes áreas de patrimônio geralmente é uma combinação de redistribuição e resultado social líquido[[37]](#footnote-37).

*2. Cooperação social e resultado social positivo líquido.*

A preocupação última da política pública com a produção impulsiona o direito em direção à cooperação social e à produção de um resultado social positivo. O objetivo da cooperação imediatamente levanta um problema de gerenciamento difícil para o direito, que opera tecnicamente através de um conflito de interesses. De fato, o esforço para impulsionar conflitos jurídicos em uma direção social positiva, provavelmente é o enigma central do direito no moderno Estado de Bem-Estar Social[[38]](#footnote-38). Esse enigma é ilustrado em grande escala, considerando como os Estados de Bem-Estar Social podem ser organizados para permitir reservas econômicas grandes, benefícios de produtividade e bem-estar[[39]](#footnote-39).

*3. Persistência das estruturas jurídicas ao longo do tempo.*

Há uma forte tendência para estruturas jurídicas organizadas em torno de problemas econômicos persistirem ao longo do tempo. Essa tendência se deve em parte ao fato de a estrutura regulatória ser complexa e exigir investimento e tempo significativos[[40]](#footnote-40), todavia, ainda mais importante é o fato de que essa estrutura deve criar expectativas estáveis para incentivar o alto desempenho e o resultado social positivo líquido. Em síntese, a estrutura deve facilitar o investimento social a longo prazo. No direito ambiental, por exemplo, a mudança na regulação apresenta sérios problemas para os atores econômicos, tanto em termos de planejamento técnico e investimento de longo prazo quanto em termos de instabilidade no esquema subjacente dos direitos de propriedade[[41]](#footnote-41). Outros exemplos de estruturas legais persistentes são o Código Comercial Uniforme e as normas sobre direitos civis[[42]](#footnote-42).

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

Além de se estenderem ao longo do tempo, as estruturas legais organizadas em torno dos problemas econômicos tendem a adotar grandes agregados sociais. Em parte, isso se deve ao fato de a organização econômica colocar grande número de pessoas em situações semelhantes (por exemplo, devedores, consumidores, funcionários). Mas os mesmos tipos de economia que impulsionam na direção da persistência também conduzem na direção de grandes agregados sociais. A regulação pontual dos problemas econômicos e sociais acaba sendo irremediavelmente caótica ou, pelo menos, extremamente ineficiente por causa das interconexões no espaço regulado.

Um exemplo disso é como a Responsabilidade Civil, com suas preocupações com compensação e prevenção de acidentes, é impulsionada em direção à uma sofisticada disciplina de seguro social e regulação da segurança visando uma economia em larga escala. A indenização por acidentes e doenças pode ser feita com eficiência no contexto de grandes esquemas de seguro social que evitam uma cobertura socialmente inacessível e uma justaposição dessas proteções, bem como custos demasiadamente elevados com transações e *marketing*. A eficaz regulação da segurança exige informações sofisticadas e ferramentas reguladoras (por exemplo, dados sobre acidentes, técnicas de *recall* de produtos)[[43]](#footnote-43).

*5. Capacidade de planejamento e adaptação.*

Estruturas jurídicas persistentes criam problemas de inflexibilidade na regulação de uma economia em rápida mudança. Assim, as estruturas jurídicas que persistem também devem ter a capacidade de se adaptar e mudar[[44]](#footnote-44). Por esse motivo, as estruturas jurídicas tenderão a acumular reservas de *expertise* sob a forma de um pessoal especializado portador de agência[[45]](#footnote-45), especialistas acadêmicos externos e congressistas que adquirem experiência em especialidades regulatórias. Meu próprio trabalho de implementação considera a implementação, em parte, como um processo de longo prazo organizado em torno de um problema social ou econômico com vários pontos de acesso que possibilitam a adaptação e a mudança[[46]](#footnote-46).

*6. Direção central por meio da delegação e descentralização.*

Já mencionei as forças que impulsionam as políticas públicas no sentido da direção central alcançada por meio de uma participação descentralizada. A consequência para o direito é um poderoso impulso em direção à delegação e descentralização da autoridade[[47]](#footnote-47). Essa tendência é vista em muitas áreas da política pública, inclusive o meio ambiente[[48]](#footnote-48), segurança e produtividade ocupacional[[49]](#footnote-49), educação[[50]](#footnote-50), cuidados com os idosos[[51]](#footnote-51), e bem-estar[[52]](#footnote-52). É claro que o empreendimento de direção por meio de delegação está cheio de dificuldades, levantando o problema de como nortear atores autônomos sem destruir sua autonomia. Suspeito que a solução para esse problema seja um pouco diferente em cada área de política, mas, em geral, está condicionada à ideia de sistemas altamente descentralizados de acoplamento flexível e simultâneo, que são monitorados rigorosamente do centro em um número muito limitado de critérios[[53]](#footnote-53).

Observe que o monitoramento centralizado em critérios limitados geralmente requer algum mecanismo poderoso de coleta e simplificação de informações, como preços ou dados computadorizados[[54]](#footnote-54).

*7. Combinação de autoridade pública e privada.*

Embora anteriormente eu tenha assumido a posição de que o direito é essencialmente um ato de autoridade pública, os requisitos da política pública impõem o direito a relacionamentos em que o Estado deve cooperar com o setor privado[[55]](#footnote-55). O requisito essencial da política pública é a cooperação ativa das instituições em geral com alto nível de desempenho, e o direito obtém essa cooperação por meio de um processo complexo de sinalização e incentivos. Além disso, o direito é caracterizado por grandes fluxos de negócios e comunicação em diversas áreas de políticas públicas. Um exemplo é o direito administrativo, com seu processo formal de audiências sobre regras e a aplicação de regras[[56]](#footnote-56), e várias formas de acesso informal[[57]](#footnote-57).

*8. Modificação do acesso político à luz dos requisitos de desempenho.*

Um dos problemas mais importantes da política pública é a organização do próprio sistema político. A formação e adaptação de uma política depende de decisões políticas, mas o processo político geralmente é organizado de maneiras que resultam em políticas ineficazes e incoerentes. Assim, a política pública exerce uma pressão contínua sobre a organização da política: criação de agências especializadas, reparação de desequilíbrios políticos, agregação de interesses mais ordenada e coerente, pressão sobre os juízes para reconhecer interesses coletivos de modo a observar o fim da norma jurídica e assim por diante[[58]](#footnote-58). Os exemplos abrangem desde a grande arquitetura de representação nos Estados de Bem-Estar Social[[59]](#footnote-59) até a formulação de políticas públicas em áreas específicas[[60]](#footnote-60), até a inclusão de profissionais da educação nas orientações instrucionais[[61]](#footnote-61).

**II REPRISE: INSTITUIÇÕES JURÍDICAS COMO INSTRUMENTOS DA POLÍTICA PÚBLICA E O MERCADO COMO MODELO DE NEGOCIAÇÃO ESTRUTURADA**

Este capítulo abordará em uma perspectiva mais ampla os tipos de instituições legais que surgem para atender aos requisitos da política pública.

Primeiro, observe a centralidade das instituições jurídicas. Como ato de governo, todas as áreas da política pública devem ser implementadas por meio de algum conjunto de técnicas jurídicas e algum conjunto de tomadores de decisão[[62]](#footnote-62). Os resultados sociais e econômicos são alcançados por meio de instrumentos jurídicos. A engenharia social é realizada através de instituições jurídicas. Assim, a justaposição do direito e política pública consiste no impacto no bem-estar social agregado das alocações de autoridade; mais especificamente, consiste no desenho de alocações relativamente estáveis de autoridade (instituições) destinadas a melhorar o bem-estar agregado. Os exemplos incluem: falência, direitos de propriedade sob um regime de preservação ambiental, contratos de comércio de emissões, litigâncias estratégicas institucionais visando reformar prisões, empoderamento organizacional e regulação projetados para promover diversos fins, tais como a higiene e segurança no ambiente laboral, o proteção aos idosos e a estrutura representativa do próprio estado (por exemplo, corporativismo).

Concretamente, como são essas estruturas? Em geral, as estruturas são adaptações especializadas de organizações jurídicas padronizadas e, portanto, estão enraizadas em instituições jurídicas de uso geral, como parlamentos e tribunais. Em uma determinada área de política pública, a estrutura institucional pode estar altamente concentrada em um órgão administrativo. Mas a implementação da política pública sempre envolve várias instituições (por exemplo, parlamentos, agências, tribunais)[[63]](#footnote-63), levantando uma questão sobre mecanismos de coordenação. Esses mecanismos de coordenação variam, desde a supervisão de legisladores especializados[[64]](#footnote-64), à estrutura baseada em problemas de uma litigância estratégica institucional[[65]](#footnote-65), até o processo mais coordenado para implementar normas jurídicas de reforma social[[66]](#footnote-66).

Embora o mercado seja, em certo sentido, a origem ou o modelo principal, das instituições jurídicas na área da política pública, dificilmente ele é o instrumento exclusivo. De certa maneira, o problema central das políticas públicas consiste em imitar características de comércio em áreas onde os mercados não funcionam. Observou-se anteriormente que os mercados se baseiam em estruturas jurídicas e alcançam um alto grau de direção central (alocação eficiente de recursos escassos) por meio do mais alto grau de ação descentralizada (trocas particulares e auto-orientadas)[[67]](#footnote-67). Essa é a ideia de Adam Smith da mão invisível que transforma a virtude pública em ganância privada.

Mas a direção central por meio da mão invisível também é o objetivo de outras áreas das políticas sociais - como meio ambiente, bem-estar social e educação. Cada área está buscando a combinação ideal de direção central e controle descentralizado, operando através de estruturas e técnicas jurídicas, enfatizando a tomada de decisão descentralizada. A ideia de estruturar a tomada de decisão de outras instituições sociais por meio de mecanismos processuais e direitos de propriedade está no âmago do artigo de Gunther Teubner sobre direito reflexivo[[68]](#footnote-68). Portanto, provavelmente devemos ressignificar a dicotomia público/privado para pensar em vários tipos de autoridade estatal que promovem uma combinação de direção central e participação descentralizada, da qual o mercado é um bom exemplo, mas está longe de ser o único.

**A. O MERCADO COMO MODELO**

Para entender o papel do direito na estruturação de ações amplamente autônomas, pode ser útil examinar mais de perto o modelo de mercado e considerar o papel do direito em vários tipos de troca.

Tomando emprestado de Macneil e Williamson[[69]](#footnote-69), as trocas podem ser organizadas em um *continuum*, desde um vínculo discreto até o relacionamento completo e total que é sintetizado pelo casamento. Para todo tipo de troca, as instituições jurídicas fornecem essencialmente dois tipos de assistência: a licença básica (ou autoridade) para a troca e as normas para o término da relação jurídica e a liquidação de ativos e passivos. Em outras palavras, o direito estabelece as regras para entrar e sair, deixando o conteúdo da troca para as partes. Assim, em todos os negócios, praticamente toda a atividade genuinamente produtiva é extrajudicial e depende em grande medida do desenvolvimento de confiança extrajudicial entre as partes[[70]](#footnote-70).

Vamos examinar brevemente vários tipos de negócio para ilustrar esses princípios. Para um contrato simples (uma troca discreta projetada para o futuro), a licença básica tem duas partes: os direitos de propriedade sobre os ativos e a opção de vincular-se a uma troca no futuro através de contrato. Os direitos de propriedade compõem a principal segurança que é necessária para viabilizar uma troca porque o mercado (outras negócios) está sempre disponível se uma parte desistir. O direito contratual é outro incentivo para investir em futuras trocas, porque oferece proteção adicional contra o oportunismo (recuando para um acordo melhor que surge após o contrato inicial). Se uma parte desistir, os recursos do contrato fornecerão uma estrutura para liquidação do negócio (por exemplo, na forma de expectativa, os danos serão menos atenuados). Em alguns tipos de troca simples, são necessários direitos e regulamentos de propriedade adicionais para possibilitar a troca[[71]](#footnote-71). Mas, em qualquer caso, a troca em si deve ser criada pelas partes; e, na maioria dos casos, um relacionamento comercial contínuo fornece um fundamento não-jurídico a mais para negociações justas: confiança.

Em certos tipos de contratos bilaterais de longo prazo (por exemplo, contratos de construção), o direito pode fornecer segurança por meio de arbitragem. Em outros, como a *franchising*, a segurança jurídica pode exigir a concessão de um direito de propriedade ao franqueado (por exemplo, para incentivar o investimento na franquia e desencorajar conflitos desnecessários sobre a rescisão)[[72]](#footnote-72). O direito também fará o possível para liquidar os ativos da franquia quando o relacionamento termina, mas a confiança é ainda mais importante nesse tipo de contrato, porque as partes precisam confiar em ajustes voluntários para lidar com grande número de problemas imprevisíveis[[73]](#footnote-73).

A empresa, ou organização comercial, fornece outro meio de projetar trocas no futuro, com base principalmente na supervisão detalhada do emprego. O direito comercial fornece uma carta básica para esse tipo de troca. Direitos trabalhistas e falência estão entre as estruturas normativas que governam a rescisão. Mas, novamente, a substância e a lucratividade da troca são inteiramente uma criação extrajurídica das partes[[74]](#footnote-74).

No casamento, os proclamas e a cerimônia possibilitam o estatuto jurídico marital, enquanto a dissolução é disciplinada pelo regime de bens dos cônjuges, pela guarda dos filhos e pelo divórcio[[75]](#footnote-75). No casamento, não concebemos instituições jurídicas auxiliando no relacionamento subjacente, como seria previsto pela teoria da troca a partir da singularidade do capital humano, mas como uma rede de instituições (inclusive os direitos de crédito, tributação, propriedade e educação) que contribui para que a família ou o núcleo familiar sirva como uma unidade de consumo e produção[[76]](#footnote-76). Tão poderosa é a influência da realidade extrajudicial que, mesmo quanto à parte do casamento mais apropriada para a disciplina jurídica (partilha de bens e guarda dos filhos após a dissolução do casamento), o direito deve incentivar a transação privada para que ela seja mais eficaz[[77]](#footnote-77).

**B. QUADRO GERAL: NEGOCIAÇÃO À SOMBRA DO DIREITO**

A ideia de negociar com o direito positivo, desenvolvida por Mnookin e Kornhauser, une modelos de direção centralizada e ação descentralizada em toda a gama de intervenções jurídicas, desde fundamentos de mercado até a regulação. Conferir às pessoas expectativas de direito, especializadas ou estruturadas, e esperar que elas negociem tais prerrogativas em seu próprio favor, pode ser a grande estratégia do direito e política pública, manifestada como facilitação, capacitação, empoderamento, direito reflexivo etc. A tese de Reich de audiências administrativas visando proteger a nova propriedade diante das prerrogativas do Estado de Bem-Estar Social é um exemplo precoce de descentralização e empoderamento[[78]](#footnote-78). O truque nesse caso é impulsionar as negociações voltadas para a bem-estar e eficiência agregados, apesar da poderosa influência dos interesses privados e do poder de barganha. A direção geral da negociação (por exemplo, voltada para à eficiência ou conflito irracional) dependerá do reconhecimento das partes, da forma dos incentivos e dos direitos, da entrega de recursos de negociação e das características do fórum de negociação (por exemplo, troca privada, decisão).

A negociação estruturada se aplica diretamente à regulação. Um dimensionamento adequado da promoção de cumprimento de normas jurídicas (*enforcement*) impede o oportunismo na forma de uma intimidação jurídica ou desconformidade. O direito também deve permitir uma integridade (*compliance*) flexível. Para obter o máximo da regulação, no entanto, as próprias partes devem desenvolver um entendimento mutuamente produtivo por meio de negociação e confiança[[79]](#footnote-79).

Quase todos os materiais que considerei para o curso de direito e política pública se encaixam nesse modelo de negociação estruturada. Os exemplos incluem: Estrich[[80]](#footnote-80) (o direito penal deve reforçar o direito da mulher de controlar as relações sexuais por meio de seu consentimento verbal); Weisberger[[81]](#footnote-81) (o principal objetivo da modificação dos bens de uma sociedade afetiva é aumentar o poder de negociação do companheiro); Whitford[[82]](#footnote-82) (o objetivo do direito dos instrumentos creditícios deve ser uma solução amigável); Sugarman[[83]](#footnote-83) (o direito acidentário deve incentivar a prevenção de acidentes e a resolução eficiente dos pedidos de indenização); Bardach e Kagan[[84]](#footnote-84) (o mercado de créditos lastreados em emissões poluentes, ou contratos de redução da poluição, incentiva a redução voluntária da poluição); Noble[[85]](#footnote-85) (a representação dos trabalhadores no governo e nas fábricas maximiza a higiene e segurança laboral); Rogers[[86]](#footnote-86) (representação do trabalho, de maneira menos fragmentada e mais abrangente, permite a maximização dos salários e da poupança social); Komesar[[87]](#footnote-87) (direito constitucional visto como esforço para equilibrar o bem-estar das maiorias minorias em várias situações); Clauss[[88]](#footnote-88) (regras equiparáveis entre uma agência reguladora e um empregador devem direcionar as decisões sobre a remuneração das mulheres); Schultz[[89]](#footnote-89) (a ampliação da participação das mulheres no mercado de trabalho exige instrumentos que tornem a atividade acolhedora para as mulheres e não simplesmente um processo de seleção facialmente neutro); Clune e Van Pelt[[90]](#footnote-90) (o direito à educação especial confere aos pais de crianças deficientes influência em vários tipos de decisões que afetam seus filhos); Handler[[91]](#footnote-91) (populações vulneráveis podem receber bens e direitos cuidadosamente escolhidos para aumentar sua representação efetiva); e Goldstein[[92]](#footnote-92) (o policiamento baseado a problemas consiste essencialmente em fornecer recursos e informações do pessoal da polícia necessários para reduzir o índice de criminalidade, bem como ampliar os recursos policiais envolvendo a comunidade).

O papel do direito nessas situações muito diversas é proporcionar segurança à troca voluntária e à atividade produtiva. Num sentido fundamental, articulado por Habermas[[93]](#footnote-93), troca voluntária é o que entendemos por bem-estar coletivo. As perguntas importantes incluem a identificação de quais tipos de troca incentivar, quais partes reconhecer como atores voluntários e como fornecer segurança jurídica para a troca. Nesse sentido, uma democracia é tanto uma troca legalmente incentivada quanto um contrato imobiliário[[94]](#footnote-94); e um contrato imobiliário não é menos que um sistema de representação política[[95]](#footnote-95).

**III FERRAMENTAS E DESAFIOS INTELECTUAIS E DISCIPLINARES**

**A. CONFLITO ENTRE O FORMALISMO LEGAL E CONSEQUENCIALISMO?**

O primeiro desafio se encontra na análise jurídica e doutrina. Qual o papel da interpretação jurídica em um mundo em que o critério para a análise de políticas públicas é o desempenho social e não o significado? Há tensão entre formalismo jurídico e consequencialismo social, doutrina jurídica e engenharia social, conforme aparece na idéia de Max Weber de rematerialização do direito?[[96]](#footnote-96) Nas políticas públicas, o direito colapsa em utilitarismo transitório, perdendo sua independência como fonte de significado conformando direitos e o desenvolvimento jurídico subsequentemente?

Acredito ser mais defensável o ponto de vista oposto. Com as políticas públicas teve início uma era de grandes estruturas legais, relativamente estáveis, cujos termos essenciais regem uma infinidade de transações ao longo de vários anos. Por exemplo, pense na implantação de lei a respeito de igualdade de emprego ou uso de ônibus escolar, o significado dessas leis pode é encontrado basicamente no desenho geral do programa e em sua história legislativa, e não na exegese típica da *common law*[[97]](#footnote-97)\* de interpretação jurisprudencial dos textos de lei. Mas tanto o significado jurídico quanto os direitos adquiridos - duas características do direito – são bastante importantes para as políticas públicas (por exemplo, a idéia de previdência social como seguro contributivo e a estabilidade dos direitos previstos na legislação ambiental). Em minha opinião, a relativa autonomia do direito manifesta-se não tanto na criação de programas sociais, mas em uma força viva por trás deles, força viva que às vezes recebe o nome de institucionalização.[[98]](#footnote-98)

A perda de significado legal conecta-se à política pública de algumas formas interessantes. Por um lado, o ceticismo a respeito de argumentos jurídicos, primeiro, do realismo jurídico, e, depois, pelos Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies)*[[99]](#footnote-99)\*, é, em parte, uma faceta do pragmatismo social[[100]](#footnote-100).Os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*) estenderam essa abordagem cética e pragmática aos ingênuos argumentos de política social do realismo jurídico, e também à sofisticada análise política mais recente[[101]](#footnote-101). No entanto, nessa tendência para a linguagem prática, existe uma contra tendência de isolar o significado da experiência[[102]](#footnote-102). A exegese textual densa e intrincada de uma teoria crítica trata o texto como um objeto em si e o significado como uma investigação interminável e subjetiva por meio de contradições, espaços vazios e sombras. Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*) frequentemente contêm ambos os impulsos numa mesma análise. Pensemos, por exemplo, na afirmação de que os textos jurídicos são destituídos de sentido lógico, mas servem como instrumentos políticos coerentes para a classe dominante[[103]](#footnote-103).

Um movimento de significado jurídico simultaneamente externo, voltado para as consequências sociais, e interno, voltado para a autoconsciência sobre a literalidade do texto, não é surpreendente à luz da pressão que as políticas públicas exercem sobre o direito[[104]](#footnote-104). Suponho que o direito tenha preservado sua integridade conceitual e consequencial com mais eficiência em áreas nas quais as consequências sociais são mais observáveis No direito processual civil, por exemplo, os advogados entendem as consequências das regras processuais e dos processos focando na justiça individual, o que provavelmente ajuda a explicar o sucesso do seriado *L.A. Law[[105]](#footnote-105)\**.

E sobre o problema oposto, o colapso do consequencialismo diante de argumentos jurídicos formais, quando o sistema jurídico geralmente adota a retórica das consequências sociais com muito pouca atenção às realidades empíricas (por exemplo, argumentos políticos especulativos)[[106]](#footnote-106)? Um dos efeitos da ênfase nas políticas públicas pode ser o aumento no apelo da retórica consequencialista sem o respectivo ganho de eficácia genuína. Além disso, tanto o direito como a política têm funções meramente simbólicas ou persuasivas[[107]](#footnote-107), muitas vezes inextricavelmente mesclada a uma orientação voltada para resultados reais. Por exemplo, um sistema como a educação pública, que está sob grande pressão para demonstrar resultados bem-sucedidos, mas possui capacidade relativamente fraca de alcançá-los, pode ser levado na direção de indicadores de resultado administráveis (por exemplo, promoção com base nas notas ou na média do aprendizado anual)[[108]](#footnote-108).

Em geral, o crescimento da solução de problemas sociais provavelmente aumenta a necessidade de simbolismo político; as duas atividades aumentam simultaneamente e se complementam, ou substituem-se nos extremos. Por exemplo, mensagens moralistas persuasivas sobre o uso de drogas ou ainda o movimento de prestação de contas na educação imediatamente provocando uma indústria caseira de relações públicas pelo uso de estatísticas[[109]](#footnote-109)\*.

Mas, para cada caso de falso consequencialismo, há pelo menos um caso de falso formalismo – falso raciocínio jurídico formal – obscurecendo uma lógica mais profunda da capacidade de resposta social[[110]](#footnote-110)

Dois outros problemas de rematerialização serão abordados mais adiante neste artigo: a ideia de a falha em entregar resultados tensiona a legitimidade jurídica[[111]](#footnote-111), e o frequentemente discutido problema de desorganização política que interfere na formação e implementação efetiva de políticas públicas. Um desses problemas é a fragmentação dos tradicionais tomadores de decisão no campo jurídico (por exemplo, juízes e jurados[[112]](#footnote-112)\* em casos de julgamentos por responsabilidade civil)[[113]](#footnote-113).

**B. AMBIENTE INTELECTUAL DO TRABALHO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCIPLINAR E INTERDISCIPLINAR**

O domínio das políticas públicas no debate sobre governo e direito criou um ambiente intelectual fascinante. O aumento da atenção às políticas públicas como tema rompeu as fronteiras disciplinares por meio da expansão de disciplinas e da ascensão de estudos interdisciplinares. Política não é apenas lei, política partidária[[114]](#footnote-114)\*, economia ou estrutura social; são todos juntos. Assim, os estudantes de políticas públicas acham cada vez mais necessário familiarizarem-se com pesquisas de várias disciplinas. O resultado, no entanto, não é uma disciplina ordenada, mas um verdadeiro tumulto de técnicas analíticas, estruturas conceituais e escolas de pensamento. Neste capítulo, primeiro comentarei o processo geral, disciplinar e interdisciplinar, dos estudos de políticas públicas, especialmente no currículo de direito e, em seguida, discutirei brevemente algumas das ferramentas analíticas criadas no caldo intelectual em torno das políticas públicas.

**C. FRONTEIRAS DISCIPLINARES E ESTUDOS INTERDISCIPLINARES**

A importância de um campo identificável de direito e políticas públicas coloca sérias tensões nas fronteiras disciplinares tradicionais e no conteúdo das disciplinas acadêmicas, bem como estimula uma grande quantidade de trabalho interdisciplinar que, no entanto, não recebe o devido cuidado (e, nesse sentido, é indisciplinado, desordenado) devido à ausência de paradigmas disciplinares e supervisão. Considero justo dizer que muitos campos das ciências sociais - especialmente economia, ciência política e direito – encolheram os núcleos tradicionais e expandiram as periferias[[115]](#footnote-115)\* por causa da pressão por pesquisas relevantes sobre políticas públicas.

A pressão sobre as fronteiras acadêmicas tradicionais pode ser vista no caso do currículo da Faculdade de Direito. O treinamento tradicional nas faculdades de direito é tanto convergente quanto divergente no que diz respeito a abordagem de direito e políticas públicas. Como direito e políticas públicas são o mais poderoso e energético paradigma de orientação para a elaboração e aplicação do direito, essa correspondência errática com os estudos da faculdade de direito leva a uma certa desorientação no pensamento profissional jurídico. No lado da convergência, muitas áreas do direito, como direito falimentar ou direito ambiental, estão intimamente ligadas a questões de bem estar agregado e nestes termos racionalizadas. No lado da divergência, o exercício da advocacia lida com a fragmentação das políticas de acordo com o bem-estar do cliente; o desenho geral das políticas públicas raramente é pertinente. Mais atenção é dada à doutrina do que ao bem-estar agregado; pouca atenção é dada a dados e análise estatística. E os problemas dos ricos são priorizados em detrimento ao bem-estar da classe média e dos pobres (o grande foco das políticas públicas)[[116]](#footnote-116).

Assim, embora a análise de políticas públicas em direito tenha muitos atrativos, especialmente porque elas se relacionam tanto ao desenho macro jurídico quanto ao bem-estar agregado, o direito público e as políticas públicas provavelmente nunca irão dominar o currículo das faculdades de direito. Organizar o currículo de acordo com as necessidades do exercício da advocacia é simplesmente muito útil e atraente. O precedente legal[[117]](#footnote-117)\*, e não as consequências sociais, continuará a dominar o raciocínio jurídico, embora não sejam mutuamente exclusivos.

Se a visão de mundo da advocacia (prática jurídica) entra realmente em conflito com a perspectiva das políticas públicas é algo que depende de como essa prática é organizada pelas estruturas e instituições jurídicas subjacentes. Direitos e expectativas de direito[[118]](#footnote-118)\* podem ser organizados de forma harmoniosa para aumentar o bem-estar agregado ou podem ser destrutivos, dispendiosos e ineficazes. Como estou procurando enfatizar repetidamente neste artigo, *todas* as instituições políticas eficazes são instituições legais, na medida em que são compostas por alguma combinação oficial[[119]](#footnote-119)\* de relações jurídicas. Por outro lado, nada é mais comum no mundo das políticas públicas do que o encontro com um legalismo aparentemente independente que atrapalha a eficácia das políticas. Os advogados geralmente parecem estar envolvidos na versão política da *tragédia dos comuns*[[120]](#footnote-120)*[[121]](#footnote-121)\**, na qual a busca pelos direitos dos clientes (e honorários dos advogados) cria uma estrutura política destrutiva ou caótica. Grande parte do trabalho prático diário de direito e políticas públicas (e a maioria das leituras do meu curso) consiste em esforços para criticar campos das relações jurídicas e recomendar reformas que organizariam essas relações de maneira mais produtiva. Obviamente, nada garante que a busca pelo interesse do cliente - definida, é claro, por meio de um conjunto de expectativas de direitos - sirva necessariamente ao interesse público; de fato, nada cria nem presunção de tal garantia. Essa profunda ambiguidade sobre a conveniência social da lei específica aplicável ao caso talvez seja a melhor razão para incluir uma perspectiva de política pública no currículo da faculdade de direito.

**D. TÉCNICAS ANALÍTICAS E QUADROS CONCEITUAIS ÚTEIS PARA O TRABALHO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Assim como o campo emergente do direito e políticas públicas estimulou seu próprio ambiente intelectual, a necessidade de analisar problemas de direito e políticas públicas levou ao desenvolvimento de várias estruturas conceituais e técnicas analíticas adequadas a essa tarefa. Longe de fazer justiça a cada uma das técnicas, este capítulo tem condição somente de listar as técnicas e esboçar rapidamente algumas orientações para direito e políticas públicas.

Eu enfatizaria, como faço em meu curso, que a maior parte do trabalho relevante sobre direito e política pública é útil sob dois pontos de vista distintos: 1) revela muito sobre um assunto subjacente - as instituições legais - e 2) emprega uma estrutura conceitual cuja utilidade vai além do problema jurídico / político específico abordado. De fato, qualquer estrutura conceitual enfatizada em um artigo poderia ser empregada tão bem quanto para analisar o assunto e os pontos específicos de outros artigos, numa espécie de rica referência cruzada com impacto cumulativo sensível no curso.

*1. Análise de políticas públicas empíricas / analíticas*

Talvez o tipo mais comum de pesquisa em direito e políticas públicas seja a análise e o estudo empírico de um problema de política pública a partir da perspectiva do alcance dos objetivos políticos escolhidos. A longa tradição crítica do direito de responsabilidade civil encaixa-se nessa tradição[[122]](#footnote-122). Obviamente, os candidatos a essa categoria são numerosos e se justapõe sobremaneira com o campo da análise de políticas[[123]](#footnote-123).

Porém, em tais pesquisas, qualquer noção da existência de um conjunto empiricamente simples de "efeitos" da intervenção legal acaba por se mostrar bastante enganoso. O comportamento humano é complexo, reativo e mediado por restrições e percepções culturais e organizacionais. Efeitos simples são especialmente problemáticos nas sociedades modernas em que o direito opera (da maneira centralizada e descentralizada já descrita neste artigo) por meio de incentivos e moedas de troca, que são então executados em contextos organizacionais e multilaterais autônomos e complexos. Normalmente, os estudos empíricos nas sociedades modernas são satisfatórios na medida em que fornecem uma estrutura conceitual sofisticada do campo de negociação e evidências sólidas suficientes para levar a análise ate o ponto em que é possível ver essas questões complexas e indeterminadas a respeito do impacto jurídico.

Praticamente qualquer estudo de alta qualidade sobre impacto jurídico ou avaliação de programa pode ser usado para ilustrar esses pontos. Vou dar dois exemplos do meu curso de direito e políticas públicas.

Na análise de Whitford sobre a cobrança coercitiva de dívidas dos consumidores[[124]](#footnote-124), medidas coercitivas são justas e eficientes na medida em que incentivam acordos voluntários. Projetar o tipo certo de medida judicial de reparação requer um delicado ato de equilíbrio, no entanto, há possibilidade de erros por todos os lados. Por exemplo, a falta de medidas de reparação prejudicaria os pobres, porque as medidas coercitivas servem como garantia para aqueles sem propriedade. Embora a falta de regulamentação de recursos privados possa muito bem incentivar o nível máximo de acordos voluntários, provavelmente também levaria a casos intoleráveis de abuso pelos credores. O saldo desejado serviria de ameaça de coerção suficiente para encorajar acordos voluntários, proibir condutas injustas e remover os incentivos que favoreciam a venda forçada e ineficiente de propriedades (como uma corrida ao tribunal). Assim, cada exercício de análise de políticas deve identificar o nível e a fonte da incerteza empírica, o ponto em que o julgamento informado, as conjeturas com base em conhecimento e a pura especulação entram na análise[[125]](#footnote-125).

Outro caso interessante é a técnica de policiamento orientado de acordo com problemas, de Herman Goldstein[[126]](#footnote-126). Goldstein recomenda que a polícia abandone tanto a doutrina legal como a eficiência administrativa como guias das operações. Categorias jurídicas como roubo e agressão sexual ocultam diferenças drásticas nos padrões sociais subjacentes a diferentes crimes, padrões sociais que devem ser reconhecidos no projeto de medidas judiciais eficazes. Por exemplo, os comportamentos que levam a estupros violentos praticados por pessoas estranhas, por conhecidos ou familiares são radicalmente diferentes e exigem intervenções legais distintas. O mesmo vale para a eficiência administrativa. Medidas tradicionais de desempenho policial, como número de prisões ou número de viaturas *per capita*, têm pouco ou nenhum impacto na redução do crime. Porém, intervenções mais sofisticadas acabam sendo muito difíceis de avaliar por serem muito complexas. Se a polícia adota a supervisão de pessoas em liberdade condicional para reduzir o estupro, a educação para reduzir o estupro perpetrado por conhecidos e a prisão obrigatória para evitar o estupro por familiares, quanto na redução desses comportamentos sociais profundamente arraigados pode ser considerado um sucesso? Se o policiamento comunitário for usado para tornar mais seguro um bairro atingido pela pobreza, quanta segurança extra pode ser esperada do melhor programa? Tais questões são tudo menos técnicas, porque são a chave para saber se os programas devem ser amplamente imitados, abandonados ou projetados novamente.

O exemplo de Goldstein também serve para apresentar a maneira pela qual os valores e a política entram na análise de políticas públicas e são um tanto ignorados por colocarem ênfase nas consequências e no bem-estar agregado. Por exemplo, a supervisão de pessoas em liberdade condicional após cumprir penas por crimes sexuais violentos é uma situação delicada, pois deve guiar-se por condutas que ao mesmo tempo em que protegem o público também respeitam os direitos de quem é supervisionado. Questões éticas são comuns no policiamento de comunidades justamente por causa do escopo amplamente expandido da atividade policial (que inclui desde negociar com os proprietários até abordar legalmente traficantes de drogas[[127]](#footnote-127)\*).

*2. Análise Institucional Comparativa*

Meu colega Neil Komesar escreveu vários artigos empregando a técnica analítica denominada por ele de análise institucional comparada. Essencialmente, essa análise é uma investigação rigorosa sobre as vantagens relativas de várias instituições jurídicas e sociais na consecução de certos objetivos políticos, especialmente no bem-estar agregado[[128]](#footnote-128). Usei essa técnica em vários de meus artigos[[129]](#footnote-129).

Esse quadro analítico é um recurso especialmente interessante por levar em consideração tanto a capacidade política quanto técnica ou regulatória - a capacidade das instituições de criarem políticas eficazes e a capacidade de influenciar o comportamento na direção desejada. Por exemplo, um tribunal pode estar mais disposto do que os legisladores a proteger os direitos das minorias (capacidade política), mas é ineficaz para fazê-lo (capacidade reguladora). A questão, então, se torna essencialmente se a pequena quantidade de proteção extra que é efetivamente fornecida vale os custos da intervenção, sendo que os custos da intervenção também variam.

*3. Finanças Públicas*

A parte das finanças públicas que lida com as falhas de mercado e falhas do governo[[130]](#footnote-130) é essencialmente uma análise institucional comparativa das duas principais e mais pragmáticas instituições de nossa sociedade, investigando o inter-relacionamento dessas instituições e determinando quais funções sociais devem ser alocadas a cada uma. Um ponto essencial para o estudo do direito e políticas públicas é que ambas as principais instituições, e não apenas o governo, possuem estruturas jurídicas subjacentes (por exemplo, propriedades e contrato no caso de mercados). Entender, de forma geral, os pontos fortes e fracos de cada instituição é extremamente útil como um exercício sensibilizante na análise de qualquer problema político específico, mesmo que a grande comparação seja essencialmente inconclusiva em determinadas áreas políticas[[131]](#footnote-131). '

*4. Análise de lacunas em Sociologia do Direito*

Em um artigo anterior, chamei a atenção para o fato de que a longa e rica tradição de estudos na Sociologia do Direito (estudos sóciojurídicos) sobre lacunas poderia ser vista como um exame do complexo processo negociação política que ocorre na implementação de qualquer lei que envolva reforma social[[132]](#footnote-132).

*5. Economia Institucional (Institutional Economics)*

Embora eu não seja um grande conhecedor deste campo, que provavelmente tem limites nebulosos, parece-me que a economia institucional poderia ser caracterizada como um esforço para especificar os fundamentos legais do bem-estar social e econômico[[133]](#footnote-133). Um dos principais impulsos da economia institucional - de fato, sua alegada distinção da economia clássica – é a procura para além das instituições legais do mercado como fontes de bem-estar social e econômico[[134]](#footnote-134).

*6. Direito e Economia (Law and Economics)*

Seria impossível compreender este artigo sem notar a grande influência da análise econômica. Em certo sentido, direito e política pública também é direito e economia. Mas o escopo do campo tradicional é muito mais restrito, concentrando-se nos fundamentos legais do capitalismo (por exemplo, propriedade e contrato) e os recursos tradicionais da *common law*.[[135]](#footnote-135) . Grande parte do trabalho parece ser de defesa de interesses (*advocacy*) com base em argumentos especulativos. A responsabilidade civil, apaixonada por direito e economia, mas fortemente criticada a partir de uma perspectiva política mais ampla, é um exemplo perfeito. Talvez, nesse sentido, Direito e Economia seja uma difícil mistura de uma análise genuína de políticas públicas com uma argumentação política cooptada pelo formalismo jurídico.

Pesquisas sobre economia dos custos de transação[[136]](#footnote-136) e teoria da escolha pública[[137]](#footnote-137) adotam uma perspectiva mais institucional e, portanto, vão além do encontro de interesses atomístico da economia neoclássica (especificamente para abranger confiança, organizações empresariais e governos). Mas isso está longe de ser uma teoria adequada do governo na era dos Estados de Bem-Estar Social. Assim, o campo tradicional do Direito e Economia é pouco informativo, porque é ideologicamente cético sobre o tipo de intervenções governamentais complexas que coexistem com a base libertária do capitalismo.

Um contraste interessante com aquilo que eu considero como sendo o formalismo do Direito e Economia é o poderoso papel exercido pela economia e pelos economistas nas políticas públicas em geral. Vários aspectos da economia contribuem para esse forte papel, não apenas o conhecimento sobre nossa instituição social dominante (o mercado), mas, de maneira mais geral, um entendimento de como configurar e calcular o bem-estar agregado (com conjuntos complexos de compensação de custos com benefícios), assim como as respostas comportamentais aos incentivos complexos e transversais das políticas públicas. A junção dessas habilidades com o conhecimento sobre desenho institucional e políticas públicas efetivas forneceria um pacote mais completo de ferramentas para as políticas públicas no contexto dos Estados de Bem-Estar Social.

*7. Análise de Implementação*

Muito parecido com os estudos de lacunas, a análise de implementação pode ser vista como a descrição da política social elaborada ao longo do tempo por meio de várias agências e negociações complexas, geralmente envolvendo organizações de grande escala[[138]](#footnote-138).

*8. Análise de Litígios Institucionais (Institutional Litigation)*

Embora a litigância institucional seja talvez mais um assunto do que uma técnica analítica, ele fornece um bom exemplo da evolução de estruturas legais fragmentárias para atender a objetivos sociais e econômicos agregados[[139]](#footnote-139). Na medida em que essa evolução ocorre durante um curto período de tempo e em escala local gerenciável, os litígios institucionais fornecem um estudo histórico visível e concreto de economia institucional e, da mesma forma, de direito e políticas públicas. A litigância institucional é um exercício de bem-estar social agregado, combinando ênfase em resultados sociais, equidade e política. Os litígios institucionais são também um excelente estudo para análise institucional comparativa, porque representam a oportunidade de correção judicial de uma falha política na legislação (enquanto tenciona a superação das suas deficiências tanto na capacidade técnica quanto política (por exemplo, fazer com que as prisões mudem e conseguir leis (*legislatures*) para angariar recursos adicionais)[[140]](#footnote-140).

*9. Análise de reformas legais e mudança jurídica*

A análise da reforma legislativa e das mudanças jurídicas ilustra uma série de elementos-chave do direito e políticas públicas, como a importância de grupos sociais, organizações por reformas legais[[141]](#footnote-141) e o processo incremental de mudança dos valores jurídicos subjacentes[[142]](#footnote-142).

*10. Estudos Críticos do Direito (Critical Legal Studies) e a desconstrução das agregações das ciências sociais e jurídicas*

Embora os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*) tenham muitas facetas e motivações[[143]](#footnote-143), considero essa abordagem teórica particularmente útil para desconstruir a poderosa tendência do direito e políticas públicas de defender interesses sociais e econômicos despolitizados, supostamente neutros, agregados e globais. Esses interesses podem ser a eficiência, o interesse público, a política de segurança dos mercados e assim por diante[[144]](#footnote-144). A preocupação com o processo político e o foco original das decisões judiciais no bem-estar coletivo também caracterizam os Estudos Críticos do Direito como fruto do Estado de Bem-Estar Social.

Outros aspectos dos Estudos Críticos do Direito - teoria crítica da raça, por exemplo - são aplicações mais diretas de direito e políticas públicas no sentido usado neste artigo. A teoria crítica da raça tem pelo menos três características compatíveis com uma orientação voltada para direito e políticas públicas: (1) uma preocupação constante com resultados pragmáticos, mensuráveis em termos agregados, em oposição à doutrina conceitual[[145]](#footnote-145); (2) atenção explícita à eficácia das estruturas legais ao longo de um determinado período, inclusive, é claro, de sua estrutura representativa[[146]](#footnote-146); e (3) preocupação com a restrição de determinados resultados e experiências sociais na análise jurídica e política; nesse sentido, pode-se considerar a narrativa de histórias (relatos) como uma importante técnica empírica[[147]](#footnote-147).

Ocasionalmente, a teoria crítica da raça parece mais compatível com uma abordagem legalista - por exemplo, no que diz respeito a: (1) uma contra-tendência de preocupar com o texto da lei como um sistema de significado separado da conexão com o bem-estar agregado; (2) uma preocupação com o que poderia denominar-se instrumentos de política jurídica, como litígios e regulação, sem uma análise séria dos custos e problemas dessas técnicas e sem uma percepção mais ampla da efetividade do programa desenhado[[148]](#footnote-148). A idéia de que a teoria crítica da raça é mais prática e empírica do que a versão tradicional de Direito e Economia é contrária à sabedoria convencional, parecendo, no entanto, bem fundamentada pelos fatos. Assim, apesar de seu nome esotérico, a teoria crítica da raça é um bom exemplo de direito e política pública, conforme definidos neste artigo.

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

Uma apreciação particularmente útil da análise institucional é a consideração sobre representação política à luz dos objetivos sociais e econômicos[[149]](#footnote-149). Problemas de organização política e conformação de políticas aparecem em todas as áreas das políticas públicas[[150]](#footnote-150).

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

A leitura até aqui pode ter dado a impressão extremamente otimista, progressista e até utópica, do Estado de Bem-Estar Social e de suas instituições - uma impressão de altos níveis de bem-estar coletivo, engenharia social ordenada, instituições que funcionam sem problemas adaptando-se às necessidades sociais e assim por diante. Mas, apesar de passar tais impressões, nada poderia estar mais longe da verdade.

Embora as sociedades modernas tenham atingido níveis extraordinários de produção e níveis notáveis de organização social, também é verdade que o Estado de Bem-Estar Social e todas as suas áreas políticas sofrem de mal-estar, incerteza e ineficácia. Uma boa caracterização da análise de políticas públicas no Estado de Bem-Estar Social seria problemas, problemas e mais problemas[[151]](#footnote-151).

Essa atmosfera de descontentamento está bem fundamentada e tem várias fontes. Pode-se ver o Estado de Bem-Estar Social como um processo pelo qual a industrialização, o capitalismo ou o mercado apresentam constantemente uma série de problemas intratáveis a um conjunto de instituições inadequadas para resolvê-los. Uma das razões pelas quais apresento as falhas de mercado e falhas de governo no início do curso de direito e políticas públicas[[152]](#footnote-152) é que essas discussões oferecem insumos para reflexão sobre a principal fonte de problemas das políticas públicas e as dificuldades gerais que o governo tem para enfrentá-las. Todo analista de políticas públicas deve compreender profundamente a combinação nas sociedades modernas de problemas difíceis e ferramentas imperfeitas. Uma sensação de horizontes limitados vai penetrando em todas as formas úteis de análise de políticas públicas. Um senso apropriado de expectativas reduzidas e otimismo reprimido é, por exemplo, um dos benefícios latentes do uso da análise institucional comparativa de Komesar (em que a instituição mais eficiente costuma ser a que menos se opõe às escolhas relativamente ineficazes)[[153]](#footnote-153).

Assim, em geral, a presença de habilidades altamente vigorosas e ajustadas para a solução de problemas e o rápido desenvolvimento de instituições jurídicas sofisticadas projetadas para atender a problemas sociais não significam absolutamente nada para alcançar um sucesso relativo ou absoluto na solução desses problemas. Por exemplo, temos um conjunto de instituições altamente sofisticadas, encarregadas da proteção ambiental, que estão tendo um sucesso relativo e que podem não ser capazes de evitar a destruição ambiental maciça[[154]](#footnote-154).

A crise de confiança no Estado de Bem-Estar Social e em suas instituições vai além das modestas reivindicações de engenharia social e análise de políticas públicas. Ela faz emergir questões de falhas e contradições fundamentais.

No topo da lista certamente deve estar a capacidade da moderna tecnologia de guerra de destruir o mundo a qualquer momento. Também aqui, como em quase todos os outros aspectos, a proteção ambiental é um caso paradigmático. O processo produtivo que é a fonte de nossa riqueza, problemas e instituições legais pode estar consumindo a base ecológica que o sustenta. O bem-estar material e o bem-estar ambiental podem ser radicalmente incompatíveis ou, ainda mais provocativamente, exigir um conjunto inteiramente novo de instituições jurídicas baseadas na estabilidade social e econômica, e não no crescimento[[155]](#footnote-155).

Problemas de desorganização e disfunção política, frequentemente mencionados neste artigo, podem superar limites e atingir proporções de crise. Se todas as áreas de política públicas apresentam sérios problemas para a política, a soma total, com todas as complexidades e contradições, pode atingir proporções de crise e exceder amplamente a capacidade de ação humana coletiva para a resolução de problemas[[156]](#footnote-156). Pensamos, por exemplo, no impasse político sobre o déficit orçamentário nos Estados Unidos e o impasse associado às políticas sociais.

A divisão de classe social e econômica sempre foi um problema para sistemas produtivos muito desenvolvidos e pode estar atingindo níveis críticos. A dificuldade em manter altos níveis de produção e consumo pode estar criando uma desagradável sensação de síndrome de fadiga crônica[[157]](#footnote-157)\*, na qual um grande número de pessoas é, basicamente, descartado e oficialmente declarado fora do sistema — o produto do fracasso social e das políticas públicas (no sentido de política pública. relegado à subsistência econômica e ao sistema de justiça criminal). Alguns benefícios sociais nos Estados de Bem-Estar Social são mais igualmente distribuídos que outros; sendo que níveis muito grandes de desigualdade podem atrapalhar o bem-estar social geral por meio de distúrbios políticos e sociais[[158]](#footnote-158).

Apesar da tendência para a especulação e o exagero, não creio que seja um acidente que os processos ordenados de análise de políticas públicas e engenharia social possam dar lugar, de uma hora para a outro, a profundas inquietações sobre a viabilidade do empreendimento como um todo. A preocupação com o sistema é uma característica irredutível do Estado de Bem-Estar Social e um foco legítimo da análise acadêmica séria. Parece que vivemos em uma sociedade altamente agitada e que, por isso, está sujeita a colapsos nervosos.

*13. A teoria do empoderamento e a transferência de um desenho institucional útil de uma área para outra*

Gostaria de caminhar para uma síntese e conclusão, com alguns exemplos de como a análise contida neste artigo tem valor potencial para a solução de problemas sociais e de como as políticas públicas nas sociedades modernas podem apoiar essa transferência de padrões de uma área da política pública para outra.

Resumindo os pontos levantados anteriormente: As instituições jurídicas no Estado de Bem-Estar Social estão orientadas para conseguir um alto desempenho (geralmente a eficiência econômica) e equidade social (a distribuição de bens sociais). Para serem efetivas, as instituições jurídicas combinam direção central forte e um alto grau de descentralização, delegação e, eventualmente, empoderamento. Uma teoria geral do empoderamento consideraria a necessidade de disponibilização de cinco tipos de recursos em favor das pessoas que desejaria que se tornassem mais ativas: direitos legais, financiamento, informações, acesso a organizações úteis e poder político[[159]](#footnote-159). Segundo esse quadro conceitual, caberia às instituições jurídicas fornecem três tipos de apoio essencial às atividades produtivas: direção sobre os objetivos finais mais importantes, a estrutura fundamental para a ação descentralizada e um conjunto de recursos produtivos[[160]](#footnote-160). Concluindo, gostaria de aplicar essas ideias a duas áreas da política pública: questão racial e pobreza e educação pública.

Primeiro, a questão racial e pobreza. Historicamente, a sociedade encarou essas áreas com negativismo e negligência, uma abordagem que se intensificou recentemente devido ao isolamento econômico dos subúrbios (periferias)[[161]](#footnote-161)\*. Um enorme problema com a política pública de enfrentamento da pobreza tem sido a incapacidade dessa política de realizar uma transferência efetiva de recursos (por exemplo, transferência de recursos aos trabalhadores empobrecidos da classe média). Atualmente, é cada vez mais aceito que, enquanto sociedade, pagaremos um preço enorme pelo fracasso nessa área de política pública, manifestada principalmente na redução da competitividade[[162]](#footnote-162). A sociedade também está admitindo que a solução do problema passe por uma maior e mais ativa participação dos pobres. Há uma necessidade de empoderamento, não apenas de bem-estar, ainda que o dinheiro seja um aspecto do empoderamento.

Instituições jurídicas mais efetivas atualmente em debate dão ênfase na facilitação e a entrega mais eficaz de recursos, inclusive de cupons educacionais, desenvolvimento regional de negócios, parcerias comerciais/educacionais, melhor educação profissional, planejamento familiar, seguro de saúde, uma política familiar completa (por exemplo, tempo livre do emprego para cuidados infantis)[[163]](#footnote-163). Este conjunto de políticas e instituições de apoio está fortemente orientado para melhorar a capacidade e a participação de indivíduos e famílias. Marian Wright Edelman, por exemplo, propõe a ideia de uma estrutura institucional nacional para o cuidado infantil.

Considerando que a problema é um problema persistente nos EUA, deveríamos nos perguntar quais elementos do empoderamento são mais deficitários na política pública existente. Os conservadores costumam perguntar por que oportunidades de emprego e educação formal barata (por exemplo, as faculdades comunitárias - *community colleges*) não eliminam a pobreza. A resposta mais óbvia parece ser o encerramento ou financiamento insuficiente de programas básicos, como educação profissional, creche e serviços de saúde. Mas talvez precisemos de uma mudança básica de perspectiva. As pessoas vivendo na extrema pobreza (por exemplo, mães solteiras e seus filhos, homens de baixa escolaridade e pertencentes a grupos minoritários) não conseguem usufruir dos benefícios dessas políticas públicas devido a uma série de déficits: falta de habilidades básicas, saúde precária, ausência de creche para o cuidado com os filhos, moradia deteriorada e insegura e falta de acesso a redes e oportunidades (implicando a necessidade de ações afirmativas de emprego inclusive para egressos do sistema prisional – das prisões para o emprego). O custo social da pobreza persistente representa um enorme custo para o bem-estar social, perda de produtividade econômica, encarceramento, doenças catastróficas e custos de saúde, bem como distúrbios urbanos, para citar alguns. Nossa sociedade, provavelmente, não reconheceu a magnitude do investimento necessário para capacitar seus cidadãos mais fustigados, nem compreendeu os grandes retornos que poderiam ser obtidos.

Obviamente, o custo seria imediato, enquanto os benefícios viriam somente no futuro. Por outro lado, muitos elementos do empoderamento podem ser fornecidos por meio da organização de serviços voluntários, por exemplo, ação comunitária (parcerias com empresas, etc.), adultos de classe média ajudando com famílias e escolas. Uma família bem estruturada e com renda suficiente talvez seja a maior fonte de investimento humano[[164]](#footnote-164). Na nossa sociedade, os adultos, constantemente, tem baixas condições de investir nas crianças pobres; consequentemente, as famílias pobres precisam que seus recursos sejam complementados (novamente, os recursos básicos do empoderamento: direitos legais, financiamento, informações, acesso a organizações úteis e poder político)[[165]](#footnote-165). O atual interesse das políticas públicas na família, nos serviços para as famílias, preparação escolar, organização comunitária, serviços sociais integrados podem sinalizar o nascimento de uma nova visão das políticas de redução dos efeitos da pobreza baseada no empoderamento dinâmico, e não na subsistência estática[[166]](#footnote-166). Entretanto, é preciso tomar cuidado para não reinventar os problemas da burocracia ao fazê-lo. Crianças precisam ainda mais de contato regular com um adulto atencioso, razoavelmente bem informado, do que de "um balcão único" de serviços sociais nas escolas[[167]](#footnote-167).

Segundo, a educação. Hoje, o debate concentra-se em três abordagens das políticas públicas, cada uma delas buscando altos níveis de atividade descentralizada por parte de professores, pais e alunos e um sistema forte de entrega de recursos[[168]](#footnote-168). A orientação sobre técnicas educativas (diretrizes curriculares, materiais, testes estudantis, treinamento de professores) tenta introduzir no currículo objetivos de aprendizagem de alto nível, fornecendo orientações valiosas e um senso de profissionalismo para o professor, ao mesmo tempo em que permite e incentiva um alto grau de atividade dos professores individualmente e dos professores em grupos, bem como um aumento das atividades dos alunos[[169]](#footnote-169). A autonomia da escola[[170]](#footnote-170) e as escolas pertencentes aos professores[[171]](#footnote-171) visam dar mais protagonismo aos funcionários das escolas descentralizando a autoridade, mas são ações que dependem de uma ambiente burocrático favorável e de treinamento adequado. Por fim, considere a escolha da família[[172]](#footnote-172). A ideia de escolha visa concentrar e intensificar os esforços educacionais, incentivando tanto a competição quanto o aspecto comunitário, reduzindo as influências políticas e burocráticas perturbadoras. Essas três abordagens podem ser combinadas de maneiras diferentes[[173]](#footnote-173).

Poder-se ia aplicar esse quadro conceitual para várias áreas das políticas públicas, como antitruste, falência, meio ambiente, seguros, direito comercial, geração de emprego (*equal employment*), comércio internacional, direitos humanos, etc. Uma qualidade que eu particularmente gosto na estrutura conceitual é como ela une política, pesquisa, prática e ética. Na complexa aldeia global, política pública e prática unem-se na tentativa de promover um ambiente propício para a atividade produtiva[[174]](#footnote-174). As questões éticas são naturalmente acomodadas, porque a moldura é expressamente normativa, visando tanto o bem-estar agregado quanto a equidade. A abertura do modelo à ética e à política vai protegê-lo do determinismo característico do funcionalismo histórico[[175]](#footnote-175). Contudo, as políticas públicas, a prática e a ética dependem de dados mais elaborados e de uma teoria básica sobre o desempenho e a interação de diferentes tipos de instituições. Conforme descrito, direito e políticas públicas é uma abordagem que incentiva e integra aquilo que a maior parte dos operadores considera ser mais importante.

*14. A política geral das políticas públicas*

Alguns podem se questionar sobre os processos políticos e estruturas subjacentes às proposições básicas deste artigo (principalmente, a adaptação das instituições jurídicas aos problemas do Estado de Bem-Estar Social). Provavelmente, isso seria tema para outro artigo; mas não acredito que seus mecanismos básicos sejam um mistério. Em ordem de importância, eu citaria três forças fundamentais historicamente conectadas: (1) a orientação das empresas sobre as instituições visando apoio ao comércio e prosperidade, juntamente com a força impressionante das empresas na política; (2) a força política da classe média criada como parte integral dos Estados de Bem-Estar Social; e (3) a ampliação da capacidade de análise das políticas pública e da coleta de dados. Parece-me que essas forças são suficientes para impor uma lógica de racionalidade econômica à política.

A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*), ao lidar com categorias trans-históricas como maiorias e minorias, consegue ser relativamente independente dos contextos histórico e social. No entanto, quase todos os exemplos dizem respeito à operação da democracia em economias complexas. Por exemplo, Neil Komesar acredita que a vontade dos federalistas de tolerar políticas voltadas a interesses especiais que operam em estruturas políticas complexas se deve ao medo da tirania das maiorias[[176]](#footnote-176)\*[[177]](#footnote-177). Acredito que seus piores temores diziam respeito a rupturas econômicas, sendo que o medo que tinham dos chamados “interesses especiais” foi aplacado por sua confiança nos objetivos mais amplos do mundo dos negócios. Nosso problema hoje é ampliar as estruturas institucionais que possam ir além dos interesses tradicionais da classe média e das empresas e começar a reconhecer a infraestrutura comunitária e cultural que dá vida aos sistemas de empoderamento[[178]](#footnote-178).

**IV CONCLUSÃO: O PARADOXO DO "EMPODERAMENTO"**

Examinando novamente o que discuti neste artigo, fico fascinado com a interação entre contexto social, análise instrumental e crítica social. E o conceito fundamental de empoderamento é, certamente, o melhor exemplo que se pode buscar. Em primeiro lugar, o empoderamento repousa sobre uma flagrante contradição: o indivíduo é empoderado para realizar uma determinada tarefa, ou seja, realizar a vontade de um indivíduo ou de um grupo. No contexto de produção moderno, a partir de uma perspectiva sistêmica, a lógica básica do empoderamento é obter um nível mais alto 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 aumentando de integração à cultura de produção e consumo (por exemplo, aumento do valor dado a bens de consumo e emprego de alta produtividade). Empoderamento é, a um só tempo, autonomia e controle social; luxo e escassez; liberdade e escravidão. Penso, nesse sentido, na mudança do papel das mulheres e do movimento feminista. A mudança do trabalho doméstico para o trabalho remunerado, a mudança de empregos de baixo nível para empregos de alto nível e o crescente papel na vida pública devem representar uma das mais impressionantes histórias de empoderamento (ou, como costumava ser chamado, de libertação). Mas o preço também tem sido alto: níveis extraordinários de trabalho e esforço e conflitos contundentes sobre como conciliar papéis econômicos com a reprodução e a vida familiar, por exemplo.

O mesmo padrão existe no nível do sistema. É surpreendente produtividade da economia mundial moderna: a intensidade, a complexidade o vigor de toda a atividade coordenada são uma conquista impressionante, completamente sem precedentes na história do mundo e da raça humana. Não é de admirar, então, que emerjam dúvidas sobre a sustentabilidade. É possível continuar a produzir riqueza sem destruir o meio ambiente? Estamos chegando a um limite da quantidade de pessoas que podem ser integradas com sucesso na economia global?[[179]](#footnote-179) Estamos atingindo limites de conhecimento sobre a capacidade de solução de problemas sistêmicos ou sobre a capacidade de moldar comportamentos de forma a gerar empreendimentos produtivos e de alta energia?

Assim, longe de um triunfo inequívoco do progresso humano, o empoderamento e de todo o sistema de direito e políticos públicas, é uma história em desenvolvimento recheada de drama e surpresas. Para mim, a pergunta mais interessante é se a experiência de maior autonomia se tornará autônoma, levando as pessoas a empurrar o sistema na direção de maior lazer e satisfação humana total[[180]](#footnote-180). Se isso ocorrer, talvez tenhamos criado um novo tipo de política pública e direito.

1. \* Professor Voss-Bascom de Direito e Professor no Instituto Robert M. La Follette de Assuntos Públicos da Universidade de Wisconsin em Madison (Estados Unidos).

   Este ensaio teve origem em um curso que eu criei para Gunther Teubner na Divisão de Direito do Instituto Universitário Europeu (I) em Florença, Itália, no final de 1985. Os trabalhos apresentados em duas conferências possuem similaridades ancestrais (ver nota 105 abaixo). A concepção dos materiais do curso e a co-ministração de um seminário sobre o estado de bem-estar social com Joel Rogers também foi uma influência importante, bem como foi em um exercício anterior na concepção conjunta de materiais do curso em Direito Constitucional com Neil Komesar. Também foram importantes as pesquisas e interações em andamento com meus colegas na Faculdade de Direito, em política educacional (principalmente o Centro para Pesquisa de Política em Educação, CPPE) e no Instituto La Follette de Assuntos Públicos, onde eu ensinei o curso de direito e política pública. Agradeço a Bill Sarvay pela valiosa assistência em pesquisa, a Lisa Armstrong pelo apoio técnico esplêndido e a Alice Honeywell pela edição do texto. [↑](#footnote-ref-1)
2. De maneira geral, veja Paul Bohannan, The Differing Realms of the Law, in THE ETHNOGRAPHY OF LAW (Laura Nader ed., 1965); ver também 67 Am. ANTHROPOLOGIST 6 (Pt. 2) 1965. [↑](#footnote-ref-2)
3. \* N.T.: O autor se refere à *L.A. Law* é uma popular série de televisão americana que se referia a dramas que tinham como pano de fundo processos fictícios que corriam em tribunais da Califórnia. Essa série foi exibida nos EUA por oito temporadas pela emissora NBC de 15 de setembro de 1986 a 19 de maio de 1994. [↑](#footnote-ref-3)
4. O possível conflito entre formalismo jurídico e consequencialismo é discutido abaixo. Não estou dizendo aqui que o direito do estado de bem-estar social é desprovido de questões filosóficas e éticas. Porém, enquanto questões filosóficas e éticas abundam nas políticas públicas, consistentes com a ênfase da política no bem-estar agregado, as questões éticas tratam diretamente do bem-estar agregado (por exemplo, a redistribuição dos benefícios de saúde dos doentes terminais para as mulheres grávidas) ou dizem respeito à instituição adequada para fazer determinações mais individualizadas (por exemplo, quando a vida começa e termina). Naturalmente, isso significa que o direito e política pública está criticamente preocupado com a competência e o caráter representativo das instituições decisórias. [↑](#footnote-ref-4)
5. Regimes de liberdade individual podem ser necessários, no entanto, como infraestruturas para políticas públicas; por exemplo, liberdade econômica, participação dos trabalhadores e até direitos humanos. [↑](#footnote-ref-5)
6. \* N.T.: Os problemas criados pelo mercado e não resolvidos por ele seriam as falhas de mercado. [↑](#footnote-ref-6)
7. Este fenômeno é chamado, algumas vezes, de falha de mercado. Vide: Charles Wolf Jr., MARKETS OR GOVERNMENTS: CHOOSING BETWEEN IMPERFECT ALTERNATIVES 17-33 (1988). [↑](#footnote-ref-7)
8. Porém, as políticas públicas podem afetar a resolução de disputas de maneira dramática: por exemplo, alterando a natureza das reivindicações, incentivando a agregação de reivindicações (por exemplo, litígios complexos) e a resolução informal de conflitos como uma alternativa menos dispendiosa. [↑](#footnote-ref-8)
9. De maneira geral vide NIKLAS LUHMANN, THE DIFFERENTIATION OF SOCIETY 230-54 (Tradução em inglês de Stephen Holmes e Charles Larmore, 1982). [↑](#footnote-ref-9)
10. Gunther Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modem Law, 17 LAW & Soc’Y Rev. 239 (1983); Gunther Teubner, Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, 18 LAW & Soc’Y Rev. 291 (1984). [↑](#footnote-ref-10)
11. Vide CHRISTOPHER JENCKS, RETHINKING SOCIAL POLICY: RACE, POVERTY, AND THE UNDERCLASS 11-12, 20-23 (1992) (papel dos dados, hipóteses específicas, valores e ideologia em políticas sociais); ver também a nota 50 e o texto subsequente. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver WOLF, nota 4 supra, para a afirmação de que o patrimônio é a principal falha do mercado em um sentido político, apesar do fato de que a desigualdade não é um lapso da eficiência econômica agregada - o significado técnico e neoclássico da falha do mercado. Veja também DANIEL W. BROMLEY, ECONOMIC INTERESTS AND INSTITUTIONS: THE CONCEPTUAL FOUNDATIONS OF PUBLIC POLICY 109-47, 181 (1989) (papel da distribuição no bem-estar e afirmação de que a política fundiária que produz maior crescimento da riqueza também produz maiores desigualdades); CHARLES L. SCHULTZE, THE PUBLIC USE OF THE PRIVATE INTEREST (1977). [↑](#footnote-ref-12)
13. De maneira geral, veja National Center on Education and the Economy, America's Choice: High Skills or Low Wages! (1990). [↑](#footnote-ref-13)
14. GARY S. BECKER, HUMAN CAPITAL: A THEORETICAL AND EMPIRICAL ANALYSIS, WITH SPECIAL REFERENCE TO EDUCATION (1964). [↑](#footnote-ref-14)
15. De maneira geral, vide NICHOLAS LEMANN, THE PROMISED LAND: THE GREAT BLACK MIGRATION AND HOW IT CHANGED AMERICA (1991). [↑](#footnote-ref-15)
16. Vide, ex., CLAUS OFFE, DISORGANIZED CAPITALISM: CONTEMPORARY TRANSFORMATIONS OF WORK AND POLITICS (1985); ver também Martin Lasden, Apocalypse: Then and Now, 18 STAN. MAG. 55 (1990) (discutindo as previsões de Paul Ehrlich sobre crescimento da população e ecologia). [↑](#footnote-ref-16)
17. De maneira geral, vide JAMES G. MARCH & JOHAN P. OLSEN, AMBIGUITY AND CHOICE IN ORGANIZATIONS (1982). [↑](#footnote-ref-17)
18. De maneira geral, vide J. Roy HAY, THE DEVELOPMENT OF THE BRITISH WELFARE STATE, 1880-1975 (1978). [↑](#footnote-ref-18)
19. HUGH HECLO, MODERN SOCIAL POLITICS IN BRITAIN AND SWEDEN: FROM RELIEF TO INCOME MAINTENANCE 1-2, 10-33 (1974); veja também THE DEVELOPMENT OF WELFARE STATES IN EUROPE AND AMERICA (Peter Flora & Arnold J. Heidenheimer eds., 1984). [↑](#footnote-ref-19)
20. De maneira geral, vide KARL POLANYI, THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF OUR TIME (1974). [↑](#footnote-ref-20)
21. De maneira geral, ver JAMES HURST, LAW AND MARKETS IN UNITED STATES HISTORY: DIFFERENT MODES OF BARGAINING AMONG INTERESTS (1981); JAMES HURST, LAW & CONDITIONS OF FREEDOM (1956); MICHAEL J. PIORE & CHARLES F. SABEL, THE SECOND INDUSTRIAL DIVIDE: POSSIBILITIES FOR PROSPERITY (1984). [↑](#footnote-ref-21)
22. Em certo sentido, não pode haver conflito entre a produção de riqueza e o meio ambiente. proteção porque a riqueza material e a qualidade ambiental são bens apreciados pelo ser humano seres que podem escolher qualquer combinação dos dois é mais satisfatória. O problema, então, é a distorção institucional que leva a uma sobre e, concomitantemente, sub-representação de certos valores, como aqueles favoráveis ao meio ambiente. Tais distorções incluem o problema dos custos externos e dos *free-riders* (por exemplo, chuva ácida e municípios a jusante dos esgotos de outros municípios), sub-representação das gerações futuras e super-representação de certos subgrupos da população (por exemplo, se pessoas ricas e politicamente poderosas tendiam a ter uma filosofia de carpe diem por causa da intensa prazeres disponíveis com grande riqueza - a suposição oposta, a propósito, da nova classe hipótese, que supõe que as pessoas ricas são exatamente aquelas que podem pagar um ambiente mais limpo).

    É claro que, em última instância, aqueles que favorecem uma melhor qualidade ambiental devem encontrar as instituições para implementar suas preferências ou estar fadado ao fracasso (por exemplo, tribunais, referendos). É por isso que o problema institucional se converte automaticamente em dois problemas de mudança cultural e política; nem as preferências subjacentes nem as instituições que as implementam podem ser mantidas constantes ou assumidas exógenos (pré-condições imunes a alterações deliberadas). Um controle mais democrático do meio ambiente pode exigir intensa mudança de atitude, redistribuição da riqueza e redesenho das instituições políticas. Por essas e outras razões, a idéia de corrigir distorções representativas se sobrepõe fortemente com as questões de valor subjacentes. Ver ROGER W. FINDLEY & DAVID A. FARBER, ENVIRONMENTAL LAW: CASES AND MATERIALS 1-53 (1985); ver também WILLIAM M. DUGGER, RADICAL INSTITUTIONALISM: CONTEMPORARY VOICES at xii (1989) (a economia da evolução cultural e provisionamento social como o estudo de processos dinâmicos); Duncan Kennedy, Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique, 33 STAN. L. REV. 387 (1981). [↑](#footnote-ref-22)
23. A raça como produto da migração forçada de uma enorme força de trabalho agrícola e sua subsequente reimigração para centros industriais. Obviamente, não pretendo dizer que a raça e a discriminação de gênero são completamente definidas por seu conteúdo econômico. Mas as origens, escala, *locus* e até os remédios para esses problemas são dominados pela vida econômica. De maneira geral, veja Carin A. Clauss, Comparable Worth-the Theory, Its Legal Foundation, and the Feasibility of Implementation, 20 J. L. REFORM 7 (1986); Vicki Schultz, Telling Stories About Women and Work- Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument, 103 Harv. L. Rev. 1749 (1990); Scott J. South, Metropolitan Migration and Social Problems, 68 Soc. ScI. Q. 3 (1987). [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver Susan Wels, Global Integration: The Apparent and the Real, 18 STAN. MAG. 46 (1990) (o direito internacional ainda não acompanhando os seus passos com a integração econômica; predominância das instituições privadas). [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver Luhmann, nota 6 supra (classificando este fenômeno como diferenciação social). [↑](#footnote-ref-25)
26. Considerar, por exemplo, os computadores e a então chamada sociedade da informação. Ver Wels, nota 21 supra, à p. 46 (afirmando que as tecnologias de comunicação distinguem esse período de integração global das anteriores). [↑](#footnote-ref-26)
27. Teubner, Substantive and Reflective Elements in Modern Law, nota 7 supra, à p. 239; Teubner, Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, nota 7 supra, às pp. 291-301. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver, p. ex., Joel F. Handler, Dependent People, The State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community, 35 UCLA L. REV. 999 (1988); JOEL F. HANDLER, THE CONDITIONS OF DISCRETION: AUTONOMY, COMMUNITY, BUREAUCRACY (1986); ROSABETH KANTER, THE CHANGE MASTERS: INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIP IN THE AMERICAN CORPORATION 156-179 (1983). [↑](#footnote-ref-28)
29. Vide, p. ex., THOMAS J. PETERS & ROBERT H. WATERMAN, JR., IN SEARCH OF EXCELLENCE: LESSONS FROM AMERICA’S BEST-RUN COMPANIES (1982); PIORE & SABEL, nota 18 supra. [↑](#footnote-ref-29)
30. CHARLES E. LINDBLOM, POLITICS AND MARKETS: THE WORLD'S POLITICAL-ECONOMIC SYSTEMS 17-51 (1977). [↑](#footnote-ref-30)
31. Felice J. Levine, Goose Bumps and The Search for Intelligent Life in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years, 24 Law & Soc’y Rev. 20 (1990). [↑](#footnote-ref-31)
32. LINDBLOM, nota 27 supra. [↑](#footnote-ref-32)
33. Vide William H. Clune, Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy, 1985 WIS. L. REV. 707, 739 n.77; Richard A. Epstein, Rights and Rights Talk, 105 HARV. L. RV. 1106 (1992) (reviewing MARY ANN GLENDON RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (1991)). Richard M. Fischl, Some Realism About Critical Legal Studies, 41 U. MIAMI L. REV. 505, 516 (1987); Duncan Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phe. nomenology, 36 J. LEGAL EDUC. 518 (1986). [↑](#footnote-ref-33)
34. Considere, por exemplo, a falência e a cobrança forçada de dívida. Theodore Eisenberg & Stephen Yeazell, The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, 93 HARV. L. REv. 465 (1980); Whitford, A Critique of the Consumer Credit Collection System 1979 Wis. L. REv. 1047. [↑](#footnote-ref-34)
35. Apesar da verdade aparentemente óbvia desta afirmação, este ponto de vista tem sido objeto de disputa tanto pela jurisprudência, quanto pela política legislativa; vide, por exemplo, a distinção entre o direito do trabalho e um direito relacionado à saúde, segurança, bons costumes e bem-estar em Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905); ver também THOMAS B. EDSALL, THE NEW POLITICS OF INEQUALITY (1984); JENCKS, nota 8 supra, p. 10 (objeções conservadoras às políticas de redes de proteção social desenvolvidas pelo Congresso depois do governo de Lyndon Johnson). [↑](#footnote-ref-35)
36. BROMLEY, nota 9 supra, pp. 42-43 (distinguindo convenções de prerrogativas de direitos). [↑](#footnote-ref-36)
37. Vide nota 9 supra e o texto que a acompanha. [↑](#footnote-ref-37)
38. Vide John T. Scholz, Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement, 18 LAW & SOC'Y REV. 179 (1984) (discutindo o dilema do prisioneiro na fiscalização regulatória). [↑](#footnote-ref-38)
39. Adam Przeworski & Michael Wallerstein, Democratic Capitalism at the Crossroads, in CAPITALISM AND SOCIAL DEMOCRACY 205 (A. Przeworski ed. 1985); Harold L. Wilensky, The New Corporatism, Centralization, and the Welfare State, in SAGE PROFESSIONAL PAPERS IN CONTEMPORARY POLITICAL SOCIOLOGY (Series No. 06-020) 7 (1976); Joel E. Rogers, Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws, 1990 Wis. L. REV. I. [↑](#footnote-ref-39)
40. Vide BROMLEY, nota 9 supra, p. 217 (afirmando que a complexidade do direito de propriedade é reflexo do valor do recurso). [↑](#footnote-ref-40)
41. EUGENE BARDACH & ROBERT A. KAGAN, GOING BY THE BOOK: THE PROBLEM OF REGULATORY UNREASONABLENESS 294-96 (1982). [↑](#footnote-ref-41)
42. Sobre os direitos civis, vide, por exemplo, James E. Jones, Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11,246 As Amended, 59 CHI.-KENT L. REV. 67 (1982). [↑](#footnote-ref-42)
43. De maneira geral, vide, CHARLES NOBLE, LIBERALISM AT WORK: THE RISE AND FALL OF OSHA 176 (1986); STEPHEN D. SUGARMAN, DOING AWAY WPTH PERSONAL INJURY LAW: NEW COMPENSATION MECHANISMS FOR VICTIMS, CONSUMERS, AND BUSINESS (1989); ANDREW TOBIAS, THE INVISIBLE BANKERS: EVERYTHING THE INSURANCE INDUSTRY NEVER WANTED YOU TO KNOW (1982); Neil H. Komesar, Injuries and Institutions: Tort Reform, Tort Theory, and Beyond, 65 N.Y.U. L. REV. 23 (1990); Stephen D. Sugarman, Doing Away with Tort Law, 73 CAL. L. REV. 555 (1985). [↑](#footnote-ref-43)
44. Vide Don Kettl, The Perils and Prospects of Public Administration, 1990 PUB. ADMIN. REV. 411 (1990); Teubner, nota 7 supra (discutindo a ideia Habermasiana e Piagetiana da capacidade de aprendizado do sistema jurídico). [↑](#footnote-ref-44)
45. N.T.: Percebe-se que o autor utiliza “agência” em seu texto em um sentido sociológico, no sentido de uma capacidade que certas pessoas possuem de agir independentemente. [↑](#footnote-ref-45)
46. De maneira geral, vide William H. Clune, A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers, 69 IOWA L. REV. 47 (1983); William H. Clune & R-E. Lindquist, What Implementation Isn't: Toward a General Framework for Implementation Research, 1981 WIS. L. REV. 1044; William H. Clune & Mark H. Van Pelt, A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis, LAW & CONTEMP. PROBS., Winter, 1985, p. 7. [↑](#footnote-ref-46)
47. Como mencionado previamente, este empurrão é expresso por meio de palavras tais como empoderamento, capacitação e facilitação. Ver o texto que acompanha a nota 25 supra. [↑](#footnote-ref-47)
48. Sobre a negociação envolvendo grupos de interesse e o comércio de emissões vide BARDACH & KAGAN, nota 38 supra; John P. Dwyer, Contentiousness and Cooperation in Environmental Regulation, 35 AM. J. COMP. L. 809 (1987); John P. Dwyer, The Pathology of Symbolic Legislation, 17 ECOLOGY L. Q. 233 (1990); John P. Dwyer, Overregulation, 15 ECOLOGY L. Q. 719 (1988). [↑](#footnote-ref-48)
49. PIORE & SABEL, nota 18 supra; NOBLE, nota 40 supra. [↑](#footnote-ref-49)
50. Sobre descentralização e escolha, vide Clune & John F. Witte, Choice & Control in American Education (1990); on educational vouchers see John E. Chubb & Terry M. Moe, Politics, Markets, and Americas Schools (1990); John E. Coons & Stephen D. Sugarman, Education By Choice: The Case for Family Control (1978); Charles L. Glenn, Choice of Schools in Six Nations (1989); Thomas James & Henry M. Levin, Public Dollars for Private Schools: The Case of Tuition Tax Credits (1983); Myron Lieberman, Privatization and Educational Choice (1989); Joe Nathan, Free to Teach: Achieving Equity, and Excellence in Schools (1983); Joe Nathan, Public Schools by Choice: Expanding Opportunities for Parents, Students, and Teachers (1989). [↑](#footnote-ref-50)
51. Joel F. Handler, Community Care for the Frail Elderly: A Theory of Empowerment, 50 OHIO ST. L.J. 541 (1989). [↑](#footnote-ref-51)
52. Vide, p. ex., a ênfase moderna sobre treinamento e incentivos de trabalho, ROBERT HAVEMAN, STARTING EVEN: AN EQUAL OPPORTUNITY PROGRAM TO COMBAT THE NATIONS NEW POVERTY (1988). [↑](#footnote-ref-52)
53. PETERS & WATERMAN, nota 26 supra. [↑](#footnote-ref-53)
54. Vide Schultze, nota 9 supra (recomendando instrumentos políticos de mercado e enfatizando um papel poderoso indicativos de preço, especialmente no longo prazo); vide também a nota 8 supra e o texto que a acompanha. [↑](#footnote-ref-54)
55. De maneira geral CHRISTOPHER D. STONE, WHERE THE LAW ENDS: THE SOCIAL CONTROL OF CORPORATE BEHAVIOR (1975). [↑](#footnote-ref-55)
56. Para uma crítica da recomendação de incentivos de mercado e complexidade administrativa, vide Richard B. Stewart, The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation, 1985 Wi. L. Rev. 655 (1985). [↑](#footnote-ref-56)
57. Vide JOHN E. CHUBB, INTEREST GROUPS AND THE BUREAUCRACY: THE POLITICS OF ENERGY (1985); ver também Dwyer, nota 44 supra. [↑](#footnote-ref-57)
58. Vide GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES (1982); Clune & Van Pelt, nota 42 supra. [↑](#footnote-ref-58)
59. Vide THEODORE J. LOWI, THE END OF LIBERALISM: THE SECOND REPUBLIC OF THE UNITED STATES (1979); Rogers, nota 36 supra. [↑](#footnote-ref-59)
60. Vide, p. ex., NOBLE, nota 40 supra (discutindo a inclusão de trabalhadores em regulamentos de segurança); Lemann, The Unfinished War, 262-3 ATLANTIC MONTHLY Parts I & II, (1988 & 1989) (discutindo a Guerra à Pobreza). [↑](#footnote-ref-60)
61. David K. Cohen, Governance and Instruction: The Promise of Decentralization and Choice, in CHOICE AND CONTROL IN AMERICAN EDUCATION Vol.1 (William H. Clune & John Witte eds. 1990). [↑](#footnote-ref-61)
62. Neil H. Komesar, In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative, 79 Mich. L. Rev. 1350 (1981); Neil H. Komesar, Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis, 51 U. Cm L. Rev. 366 (1984); Neil H. Komesar, Back to the Future: An Institutional View of Making and Interpreting Constitutions, 81 Nw. U. L. Rev. 191 (1987); Neil H. Komesar, A Job for the Judge: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society, 86 Mich. L. Rev. 657 (1988). [↑](#footnote-ref-62)
63. Clune, A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Role of Lawyers, nota 42 supra. [↑](#footnote-ref-63)
64. EUGENE BARDACH, THE IMPLEMENTATION GAME 273-82 (1977). [↑](#footnote-ref-64)
65. Theodore Eisenberg & Stephen Yeazell, The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, 93 HARV. L. REV. 465 (1980). [↑](#footnote-ref-65)
66. Clune, A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Role of Law and Lawyers, nota 42 supra; Harold A. McDougall, Social Movements, Law, and Implementation: A Clinical Dimension for the New Legal Process, 75 CORNELL L. REV. 83 (1989). [↑](#footnote-ref-66)
67. LINDBLOM, nota 27 supra. [↑](#footnote-ref-67)
68. Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, nota 7 supra (ela mesma uma síntese da obra de diversos outros teóricos: Nonet & Selznick, Luhmann, Habermas); vide também Thomas Palay, Relational Contracting Transaction Cost Economics and the Governance of HMOs, 59 TEMP. L. Q. 927 (1986). On the idea of government modelled on the market, see DAVID OSBORNE & TED GAEBLER, REINVENTING GOVERNMENT, HOW THE ENTREPRENEURIAL SPIRIT IS TRANSFORMING THE PUBLIC SECTOR (1992). [↑](#footnote-ref-68)
69. OLIVER E. WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting (1985); Ian L Macneil, The Many Futures of Contracts, 47 S. CAL. L. REV. 691, 712 (1974). [↑](#footnote-ref-69)
70. Esta é a proposição pela qual o professor Stewart Macaulay se tornou conhecido. Vide A. Stewart Macaulay, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28 Am. Soc. Rev. 55 (1963); see also 1985 Wis. L. Rev. 461. A preponderância de legalidades formais nas políticas de combate à pobreza (ex., regras sobre critérios de elegibilidade) é provavelmente uma indicação patológica. Vide William H. Simon, Legality, Bureaucracy, and the Class in the Welfare System, 92 YALE L. J. 1198 (1983). [↑](#footnote-ref-70)
71. Considere, por exemplo, trocas e seguros regulados. De modo geral, vide Peter C. Carstensen, The Content of the Hollow Core of Antitrust: The Chicago Board of Trade Case and the Meaning of the Rule of Reason in Restraint of Trade Analysis, 15 RES. IN LAW & ECON. (prelo 1992). [↑](#footnote-ref-71)
72. De modo geral, vide A. Stewart Macaulay, Long-Term Continuing Relationships: the American Experience Regulating Dealerships and Franchises, (1990) (Working Paper Institute for Legal Studies University of Wisconsin-Madison Law School). [↑](#footnote-ref-72)
73. Thomas Palay, Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting, 13 J. LEGAL STUD. 265 (1984). [↑](#footnote-ref-73)
74. Considere por exemplo, as organizações de plano de saúde. Vide Palay, nota 64 supra. Mas a atividade produtiva consiste em uma legião de interações complexas dentro da firma. Vide, ex., ALFRED D. CHANDLER, JR., THE VISIBLE HAND: THE MANAGERIAL REVOLUTION IN AMERICAN BUSINESS (1977). [↑](#footnote-ref-74)
75. Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 YALE L.J. 959 (1979); June M. Weisberger, The Wisconsin Marital Property Act: Highlights of the Wisconsin Experience in Developing A Model for Comprehensive Common Law Property Reform, 1985 WIS. WOMEN'S L.J. 5 & Addendum 1-2. [↑](#footnote-ref-75)
76. De modo geral, vide GARY S. BECKER, AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE FAMILY (1986). [↑](#footnote-ref-76)
77. De modo geral, vide Mnookin & Kornhauser, nota 71 supra. [↑](#footnote-ref-77)
78. Charles A. Reich, The New Property, 73 YALE L.J. 733 (1964). Veja também Handler, Dependent People, the State, and the Modern/Pastmodern Search for the Dialogic Community, nota 25 supra. [↑](#footnote-ref-78)
79. Keith Hawkins & John M. Thomas, The Enforcement Process in Regulatory Bureaucracies, in ENFORCING REGULATION 16 (K. Hawkins & J. Thomas eds., 1984); Scholz, nota 35 supra. [↑](#footnote-ref-79)
80. Susan Estrich, Rape, 95 YALE LJ. 1087 (1986). [↑](#footnote-ref-80)
81. Weisberger, nota 71 supra. [↑](#footnote-ref-81)
82. William C. Whitford, A Critique of the Consumer Credit Collection System, 1979 Wis. L. Rev. 1047 (1979). [↑](#footnote-ref-82)
83. SUGARMAN, nota 40 supra. [↑](#footnote-ref-83)
84. BARDACH & KAGAN, nota 38 supra. [↑](#footnote-ref-84)
85. NOBLE, nota 40 supra. [↑](#footnote-ref-85)
86. Rogers, nota 36 supra. [↑](#footnote-ref-86)
87. Komesar, nota 58 supra. [↑](#footnote-ref-87)
88. Clauss, nota 20 supra. [↑](#footnote-ref-88)
89. Schultz, nota 20 supra. [↑](#footnote-ref-89)
90. Clune & Van Pelt, nota 42 supra. [↑](#footnote-ref-90)
91. Veja fontes citadas na nota 25 supra; Handler, nota 47 supra. [↑](#footnote-ref-91)
92. De maneira geral, vide HERMAN GOLDSTEIN, PROBLEM-ORIENTED POLICING (1990). Veja também Wilson & Kelling, Making Neighborhoods Safe, 263 ATLANTIC MONTHLY 46 (1989). [↑](#footnote-ref-92)
93. Vide HANDLER, DEPENDENT PEOPLE, nota 25 supra, pp. 1068-71 (discutindo Habermas e outros teóricos). [↑](#footnote-ref-93)
94. De forma geral, ver Neil K. Komesar, Law and the Character of Politics (1990) (manuscrito inédito, University of Wisconsin Law School). [↑](#footnote-ref-94)
95. Vide Duncan Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 MD. L. Rev. 563 (1982). [↑](#footnote-ref-95)
96. 1 & 2 Max Weber, Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva 85, 86 & 656, 657, 809 (Gunther Roth & Claus Wittich eds., 1978). Ver também Luhmann, nota 6 supra, em 122; Clune, nota 42 supra, em 104; Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, nota 7 supra, em 240. Observar que a noção Weberiana de consequencialismo é mais ampla que bem estar material, compreendendo também, por exemplo, consequencialismo ético. Weber pode ver perigo, por exemplo, em reivindicações de vários grupos para o Estado e sua completa má vontade em aceitar os processos governamentais como meios legítimos para resolver disputas envolvendo seus interesses. Ver Epstein, nota 30, supra. Absolutismo ético talvez seja uma forma menos benigna de consequencialismo que boas instituições de bem estar (veja também a discussão de desconstrução e pós-modernismo abaixo). Por outro lado, ideias sobre escolha individual e multiculturalismo talvez sejam as versões política e legal do paradigma emergente sobre empoderamento. [↑](#footnote-ref-96)
97. \* N.T. O autor usa a expressão “common law-like exegesis” que pode ser entendida como força normativa da interpretação jurisprudencial acerca de certos textos de lei. [↑](#footnote-ref-97)
98. Ver Michael W. Kirst & Richard Jung, *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View of Title 1, ESEA* (Stanford University Project Report Nº 80-B18 1980); JENCKS, vide nota 8, pp. 19-23 (reforma institucional de apoio a mães solteiras e valor do incrementalismo). [↑](#footnote-ref-98)
99. \* N.T. A abordagem teórica *Critical Legal Studies* ainda não tem tradução para o português. Adotou-se aqui a tradução para “Estudos Críticos do Direito”, mas a expressão em inglês é comumente usada em trabalhos acadêmicos. [↑](#footnote-ref-99)
100. Pragmatismo social é a avaliação de conceitos de acordo com suas consequências ao invés de por seu significado interno. Vide G. Edward White, *From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History,* 40 Sw. L.J. 819 (1986). [↑](#footnote-ref-100)
101. Kennedy, nota 19 supra. [↑](#footnote-ref-101)
102. Ver, a esse respeito, David Luban, *Legal Modernism,* 84 Mich. L. Ver. 1656 (1986) [↑](#footnote-ref-102)
103. Ver Mark G. Kelman, *Trashing*, 36 Stan. L. Rev. 293 (1984). Kelman escreve:

     Blackstone trata os direitos hereditários incorpóreos como um tipo de direito real de propriedade, embora ele cuidadosamente os diferencie da propriedade sobre terrenos, mesmo quando eles envolvam o direito de receber renda decorrente do terreno. Supostamente, ele os trata como propriedade, uma vez que são uma “coisa”, embora admitidamente uma “coisa invisível” que não pode ser passada de mão em mão (citando Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone’s Commentaries,* 28 Buff. L. Re. 205, 342-43 (1979)). Mas o que diabos seria uma coisa invisível e intangível? Estaria Blackstone simplesmente louco ou não seria do tipo com uma inteligência aguda que demandamos daqueles que comprovadamente frequentaram uma faculdade de direito de prestígio? Mas talvez haja uma ordem aqui: nós devemos ao menos considerar a possibilidade de que essa reificação de direitos hereditários incorpóreos permita a Blackstone estender de maneira abrangente argumentos com o fim de “proteção à paz civil” para que o Estado proteja a posse da propriedade em situações em que os argumentos seriam de outra forma surpreendentemente inaplicáveis. [↑](#footnote-ref-103)
104. Richard K. Sherwin, *A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling*, 87, Mich. L. Rev. 543 (1988) [↑](#footnote-ref-104)
105. \* N.T. Vide NT no item I. [↑](#footnote-ref-105)
106. Ver, de forma geral, Gunther Teubner, *How the Law Thinks: Toward A Constructivist Epistemology of Law*, 23 Law & Soc’y Rev. 727 (1989) [↑](#footnote-ref-106)
107. Murray Edelman, Politics as Symbolic Action (1971); Murray Edelman, Political Language: Words That Succeded and Policies That Fail (1977) [↑](#footnote-ref-107)
108. John W. Meyer & Brian Rowan, *Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83, Am J. of Soc. 340 (1977); para citações semelhantes ver Clune, nota 42, supra. [↑](#footnote-ref-108)
109. \* NT Neste caso, em que pese a redação original ser “educational statistics” o autor está indicando a busca números que ilustrem políticas de sucesso tanto no aspecto criminal quanto educacional. [↑](#footnote-ref-109)
110. Por exemplo, considere a afirmação que o custo de serviços educacionais para pessoas deficientes abre seu caminho em diferentes tipos de doutrina. Veja Katharine T. Bartlett, *The Role of Cost in Educational Decision Making for the Handicapped Child*, Law & Contemp. Probs., Spring, 1985, em 9; Judith Welch Wegner, *Variantions on a Theme – The Concept of Equal Educational Oportunity and Programming Decisions Under the Education fo All Hadicapped Children Act of 1975*, Law & Contemp. Probs., Winter, 1985, em 169 (1985), ambas citações reimpressas em Bartlett & Wegner, Children With Special Needs (1987). [↑](#footnote-ref-110)
111. Jürgen Habermas, Legitimation Crisis 45-94 (1973). [↑](#footnote-ref-111)
112. \* NT No sistema da *common law,*a divisão dos poderes conferidos ao juiz togado e aos jurados aplica-se de forma ampla em diversos ramos do direito, inclusive nos casos civis, devendo-se fazer as respectivas mediações analíticas neste ponto. [↑](#footnote-ref-112)
113. Bardach & Kagan, vide nota 38, supra. [↑](#footnote-ref-113)
114. \* N.T. O direito norte americano diferencia *polity* (estruturas políticas e partidárias – congresso, partidos políticos), *politics* (processo eleitoral, sistema de votação) e *public policies* (ações, iniciativas de programa governamentais, políticas públicas). No texto original, o autor usa a expressão *politics*. [↑](#footnote-ref-114)
115. \*N.T. Willian H. Clune desenvolve em mais detalhes esse modelo centro-periferia no artigo “Legal Disintegration and a Theory of the State” publicado na German Law Journal, 12 (1), Jan. 2011, p. 186-205. Em apertada síntese, No centro estaria o direito clássico, os temas e disciplinas tradicionais (contratos, responsabilidade civil, sistemas processuais, direito penal, etc.) com sua noção de estabilidade e segurança, mas a sensação de um direito abstrato, socialmente inconsequente. Na periferia há um desconforto para o pensamento jurídico, dada a influência (e afluência) de outras formas de pensar buscando uma resolução sofisticada de problemas sociais. [↑](#footnote-ref-115)
116. Willian H. Clune, Legal Desintegration and a Theory of the Sate, in Critical Legal Thought: an American-German Debate 187 (Christian Joerges & David M. Trubek, eds. 1989); Clune, vide nota 30, supra. [↑](#footnote-ref-116)
117. \* N.T. Nesse ponto, importante fazer uma mediação analítica entre o sistema da *common law* e da *civil law*. No direito norte-americano, a litigância (sistema judicial) e o sistema de precedentes são centrais, tendo a jurisprudência força de lei (*case law*). [↑](#footnote-ref-117)
118. \* N.T. No original, “legal rights and entitlements”, distinção bastante utilizada em inglês. [↑](#footnote-ref-118)
119. \* N.T. No original “authoritative legal relationships”, oficial no sentido de relações mediadas por lei posta pelo Estado, por uma autoridade legitimamente atribuída de poder e competência. [↑](#footnote-ref-119)
120. Ver Hardin, *The Tragedy of the Commons,* 162 Sci. 1243 (1968). [↑](#footnote-ref-120)
121. \* N.T. A obra “Tragédia dos Comuns” (HARDIN, 1968) traz a metáfora da ruína coletiva construída a partir do argumento de que a lógica hedonista dos indivíduos, que buscam maximizar seus ganhos enquanto dividem os custos coletivamente (externalidades), leva necessariamente ao esgotamento dos recursos que são escassos. A resposta para essa tragédia anunciada é a instituição de regimes de propriedade na lógica dicotômica: propriedade privada (mercado) ou propriedade pública (domínio público combinado com sistema rígido de regulação e controle do Estado). [↑](#footnote-ref-121)
122. Sugarman, ver nota 40 supra. [↑](#footnote-ref-122)
123. David Weimer & Aindan Vining, Policy Analysis: Concepts and Practice (1988). [↑](#footnote-ref-123)
124. Whitford, ver nota 78 supra (muitos impactos prováveis da cobrança de débitos podem interferir no julgamento informado). [↑](#footnote-ref-124)
125. William C. Whitford, *Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty*, 91, Yale L.J. 1371 (1982); William C. Whitford, *Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-CLS World*, 1986 Wis. L. Rev. 755 [↑](#footnote-ref-125)
126. GoldStein, vide nota 88, supra. [↑](#footnote-ref-126)
127. \* N.T. No original “drug pusher” que corresponde a conduta de estimular o consumo de outrem e depois fornecer a droga mediante o pagamento de um preço. [↑](#footnote-ref-127)
128. Ver fontes citadas em nota 58, supra. [↑](#footnote-ref-128)
129. William H. Clune, *Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change*, 93, Yale L.J. 763 (1984) [a seguir *Courts and Legislatures*]; William H. Clune, *Institutional Choice as a Theoretical Framework for Research on Educational Policy*, 9 Educ. Evaluation & Pol’y Analysis 117 (1987); William H. Clune, Courts as Cautious Watchdogs: Constitutional and Policy Issues of Standardized Testing in Education (1988). [↑](#footnote-ref-129)
130. Wolf, vide nota 4, supra. [↑](#footnote-ref-130)
131. Wolf, vide nota 4, supra. Wolf conclui sensivelmente que, em alguns casos específicos as análises são indeterminadas. [↑](#footnote-ref-131)
132. Clune e Van Pelt, vide nota 42, supra. [↑](#footnote-ref-132)
133. Bromley, vide nota 9, supra; Williamson, vide nota 65, supra. [↑](#footnote-ref-133)
134. Dugger, vide nota 19, supra. [↑](#footnote-ref-134)
135. Ver, por exemplo, Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (2d ed. 1977); Epstein, ver nota 30, supra. [↑](#footnote-ref-135)
136. Ver Williamson, nota 65, supra; D. Bruce Johnsen, *Wealth is Valu*e, 15, J. Legal Stud. 263 (1986) [↑](#footnote-ref-136)
137. Komesar, vide nota 90, supra. [↑](#footnote-ref-137)
138. Bardach, vide nota 60, supra; ver Williamson, vide nota 65 supra; Johnsen, vide nota 120 supra, em 253; Jeffrey L Pressman, &Aaron B Wildavsky, Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland: or, Why it’s Amazing that Federal Programs Work at all, this being a Saga of the Economic Development Administration as Tod By Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foudation of Ruined Hopes (1984); Clune, vide nota 42, supra; Clune & Lindquist, vide nota 42, supra; Clune & Van Pelt, vide nota 42, supra. [↑](#footnote-ref-138)
139. Eisenberg & Yeazell, vide nota 61 supra; Larry W Yackle, Reform and Regret: The Story of Federal Judicial Involvement in the Alabama Prison System (1989). [↑](#footnote-ref-139)
140. Clune, *Courts and Legislators*, vide nota 113, supra. [↑](#footnote-ref-140)
141. Ver, de forma geral, Joel F. Handler, Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change (1978). [↑](#footnote-ref-141)
142. Ver, de forma geral, Richard Kluger, Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black Americans Struggle for Equality (1977); Clauss, vide nota 20, supra. [↑](#footnote-ref-142)
143. Ver, de forma geral, a edição especial 36 Stan. L. Rev. (vol. 1 & 2, 1984) [↑](#footnote-ref-143)
144. Kennedy, vide nota 19, supra. [↑](#footnote-ref-144)
145. Robin D. Barnes, *Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship*, 103 Harv. L. Rev. 1864 (19990) [↑](#footnote-ref-145)
146. Linda G. Greene, *Race in the 21st Century: Equality Through Law?* 64 Tul. L. Rev. 1515 (1990) [↑](#footnote-ref-146)
147. Ver edição especial sobre técnica narrativa aplicada ao direito, 87 Mich. L. Rev. (1989). Ver também Schultz, vide nota 20, supra [↑](#footnote-ref-147)
148. Parte da insensibilidade das políticas públicas vem, no meu entender, de uma análise excessivamente focada num dos lados – uma falha, por exemplo, em entender que o efetivo funcionamento de instituições autônomas é tão necessário para equidade racial quanto o é para o bem-estar geral. Mesmo aqui, Estudos Críticos do Direito parece uma abordagem teórica mais sensível à política pública do que outras formas de análise jurídica. Estudos Críticos do Direito incluem, por exemplo, exatamente o tipo de análise séria da efetividade final de uma estrutura de direitos legalmente instituídos que Direito e Economia não faz. Kimberlé Crenshw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-discrimination Law*, 101 HARV. L. REV 1331 (1988); Joseph William Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence form Bentham to Hohfeld*, 1982 WIS. L. REV. 975 (1982); Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX L. REV. 1363 (1984); Patricia J. Williams, *Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights*, 22 HARV. C. R C. L. L. REV. 401 (1987) [↑](#footnote-ref-148)
149. Ver, de forma geral, Mancur Olson, The Logico f Colletctive Action: Public Goods and the Theory of Groups (1971); ver também Rogers, vide nota 36, supra. [↑](#footnote-ref-149)
150. Ver, Calabresi, nota 54, supra; Clune & Van Pelt, nota 42 supra; Cohen, nota 57, supra; Lemann, nota 56, supra; Lowi, nota 55 supra; Noble, nota 40 supra; e Rogers, nota 36 supra e texto que acompanha. [↑](#footnote-ref-150)
151. Várias sínteses sobre a implementação de programas sociais indicam, essencialmente, que nada funciona. Ver, por exemplo, Richard F. Elmore & Milbrey McLauglhin, *Steady Work: Policy, Practice, and the Reform of American Education* (1988); Pressman & Wildavsky, nota 123, supra; Mibrey McLaughlin, *Learning from Experience: Lessons from Past Implementation*, 9 Educ. Evaluation & Poly. Analysis 171 (1987). Mas ver Willam H. Clune, *Educational Policy in a Situation of Uncertainty: Or How to Put Eggs in Different Baskets,* emThe Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of The Politcs of Educational Association (Susan H. Fuhrman & Betty Malen eds. 1991). Realmente, analises de crise no Estado de Bem-Estar Social se tornou, de fato, um tema de várias pesquisas. Ver, por exemplo, Habermans, nota 103, supra; Rameesh Mihra, The Welfare State in Crisis: Social Thought and Social Change (1984); Claus Offe, Contradictions of the Welfare State (1984); Claus Offe, Disorganized Capitalism: Comtemporary Transformations of Work and Politics (1985) [↑](#footnote-ref-151)
152. Wolf, vide nota 4, supra. [↑](#footnote-ref-152)
153. Ver fontes citadas na nota 58, supra. [↑](#footnote-ref-153)
154. Findley & Faber, nota 19, supra. [↑](#footnote-ref-154)
155. Ver Kenneth E. Boulding *The Economics of The Coming Spaceship Earth* em Environmaltal Quality in a Growing Economy 3 (1966). [↑](#footnote-ref-155)
156. Lowi, nota 55, supra; James O’Connor, *The Fiscal Crisis of The State* (1973); March & Olsen, nota 14 supra; Habermas, nota 103, supra [↑](#footnote-ref-156)
157. \* N.T. No original, “two-class yuppy syndrome”, uma referência à terminologia médica sobre desordens virais, associadas ao stress, que se tornam crônicas e apresentam sintomas como fadiga excessiva, depressão, dificultando a capacidade de executar tarefas cotidianas. [↑](#footnote-ref-157)
158. Edsall, nota 32, supra [↑](#footnote-ref-158)
159. Ver Handler, Dependent People, The State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community, nota 25, supra; Handler, The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy, nota 25, supra; Handler, nota 47, supra; Kanter, nota 25 supra; Osborne & gaebler, nota 64 supra; Edward E. Lawler II, High Involvement management, Participative Strategies for Improving Organizational Performance 42-43 (1991) [↑](#footnote-ref-159)
160. Hurst, nota 18, supra [↑](#footnote-ref-160)
161. \* N.T. No original “inner cities”. Optou-se pela tradução por subúrbios, em razão do modelo norte- americano de urbanização, baseado no subúrbio (nesse sentido vide RUSK, David. *Cities Without Suburbs*, Johns Hopkins University Press, 1993). [↑](#footnote-ref-161)
162. National Center on Education and Economy, nota 10, supra [↑](#footnote-ref-162)
163. Por exemplo, Robert Haveman, Starting Even: an Equal Oportunity program to Combat the Nations New Poverty (1988). [↑](#footnote-ref-163)
164. Ver Paul E. Barton & Richard J. Coley, America’s Smallest School: The family (1992). [↑](#footnote-ref-164)
165. Ver James S. Coleman & Thomas Hoffer, Public and Private High Schools, The Impact of Communities 221-31 (1987) discutindo capital humano e capital social, dentro e fora da família). [↑](#footnote-ref-165)
166. Ver, de forma geral, Lisbeth Schorr (with Daniel Schorr), Within our Reach, Breaking the Cycle of Disadvantage (1988). [↑](#footnote-ref-166)
167. Ver Michael Kirst, *Financing School-Linked Services* (Policy Brief No. 7, Center for Research in Education Finance, University of Southern California, January, 1992). [↑](#footnote-ref-167)
168. Ver, de forma geral, Clune, nota 135, supra. [↑](#footnote-ref-168)
169. Marshall S. Smith & Jennifer O’Day, *Systemic School Reform*, em The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of The Politics of Educationa Association (Susan Fuhrman & Malen, eds. 1991). [↑](#footnote-ref-169)
170. William H. Clune & Paula Whit, School-Based Management: Institutional Variation, Implementation and Issues for Further Research (1988); Priscilla Wohlstetter & Allan Odden, *Rethinking School-Based management Policy and Research* (Working Paper No. 11, Center for Research in Education Finance, University of Southern California, September 1991). [↑](#footnote-ref-170)
171. Lieberman, nota 46, supra; Ted Kolderie, Beyond Choice to New Public Schools: Withdrawing the Exclusive Franchise in Public Education (1990); Paula White, Teacher Participation in School Decision-making: Decentralization of Authority to the School Site (1990) (Unpublished dissertation, University of Wisconsin, Madison). [↑](#footnote-ref-171)
172. Ver, de forma geral, as fontes citadas na nota 46, supra. [↑](#footnote-ref-172)
173. Clune, nota 135, supra. [↑](#footnote-ref-173)
174. Ver Clune, nota 30, em 731-32 n. 58, para a origem dos meus trabalhos sobre essa ideia. [↑](#footnote-ref-174)
175. Robert M. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36, Stan. L. Rev. 57 (1984) [↑](#footnote-ref-175)
176. N.T.\* No original, “majoritarian excess”. Optou-se pela tradução como tirania da maioria em razão do terminologia associada ao trabalho de John Stuart Mill sobre a liberdade, mas também é possível encontrar artigos acadêmicos utilizando a expressão “excesso das maiorias”. [↑](#footnote-ref-176)
177. O entendimento sobre a escolha pública acerca dos tópicos dos interesses especiais e ciclos são importantes na análise das políticas do Estado de Bem-Estar Social. Ver Komesar, nota 90, supra. [↑](#footnote-ref-177)
178. Compare o papel das normas profissionais e atitudes em Handler, nota 47, supra, com Goldstein, nota 88, supra. [↑](#footnote-ref-178)
179. Richard B McKenzie, *The First and Second Reich: the Taming of An Industrial-Policy Advocate*, 11 *Cato Journal* 47, 60 (discutindo os cinco rentistas afortunados que são competitivos na economia global); John Kenneth Galbraith, The Culture of Contentment (1992) [↑](#footnote-ref-179)
180. Isso, ao invés de uma sociologia descritiva, foi o tópico mais debatido entre os sociólogos clássicos – Durkheim, Marx, Weber – e provavelmente também entre os economistas como Adam Smith. [↑](#footnote-ref-180)