

ano 21 – n. 86 | outubro/dezembro – 2021

Belo Horizonte | p. 1-284 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i86

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) .- Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral

ISSN impresso 1516-3210

ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Direito e políticas públicas: mapa da área*

Law and Public Policy: Map of an Area

William H. Clune**

Universidade de Wisconsin-Madison (Estados Unidos da América)
whclune@wisc.edu

Recebido/Received: 10.12.2021/December 10th, 2021

Aprovado/Approved: 10.12.2021/December 10th, 2021

Resumo: A relação entre direito e políticas públicas é marcada tanto pela complexidade, quanto pela imprecisão semântica envolvendo os dois termos. Em razão da abordagem Direito e Políticas Públicas ser ainda recente, são escassos os trabalhos que apresentam uma estrutura analítica adequada a ela. Buscando preencher essa lacuna, apresenta-se um “mapa da área”, construção analítica proposta para abarcar o conteúdo e a estrutura intelectual que contemple os elementos de divergência e convergência entre direito e políticas públicas, especialmente naquilo que esses saberes possuem em comum. A emergência da ideia de empoderamento como um modelo jurídico para o desenho institucional de políticas públicas nas mais diversas áreas é um desses planos. Aborda-se a justaposição existente entre política pública e direito, considerando as origens das políticas públicas no Estado de bem-estar e sua influência sobre o direito e a conformação das instituições jurídicas. Tomando por base o mercado como modelo de barganha estruturada, examina-se o papel instrumental das instituições jurídicas, para analisar as ferramentas e desafios epistêmicos da abordagem. Destacam-se o conflito

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1582.

* Este ensaio teve origem em um curso criado 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 administração 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 sobre Direito Constitucional com Neil Komesar. Também foram importantes as pesquisas e interações com meus colegas na Faculdade de Direito, sobre política educacional (principalmente o Centro para Pesquisa de Política em Educação, CPPE) e no Instituto La Follette de Administração Pública (*Public Affairs*), onde foi oferecido o curso de Direito e Políticas Públicas. Agradeço a Bill Sarvary pela valiosa assistência em pesquisa, a Lisa Armstrong pelo apoio técnico esplêndido e a Alice Honeywell pela edição do texto. Traduzido de CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an Area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 2, 1993. Tradução: Julia Azevedo Moretti, Thiago Pires Oliveira. Revisão técnica da tradução: Maria Paula Dallari Bucci e Matheus Silveira de Souza.

** Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin (Madison, Estados Unidos). Diretor do Grupo de Política do Instituto Nacional para Educação Científica e pesquisador sênior do Consórcio para Pesquisa Política em Educação (CPRE). J.D. – Juris Doctor, Northwestern Law School. *E-mail*: whclune@wisc.edu

entre o formalismo e o consequencialismo jurídicos e a interface entre técnicas analíticas e conceitos aplicáveis.

Palavras-chave: Direito e Políticas Públicas. Estado de bem-estar social. Empoderamento. Interdisciplinaridade. Descentralização.

Abstract: The relationship between law and public policy is marked by both complexity and semantic imprecision involving the two terms. Because the Law and Public Policies approach is still recent, there are few studies that present an analytical structure suitable for it. Seeking to fill this gap, an “area map” is presented, an analytical construction proposed to encompass the content and the intellectual structure that contemplates the elements of divergence and convergence between law and public policies, especially in what these knowledges have in common. The emergence of the idea of empowerment as a legal model for the institutional design of public policies in the most diverse areas is one of these plans. The existing overlap between public policy and law is addressed, considering the origins of public policies in the welfare state and their influence on law and the formation of legal institutions. Based on the market as a structured bargaining model, the instrumental role of legal institutions is examined to analyze the tools and epistemic challenges of the approach. We highlight the conflict between legal formalism and consequentialism and the interface between analytical techniques and applicable concepts.

Keywords: Law and Public Policy. Welfare state. Empowerment. Interdisciplinary studies. Decentralization.

Sumário: I A problemática justaposição entre política pública e direito – II Reprise: instituições jurídicas como instrumentos da política pública e o mercado como modelo de negociação estruturada – III Ferramentas intelectuais e disciplinares e seus enigmas – IV Conclusão: o paradoxo do “empoderamento” – Referências

Este artigo é um ensaio sobre o significado de “direito e políticas públicas” e a relação complexa entre essas duas ideias.* Dificilmente existe no governo um termo que seja mais comum do que “política” (*policy*) – 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 pública”, 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 Políticas Públicas. Para preparar os materiais do curso, tive que definir o assunto e diferenciá-lo de outros cursos; por exemplo, por que não simplesmente

* Nota dos Tradutores (N.T.): A versão original deste artigo é a consolidação de um programa de curso, que apresentou para os tradutores alguns desafios, aqui registrados. 1) 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). Quando necessário, o termo original foi informado. 2) O texto original utiliza a expressão *direito e política pública*, no singular, tendo-se optado por traduzi-la como *direito e políticas públicas*, no plural, por ser a forma mais utilizada no Brasil. 3) Quando a expressão Direito e Políticas Públicas se referia ao campo temático, optou-se por letras maiúsculas, para facilitar a identificação. Essa mesma opção foi utilizada para a identificação de disciplinas, como Direito Ambiental, Direito Falimentar etc., com minúsculas no original. 4) O texto original usa linguagem coloquial e, em diversas passagens, primeira pessoa, diferentemente do padrão mais corrente em artigos acadêmicos. Além disso, contém redundâncias, advérbios e construções linguísticas de difícil compreensão quando traduzidas, o que levou, em certas passagens, à opção pela sua simplificação.

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 (*Law and Economics*)? Alguns dos conteúdos distintivos de Direito e Políticas Públicas podem ser apresentados, sinteticamente, da maneira que segue.

Política pública parecia ser um conceito dominante e relativamente recente que tem algo a ver com o bem-estar material de um grande número de pessoas. Nesse sentido, política pública 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 sistemas econômicos vastos, dinâmicos e autônomos e suas infraestruturas. 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, o direito e a política pública parecem construídos sobre uma série de tensões e contradições: direção centralizada por meio da ação descentralizada; a amálgama dos setores público e privado; o foco das políticas públicas 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 se diz “mapa da área”, tenta-se sugerir o conteúdo e a estrutura intelectual desse enorme empreendimento. Discutem-se ideias e 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 Políticas Públicas 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 políticas públicas* é em si mesma um tanto questionável em virtude 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 sociais¹ 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*^{*}).

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 Políticas Públicas. Tentaremos, 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

¹ BOHANNAN, Paul. The Differing Realms of the Law. In: NADER, Laura (Ed.). *The Ethnography of Law*. Washington, D.C.: American Anthropological Association, 1965; ver também: BOHANNAN, Paul. The differing realms of the law. *American Anthropologist*, v. 6, n. 67, 1965.

* N.T.: O autor se refere a *L.A. Law*, popular série de televisão americana, que retratava dramas sobre processos fictícios 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.

relações fundamentais dos seres humanos, como poderiam imaginar de uma política pública diferente.

- (3) É *orientada a resultados* ou preocupada com *consequências reais*, mais do que ao sentido do texto e à justiça filosófica.²
- (4) Preocupa-se com o *bem-estar agregado ou do grupo*, e não, como o direito tende a ser, com a justiça individual.³
- (5) É *dirigida centralmente* porque o Estado herda sérias necessidades de pessoas criadas pelos mercados, mas não resolvidas por eles.⁴ 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.⁵
- (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 elevado, 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;⁶ 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 controle central e ação descentralizada evidencia uma tensão óbvia; essa *tensão entre centralização e ação autônoma* é o problema central das políticas públicas.⁷
- (8) *Dependência de dados* como resultado de várias das características anteriores (preocupação com o bem-estar agregado, consequências reais,

² O possível conflito entre formalismo jurídico e consequentialismo 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 em escala (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 Políticas Públicas está criticamente preocupado com a competência e o caráter representativo das instituições decisórias.

³ 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.

⁴ Este fenômeno é chamado, algumas vezes, de falha de mercado. WOLF JR., Charles. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. Cambridge, MA: MIT Press, 1988.

⁵ 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 onerosa.

⁶ LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982.

⁷ TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983; TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg. *Law and Society Review*, v. 18, n. 2, 1984.

altos níveis de desempenho econômico e orientação social sensível). Sistemas mais aprimorados de políticas públicas possuem sistemas de dados mais sofisticados (por exemplo, mercados com preço e indicadores agregados; ciência e tecnologia com medição e método científico).⁸

- (9) Preocupação com objetivos socialmente agregados, como riqueza social e eficiência, e ao bem-estar de subgrupos, às vezes chamados de equidade.⁹ A política pública preocupa-se tanto com a eficiência quanto com a equidade, em virtude de sua questão fundamental sobre 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.¹⁰

Algumas áreas principais da política pública que se enquadram nessas características são: política pública 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, sobre e subpopulação); educação e treinamento (descritos como capital humano);¹¹ imigração (o movimento do capital humano que também cria problemas de bem-estar);¹² 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).

⁸ JENCKS, Christopher. *Rethinking Social Policy: Race, Poverty, and the Underclass*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, p. 11-12 e p. 20-23. (Papel dos dados, hipóteses específicas, valores e ideologia em políticas sociais.); ver também a nota 50 e o texto subsequente.

⁹ WOLF JR., Charles. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. Cambridge, MA: MIT Press, 1988. 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: BROMLEY, Daniel W. *Economic Interests and Institutions: The Conceptual Foundations of Public Policy*. New York: Basil Blackwell, 1989, p. 109-47 e p. 181 (papel da distribuição no bem-estar e afirmação de que a política fundiária que produz maior crescimento da riqueza também produz maiores desigualdades); SCHULTZE, Charles L. *The Public Use of the Private Interest*. Washington, DC: The Brookings Institution, 1977.

¹⁰ NATIONAL CENTER ON EDUCATION AND THE ECONOMY. *America's Choice: High Skills or Low Wages!* Washington, D.C.: NCEE, 1990.

¹¹ BECKER, Gary S. *Human capital: A theoretical and empirical analysis, with special reference to education*. New York: National Bureau of Economic Research, 1964.

¹² LEMANN, Nicholas. *The Promised Land: The Great Black Migration and How it Changed America*. New York: Alfred A. Knopf, 1991.

Embora seja relevante, para alguns propósitos, dividir essas áreas entre economia/tecnologia e reprodução e socialização humana, atribuindo uma dificuldade especial a esta última,¹³ na realidade, toda área envolve a organização do comportamento humano e sérios problemas resultantes da dificuldade de atingir esse objetivo.¹⁴

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.¹⁵ Os Estados de bem-estar social são caracterizados por um enorme crescimento da riqueza total e do tamanho do governo.¹⁶ Embora a eficácia do governo seja quase sempre uma questão séria, a escala fundamental da atividade governamental se deve às enormes externalidades (*spillovers*) e aos requisitos de infraestrutura dos sistemas de produção modernos, dinâmicos e gigantes.¹⁷

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).¹⁸ A política ambiental envolve um confronto entre a produção econômica e ecologia como fontes de bem-estar.¹⁹ As grandes questões

¹³ OFFE, Claus. *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics*. Oxford: Polity Press, 1985; também: LASDEN, Martin. *Apocalypse: Then and Now*. *Stanford Magazine*, v. 18, Sept., 1990 (discutindo as previsões de Paul Ehrlich sobre crescimento da população e ecologia).

¹⁴ MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Ambiguity and choice in organizations*. [s.l.]: [s.n.], 1982.

¹⁵ HAY, J. Roy. *The Development of the British Welfare State, 1880-1975*. London: Arnold, 1978.

¹⁶ HECLLO, Hugh. *Modern social politics in Britain and Sweden: from relief to income maintenance*. New Haven: Yale University Press, 1974, p. 1-2 e p. 10-33; também FLORA, Peter; HEIDENHEIMER, Arnold J. (Eds.). *The Development of Welfare States in Europe and America*. New York: Routledge, 1984.

¹⁷ POLANYI, Karl. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon, 1974.

¹⁸ HURST, James. *Law and Markets in United States History: Different Modes of Bargaining among Interests*. Madison: University of Wisconsin Press, 1982; HURST, James. *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-century United States*. Madison: University of Wisconsin Press, 1956; PLORE, Michael J.; SABEL, Charles F. *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*. New York: Basic Books, 1984.

¹⁹ Em certo sentido, não pode haver conflito entre a produção de riqueza e a proteção do meio ambiente, porque a riqueza material e a qualidade ambiental são bens apreciados pelo ser humano, que pode escolher qualquer combinação dos dois de forma 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

patrimoniais das sociedades modernas (por exemplo, o papel da raça e das mulheres) são consequências diretas da atividade econômica.²⁰ O direito internacional é dominado por questões econômicas.²¹

As sociedades modernas também são definidas e impulsionadas pela presença de instituições sociais grandes, autônomas, mas altamente interdependentes.²² 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.²³

O governo, então, que cresce como instituição para atender às necessidades não satisfeitas pelos outros, enfrenta o desafio de alcançar seus objetivos, respeitando a autonomia social.²⁴ Palavras como facilitação, capacitação e empoderamento

dos intensos prazeres proporcionados pela grande riqueza, a hipótese oposta supõe que as pessoas ricas são exatamente aquelas que podem pagar por um ambiente mais limpo).

É claro, em última instância, que aqueles que favorecem uma melhor qualidade ambiental devem encontrar as instituições para implementar suas preferências ou estarão condenados 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 exógenas (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 ideia de corrigir distorções representativas se reforça muito com as questões de valor subjacentes. Ver FINDLEY, Roger W.; FARBER, David A. *Environmental Law: Cases and Materials*. St. Paul: West Publishing, 1985, p. 1-53; ver também DUGGER, William M. (Ed.). *Radical institutionalism: contemporary voices*. New York: Greenwood Press, 1989, p. xii (a economia da evolução cultural e provisionamento social como o estudo de processos dinâmicos); KENNEDY, Duncan. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*. *Stanford Law Review*, v. 33, n. 3, p. 387-445, 1981.

²⁰ A raça como produto da migração forçada de uma enorme força de trabalho agrícola e sua subsequente re-migração 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 determinados pela vida econômica. CLAUSS, Carin A. Comparable Worth-the Theory, Its Legal Foundation, and the Feasibility of Implementation. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 20, 1986; SCHULTZ, Vicki. Telling Stories about Women and Work- Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace. In: Title VII: Cases Raising the Lack of Interest Argument. *Harvard Law Review*, v. 103, 1990; SOUTH, Scott J. Metropolitan Migration and Social Problems. *Social Science Quarterly*, v. 68, n. 1, Mar. 1987.

²¹ WELS, Susan. Global Integration: The Apparent and the Real. *Stanford Magazine*, v. 18, 1990, p. 46 (o direito internacional ainda não acompanhando os seus passos com a integração econômica; predominância das instituições privadas).

²² Ver: LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982. Nota 6 *supra* (classificando este fenômeno como diferenciação social).

²³ Considerar, por exemplo, os computadores e a então chamada sociedade da informação. Ver: WELS, Susan. Global Integration: The Apparent and the Real. *Stanford Magazine*, v. 18, 1990. Nota 21 *supra*, à p. 46 (afirmando que as tecnologias de comunicação distinguem esse período de integração global das anteriores).

²⁴ TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239, nota 7 *supra*; TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg. *Law and Society Review*, v. 18, n. 2, 1984, nota 7 *supra*, à p. 291-301.

refletem a dificuldade (e, de certa forma, a empolgação) da direção central de instituições sociais altamente autônomas.²⁵

O alcance de metas por meio de ações descentralizadas tornou-se o foco principal da política pública em organizações econômicas de larga escala.²⁶ No entanto, o governo enfrenta o problema adicional de obter o equilíbrio ideal por meio da política pública.

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).²⁷ O direito pode e usa incentivos para estimular a ação, mas usa autoridade política (por exemplo, tributação) para criar os incentivos. O direito pode ser, como realmente 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.²⁸ A autoridade estatal 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.²⁹

Finalmente, o direito está estruturado para expandir a liberdade de algumas pessoas e ações, enquanto restringe a liberdade de outras. Ao mesmo tempo que o direito amplia a liberdade ele também a limita, embora, talvez especialmente nas políticas públicas, o direito possa buscar um equilíbrio favorável de liberdade sobre as limitações. Um exemplo para ilustrar isso, a propriedade concede uma autoridade

²⁵ HANDLER, Joel F. *Dependent People, the State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community*. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 35, n. 6, 1988; HANDLER, Joel F. *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1986; KANTER, Rosabeth. *The Change Masters: Innovation and Entrepreneurship in the American Corporation*. New York: Touchstone, 1983, p. 156-179.

²⁶ PETERS, Thomas J.; WATERMAN JR., Robert H. *In search of excellence: lessons from America's best-run companies*. New York: Harper & Row, 1982; PIORE, Michael J.; SABEL, Charles F. *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*. New York: Basic Books, 1984, nota 18 *supra*.

²⁷ LINDBLUM, Charles E. *Politics and markets: the world's political-economic systems*. New York: Basic Books, 1977, p. 17-51.

²⁸ LEVINE, Felice J. *Goose Bumps and the Search for Intelligent Life in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years*. *Law & Society Review*, v. 24, n. 1, 1990.

²⁹ LINDBLUM, Charles E. *Politics and markets: the world's political-economic systems*. New York: Basic Books, 1977, nota 27 *supra*.

relevante ao proprietário, o que limita a liberdade de outras pessoas. Outro exemplo seria o fato de que um empregador pode demitir trabalhadores do emprego, mas um sindicato pode impedir um empregador de fazer isso também amparado no direito de propriedade (em ambos os casos, com possível dano à empresa coletiva e a outros funcionários).³⁰ 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.³¹ A redistribuição da riqueza é um exercício significativo de autoridade que claramente aumenta a liberdade de alguns à custa de outros.³²

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.³³

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.*

³⁰ Vide: CLUNE, William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. *Wisconsin Law Review*, n. 77, 1985, p. 739; EPSTEIN, Richard A. Rights and Rights Talk. *Harvard Law Review*, v. 105, 1992 (resenhando: GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: The Free Press, 1991). FISCHL, Richard M. Some Realism about Critical Legal Studies. *University of Miami Law Review*, 41, 1987, p. 516; KENNEDY, Duncan. Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. *Journal of Legal Education*, v. 36, n. 4, p. 518-62, 1986.

³¹ Considere, por exemplo, a falência e a cobrança forçada de dívida. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 93, 1980, p. 465; WHITFORD, William. A Critique of the Consumer Credit Collection System. *Wisconsin Law Review*, Issue 4, 1979, p. 1047.

³² 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: UNITED STATES OF AMERICA. *Lochner v. New York*. *United States Reports*, v. 198, 1905, p. 45; ver também EDSALL, Thomas B. *The new politics of inequality*. New York: W.W. Norton, 1984; JENCKS, Christopher. *Rethinking Social Policy: Race, Poverty, and the Underclass*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992. Nota 8 *supra*, p. 10 (objeções conservadoras às políticas de redes de proteção social desenvolvidas pelo Congresso depois do governo de Lyndon Johnson).

³³ BROMLEY, Daniel W. *Economic Interests and Institutions: The Conceptual Foundations of Public Policy*. New York: Basil Blackwell, 1989. Nota 9 *supra*, p. 42-43 (distinguindo convenções de prerrogativas de direitos).

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 equidade no sentido de bem-estar de grandes grupos. Por fim, observe que o foco do direito, quando este envolve amplas questões de equidade social, geralmente é uma combinação de redistribuição e resultado social líquido (*net social product*).³⁴

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 traz um problema de gerenciamento difícil para o direito, que opera tecnicamente através de interesses em conflito. De fato, o esforço para processar conflitos jurídicos em uma direção social positiva provavelmente é o enigma central do direito no moderno Estado de bem-estar social.³⁵ Esse enigma é ilustrado em grande escala pela consideração de como os Estados de bem-estar social poderiam ser organizados para permitir reservas econômicas grandes, benefícios de produtividade e bem-estar.³⁶

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

Há uma forte tendência de 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;³⁷ 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 (*net positive social product*). Em síntese, a estrutura deve facilitar o investimento social a longo prazo. No direito ambiental, por exemplo, a mudança

³⁴ Vide nota 9 *supra*.

³⁵ Vide SCHOLZ, John T. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement. *Law and Society Review*, Salt Lake City, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984 (discutindo o dilema do prisioneiro na fiscalização regulatória).

³⁶ PRZEWORSKI, Adam; WALLERSTEIN, Michael. Democratic Capitalism at the Crossroads. In: PRZEWORSKI, Adam (Ed.). *Capitalism and social democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 205; WILENSKY, Harold L. The New Corporatism, Centralization, and the Welfare State. In: *Sage professional papers in contemporary political sociology*: série n. 06-020. [s.l.]: Sage, 1976, p. 7; ROGERS, Joel E. Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws. *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1990.

³⁷ Vide BROMLEY, Daniel W. *Economic Interests and Institutions: The Conceptual Foundations of Public Policy*. New York: Basil Blackwell, 1989. Nota 9 *supra*, p. 217 (afirmando que a complexidade do direito de propriedade é reflexo do valor do recurso).

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.³⁸ Outros exemplos de estruturas legais persistentes são o Código Comercial Uniforme e as normas sobre direitos civis.³⁹

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 um 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 o Direito da Responsabilidade Civil (*Torts Law*), com suas preocupações com compensação e prevenção de acidentes, é impulsionado em direção a 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 regulação eficaz da segurança exige informações sofisticadas e ferramentas reguladoras (por exemplo, dados sobre acidentes, técnicas de *recall* de produtos).⁴⁰

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 adaptação e modificação.⁴¹ Por esse motivo,

³⁸ BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982, p. 294-96.

³⁹ Sobre os direitos civis, *vide*, por exemplo: JONES, James E. Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11,246 As Amended. *Chicago-Kent Law Review*, v. 59, 1982.

⁴⁰ NOBLE, Charles. *Liberalism at work: the rise and fall of OSHA*. Philadelphia: Temple University Press, 1986, p. 176; SUGARMAN, Stephen D. *Doing away with personal injury law: new compensation mechanisms for victims, consumers, and business*. New York: Quorum, 1989; TOBIAS, Andrew. *The invisible bankers: everything the insurance industry never wanted you to know*. New York: Simon & Schuster, 1982; KOMESAR, Neil H. Injuries and Institutions: Tort Reform, Tort Theory, and Beyond. *New York University Law Review*, v. 65, apr. 1990, p. 23; SUGARMAN, Stephen D. Doing Away with Tort Law. *California Law Review*, v. 73, 1985, p. 555.

⁴¹ KETTL, Donald. The Perils and Prospects of Public Administration. *Public Administration Review*, 1990, p. 411; TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983; TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to

as estruturas jurídicas tenderão a acumular reservas de *expertise* sob a forma de um corpo técnico especializado, especialistas acadêmicos externos e congressistas que adquirem experiência em especialidades regulatórias. Meu próprio trabalho sobre implementação considera-a, em parte, como um processo de longo prazo organizado em torno de um problema social ou econômico com vários pontos de acesso que possibilitam adaptação e mudança.⁴²

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.⁴³ Essa tendência é vista em muitas áreas da política pública, como o meio ambiente,⁴⁴ segurança e produtividade ocupacional,⁴⁵ educação,⁴⁶ cuidados com os idosos,⁴⁷ e bem-estar.⁴⁸ É claro que a empreitada

Blankenburg, *Law and Society Review*, v. 18, n. 2, 1984. Nota 7 *supra* (discutindo a ideia habermasiana e piagetiana da capacidade de aprendizado do sistema jurídico).

⁴² CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, v. 69, 1983, p. 47 [N.T.: Esse artigo está traduzido para o português na Revista Brasileira de Políticas Públicas, cf.: CLUNE, William H. Um modelo político de implementação e suas implicações para as políticas públicas, a pesquisa e a mudança dos papéis do direito e dos juristas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, 2021. Tradução: Gabriela Azevedo Campos Sales, Bruno de Almeida Passadore, Elisa Martinez Giannella e Kadra Regina Zeratin Rizzi. Rev. técn. da tradução: Maria Paula Dallari Bucci]; CLUNE, William H.; LINDQUIST, R-E. What Implementation Isn't: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, 1981, p. 1044; CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, Winter, 1985, p. 7.

⁴³ Como mencionado previamente, este empurrão é expresso por meio de palavras tais como empoderamento, capacitação e facilitação. Ver nota 25 *supra*.

⁴⁴ Sobre a negociação envolvendo grupos de interesse e o comércio de emissões, vide BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982, nota 38 *supra*; DWYER, John P. Contentiousness and Cooperation in Environmental Regulation. *The American Journal of Comparative Law*, v. 35, n. 4, 1987, p. 809; DWYER, John P. The Pathology of Symbolic Legislation. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, 1990, p. 233; DWYER, John P. Overregulation. *Ecology Law Quarterly*, v. 15, 1988, p. 719.

⁴⁵ PIORE, Michael J.; SABEL, Charles F. *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*. New York: Basic Books, 1984, nota 18 *supra*; NOBLE, Charles. *Liberalism at work: the rise and fall of OSHA*. Philadelphia: Temple University Press, 1986, nota 40 *supra*.

⁴⁶ Sobre descentralização e escolha, vide CLUNE, William H.; WITTE, John F. (Eds.). *Choice & Control in American Education*. [s.l.]: Falmer Press, 1990; sobre vouchers educacionais, vide CHUBB, John E.; MOE, Terry M. *Politics, Markets, and Americas Schools*. [s.l.]: Brookings, 1990; COONS, John E.; SUGARMAN, Stephen D. *Education by Choice: The Case for Family Control*. Berkeley, CA: University of California Press, 1978; GLENN, Charles L. *Choice of Schools in Six Nations*. Washington, D.C.: U.S. Department of Education, 1989; JAMES, Thomas; LEVIN, Henry M. *Public Dollars for Private Schools: The Case of Tuition Tax Credits*. Philadelphia, PA: Temple University, 1983; LIEBERMAN, Myron. *Privatization and Educational Choice*. New York: St. Martin's Press, 1989; NATHAN, Joe. *Free to Teach: Achieving Equity, and Excellence in Schools*. Minneapolis: Winston Press, 1983; NATHAN, Joe. *Public Schools by Choice: Expanding Opportunities for Parents, Students, and Teachers*. Saint Paul: Institute for Learning and Teaching, 1989.

⁴⁷ HANDLER, Joel F. Community Care for the Frail Elderly: A Theory of Empowerment. *Ohio State Law Journal*, v. 50, n. 3, 1989, p. 541.

⁴⁸ Vide, p. ex., a ênfase moderna sobre treinamento e incentivos de trabalho, HAVEMAN, Robert. *Starting even: an equal opportunity program to combat the nations new poverty*. New York: Simon and Schuster, 1988.

de dirigir por meio de delegação é cheia de dificuldades, trazendo o problema de como guiar atores autônomos sem destruir sua autonomia. Suspeito que a solução para isso seja um pouco diferente em cada política pública setorial, mas em geral está condicionada à ideia de sistemas altamente descentralizados de imbricação flexível e simultânea, monitorados rigorosamente do centro com base num número limitado de critérios.⁴⁹

Observe-se que o monitoramento centralizado por critérios limitados geralmente requer algum mecanismo robusto de coleta e simplificação de informações, como preços ou dados computadorizados.⁵⁰

7. Combinação de autoridade pública e privada.

Embora anteriormente se 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.⁵¹ 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,⁵² e várias formas de acesso informal.⁵³

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 pública depende de decisões políticas (*politics*), mas o processo político geralmente é organizado de maneiras que resultam em políticas públicas ineficazes e incoerentes. Assim, a política pública exerce uma pressão contínua sobre a organização da política (*politics*): criação de agências especializadas, reparação de desequilíbrios políticos,

⁴⁹ PETERS, Thomas J.; WATERMAN JR., Robert H. *In search of excellence: lessons from America's best-run companies*. New York: Harper & Row, 1982, nota 26 *supra*.

⁵⁰ Vide SCHULTZE, Charles L. *The Public Use of the Private Interest*. Washington, DC: The Brookings Institution, 1977, nota 9 *supra* (recomendando instrumentos políticos de mercado e enfatizando uma poderosa função dos indicativos de preço, especialmente no longo prazo); vide também a nota 8 *supra* e o texto que a acompanha.

⁵¹ STONE, Christopher D. *Where the law ends: the social control of corporate behavior*. New York: Harper and Row, 1975.

⁵² Para uma crítica da recomendação de incentivos de mercado e complexidade administrativa, vide STEWART, Richard B. The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation. *Wisconsin Law Review*, 1985.

⁵³ CHUBB, John E. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1985; vide também DWYER, John P. Contentiousness and Cooperation in Environmental Regulation. *The American Journal of Comparative Law*, v. 35, n. 4, 1987; DWYER, John P. The Pathology of Symbolic Legislation. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, 1990; DWYER, John P. Overregulation. *Ecology Law Quarterly*, v. 15, 1988, nota 44 *supra*.

agregação de interesses mais ordenados e coerentes, pressão sobre os juízes para reconhecer interesses coletivos de modo a observar o fim da norma jurídica e assim por diante.⁵⁴ Os exemplos abrangem desde a grande arquitetura de representação nos Estados de bem-estar social⁵⁵ até a formulação de políticas públicas em áreas específicas,⁵⁶ chegando na inclusão de profissionais da educação na construção de orientações e instruções.⁵⁷

II Reprise: instituições jurídicas como instrumentos da política pública e o mercado como modelo de negociação estruturada

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

Primeiro, observe-se 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 um conjunto de tomadores de decisão.⁵⁸ Os resultados sociais e econômicos são alcançados por meio de instrumentos jurídicos. A engenharia social é realizada mediante instituições jurídicas. Assim, a justaposição do direito e políticas públicas 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

⁵⁴ CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982; CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, Winter, 1985, nota 42 *supra*.

⁵⁵ LOWI, Theodore J. *The end of liberalism: the second republic of the United States*. New York: W.W. Norton, 1979; ROGERS, Joel E. Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws. *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1990, nota 36 *supra*.

⁵⁶ P. ex., NOBLE, Charles. *Liberalism at work: the rise and fall of OSHA*. Philadelphia: Temple University Press, 1986, nota 40 *supra* (discutindo a inclusão de trabalhadores em regulamentos de segurança); LEMANN, Nicholas. The Unfinished War. *Atlantic Monthly*, 1988, p. 262-263 (discutindo a Guerra à Pobreza).

⁵⁷ COHEN, David K. Governance and Instruction: The Promise of Decentralization and Choice. In: CLUNE, William H.; WITTE, John F. (Eds.). *Choice & Control in American Education*. [s.l.]: Falmer Press, 1990, v. 1.

⁵⁸ KOMESAR, Neil H. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative. *Michigan Law Review*, v. 79, 1981; KOMESAR, Neil H. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. *Cleveland State Law Review*, v. 51, 1984; KOMESAR, Neil H. Back to the Future: An Institutional View of Making and Interpreting Constitutions. *Northwestern University Law Review*, v. 81, 1987; KOMESAR, Neil H. A Job for the Judge: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society. *Michigan Law Review*, v. 86, 1988.

no ambiente laboral, o proteção aos idosos e a estrutura representativa do próprio estado (por exemplo, corporativismo).

Concretamente, como são essas estruturas? Em geral, são adaptações especializadas de organizações jurídicas tradicionais 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),⁵⁹ levantando a questão dos mecanismos de coordenação. Esses variam desde a supervisão de legisladores especializados,⁶⁰ à estrutura baseada em problemas de litigância estratégica institucional,⁶¹ até o processo mais coordenado para implementar normas jurídicas de reforma social.⁶²

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).⁶³ 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 a partir 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.⁶⁴

⁵⁹ CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, v. 69, 1983, nota 42 *supra*.

⁶⁰ BARDACH, Eugene. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. Cambridge, MA: MIT Press, 1977, p. 273-82.

⁶¹ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, 1980.

⁶² CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, v. 69, 1983, nota 42 *supra*; MCDUGALL, Harold A. Social Movements, Law, and Implementation: A Clinical Dimension for the New Legal Process. *Cornell Law Review*, v. 75, 1989.

⁶³ LINDBLUM, Charles E. *Politics and markets: the world's political-economic systems*. New York: Basic Books, 1977, nota 27 *supra*.

⁶⁴ TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983, nota 7 *supra* (ela mesma uma síntese da obra de diversos outros teóricos: Nonet & Selznick, Luhmann, Habermas); *vide* também PALAY, Thomas. Relational Contracting Transaction Cost

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.

Com base em Macneil e Williamson,⁶⁵ as trocas podem ser graduadas em um *continuum* que vai desde um vínculo discreto até o relacionamento completo, sintetizado na figura do casamento. Para todo tipo de troca, as instituições jurídicas fornecem essencialmente dois tipos de assistência: a licença básica (*the basic charter*) (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 extrajurídica e depende em grande medida do desenvolvimento de confiança extrajurídica entre as partes.⁶⁶

Examinemos 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 mediante contrato. Os direitos de propriedade compõem a principal segurança que é necessária para viabilizar uma troca porque o mercado (outras trocas) 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 (como desistir em função de um acordo melhor que surge após o contrato inicial). Se uma parte desiste, as disposições do contrato fornecerão a estrutura para liquidação do negócio (por exemplo, na forma da

Economics and the Governance of HMOs. *Temple Law Quarterly*, v. 59, 1986, p. 927. Sobre a ideia de governo modelado pelo mercado, veja: OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing government: How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. New York: Addison-Wesley, 1992.

⁶⁵ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985; MACNEIL, Ian L. The Many Futures of Contracts. *Southern California Law Review*, v. 47, 1974, p. 691 e p. 712.

⁶⁶ Esta é a proposição pela qual o professor Stewart Macaulay se tornou conhecido. Vide MACAULAY, A. Stewart. Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*, v. 28, 1963; veja também o volume relativo a 1985 da *Wisconsin Law Review*, p. 461. A preponderância de legalidades formais nas políticas de combate à pobreza (ex., regras sobre critérios de elegibilidade) é provavelmente uma indicação patológica. Vide SIMON, William H. Legality, Bureaucracy, and the Class in the Welfare System. *Yale Law Journal*, v. 92, 1983.

expectativa de danos menos mitigação). Em alguns tipos de troca simples, são necessários direitos e regulamentos de propriedade adicionais para possibilitar a troca.⁶⁷ 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).⁶⁸ 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.⁶⁹

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.⁷⁰

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.⁷¹ 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

⁶⁷ Considere, por exemplo, trocas e seguros regulados. De modo geral, *vide* CARSTENSEN, Peter C. 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. *Research in law and economics*, v. 15, 1992.

⁶⁸ De modo geral, *vide* MACAULAY, A. Stewart. *Long-Term Continuing Relationships: the American Experience Regulating Dealerships and Franchises: Working Paper*. [s.l.]: Institute for Legal Studies University of Wisconsin-Madison Law School, 1990.

⁶⁹ PALAY, Thomas. Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 2, 1984, p. 265.

⁷⁰ Considere por exemplo, as organizações de plano de saúde. *Vide* PALAY, Thomas. Relational Contracting Transaction Cost Economics and the Governance of HMOs. *Temple Law Quarterly*, v. 59, 1986, nota 64 *supra*. Mas a atividade produtiva consiste em uma legião de interações complexas dentro da firma. *Vide*, por ex., CHANDLER JR., Alfred D. *The visible hand: the managerial revolution in American business*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1977.

⁷¹ MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, 1979, p. 959; WEISBERGER, June M. The Wisconsin Marital Property Act: Highlights of the Wisconsin Experience in Developing A Model for Comprehensive Common Law Property Reform. *Wisconsin Women's Law Journal*, 1985, p. 5 e adendo 1-2.

consumo e produção.⁷² Tão poderosa é a influência da realidade extrajudicial que, mesmo quanto aos aspectos do casamento mais apropriados 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.⁷³

B. Quadro geral: negociando à sombra do direito

A ideia de barganhar com direitos (*legal entitlements*), 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 Políticas Públicas, 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.⁷⁴ O truque nesse caso é impulsionar as negociações voltadas para o bem-estar e eficiência agregados, apesar da poderosa influência dos interesses privados e de seu poder de barganha. A direção geral da negociação (por exemplo, voltada para a eficiência ou o 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 exigência de cumprimento de normas jurídicas (*enforcement*) impede o oportunismo seja na forma de desconformidade ou de intimidação jurídica. 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.⁷⁵

Quase todos os materiais considerados para o curso de Direito e Políticas Públicas se encaixam nesse modelo de negociação estruturada. Os exemplos

⁷² De modo geral, vide BECKER, Gary S. *An economic analysis of the family*. [s.l.]: Economic & Social Research Institute, 1986.

⁷³ De modo geral, vide MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, 1979, nota 71 *supra*.

⁷⁴ REICH, Charles A. The New Property. *Yale Law Journal*, v. 73, 1964, p. 733. Também HANDLER, Joel F. Dependent People, the State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 35, n. 6, 1988, nota 25 *supra*.

⁷⁵ HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. The Enforcement Process in Regulatory Bureaucracies, in Enforcing regulation. In: HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. (Eds.). *Enforcing Regulation*. Boston: Springer, 1984; SCHOLZ, John T. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement. *Law and Society Review*, Salt Lake City, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984, nota 35 *supra*.

incluem: Estrich⁷⁶ (o direito penal deve reforçar o direito da mulher de controlar as relações sexuais por meio de seu consentimento verbal); Weisberger⁷⁷ (o principal objetivo da modificação dos bens de uma sociedade afetiva é aumentar o poder de negociação do companheiro); Whitford⁷⁸ (o objetivo do direito dos instrumentos creditícios deve ser uma solução amigável); Sugarman⁷⁹ (o direito acidentário deve incentivar a prevenção de acidentes e a resolução eficiente dos pedidos de indenização); Bardach e Kagan⁸⁰ (o mercado de créditos lastreados em emissões poluentes, ou contratos de redução da poluição, incentiva a redução voluntária da poluição); Noble⁸¹ (a representação dos trabalhadores no governo e nas fábricas maximiza a higiene e segurança laboral); Rogers⁸² (representação do trabalho, de maneira menos fragmentada e mais abrangente, permite a maximização dos salários e da poupança social); Komesar⁸³ (direito constitucional visto como esforço para equilibrar o bem-estar das maiorias/minorias em várias situações); Clauss⁸⁴ (regras equiparáveis entre uma agência reguladora e um empregador devem direcionar as decisões sobre a remuneração das mulheres); Schultz⁸⁵ (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 aparentemente neutro); Clune e Van Pelt⁸⁶ (o direito à educação especial confere aos pais de crianças deficientes influência em vários tipos de decisões

⁷⁶ ESTRICH, Susan. Rape. *Yale Law Journal*, v. 95, 1986.

⁷⁷ WEISBERGER, June M. The Wisconsin Marital Property Act: Highlights of the Wisconsin Experience in Developing a Model for Comprehensive Common Law Property Reform. *Wisconsin Women's Law Journal*, 1985, nota 71 *supra*.

⁷⁸ WHITFORD, William C. A Critique of the Consumer Credit Collection System. *Wisconsin Law Review*, 1979.

⁷⁹ SUGARMAN, Stephen D. *Doing away with personal injury law: new compensation mechanisms for victims, consumers, and business*. New York: Quorum, 1989; SUGARMAN, Stephen D. *Doing Away with Tort Law*. *California Law Review*, v. 73, 1985, nota 40 *supra*.

⁸⁰ BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982, nota 38 *supra*.

⁸¹ NOBLE, Charles. *Liberalism at work: the rise and fall of OSHA*. Philadelphia: Temple University Press, 1986, nota 40 *supra*.

⁸² ROGERS, Joel E. Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws. *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1990, nota 36 *supra*.

⁸³ KOMESAR, Neil H. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative. *Michigan Law Review*, v. 79, 1981; KOMESAR, Neil H. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. *Cleveland State Law Review*, v. 51, 1984; KOMESAR, Neil H. Back to the Future: An Institutional View of Making and Interpreting Constitutions. *Northwestern University Law Review*, v. 81, 1987; KOMESAR, Neil H. A Job for the Judge: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society. *Michigan Law Review*, v. 86, 1988, nota 58 *supra*.

⁸⁴ CLAUSS, Carin A. Comparable Worth-the Theory, Its Legal Foundation, and the Feasibility of Implementation. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 20, 1986, nota 20 *supra*.

⁸⁵ SCHULTZ, Vicki. Telling Stories About Women and Work- Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace. In: Title VII: Cases Raising the Lack of Interest Argument. *Harvard Law Review*, v. 103, 1990, nota 20 *supra*.

⁸⁶ CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, Winter, 1985, nota 42 *supra*.

que afetam seus filhos); Handler⁸⁷ (populações vulneráveis podem receber bens e direitos cuidadosamente escolhidos para aumentar sua representação efetiva); e Goldstein⁸⁸ (o policiamento baseado em problemas consiste essencialmente em fornecer ao pessoal da polícia recursos e informações 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,⁸⁹ troca voluntária é o que entendemos por bem-estar coletivo. As perguntas importantes incluem a identificação de quais tipos de troca incentivar, que partes reconhecer como atores voluntários e como fornecer segurança jurídica para a troca. Nesse sentido, uma democracia é uma troca legalmente incentivada da mesma maneira que um contrato imobiliário;⁹⁰ e um contrato imobiliário não é menos que um sistema de representação política.⁹¹

III Ferramentas intelectuais e disciplinares e seus enigmas*

A. Conflito entre o formalismo jurídico e consequencialismo?

O primeiro desafio se encontra na análise jurídica e na 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 sentido normativo? Há tensão entre formalismo jurídico e consequencialismo social, doutrina jurídica e engenharia social, conforme aparece na ideia de Max Weber de rematerialização do direito?⁹²

⁸⁷ Veja fontes citadas na nota 25 supra; HANDLER, Joel F. Community Care for the Frail Elderly: A Theory of Empowerment. *Ohio State Law Journal*, v. 50, n. 3, 1989, nota 47 supra.

⁸⁸ GOLDSTEIN, Herman. *Problem-oriented policing*. New York: McGraw-Hill, 1990. Veja também WILSON, James Q.; KELLING, George L. Making Neighbourhoods Safe. *Atlantic Monthly*, v. 263, 1989, p. 46.

⁸⁹ HANDLER, Joel F. Dependent People, the State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 35, n. 6, 1988, p. 1068-1071, nota 25 supra (discutindo Habermas e outros teóricos).

⁹⁰ KOMESAR, Neil K. *Law and the Character of Politics*. [s.l.]: University of Wisconsin Law School, 1990 (manuscrito inédito).

⁹¹ KENNEDY, Duncan. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, v. 41, 1982.

* N.T.: puzzle no original.

⁹² WEBER, Max. *Economy and Society: an Outline of interpretive sociology*. Berkeley, CA: University of California Press, 1978, v. 1 e v. 2, p. 85-86, p. 656-657 e p. 809. Ver também LUHMANN, Niklas: *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982, nota 6 supra, em p. 122; CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, v. 69, 1983, p. 104, nota 42 supra; TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983, nota 7 supra, em p. 240. Observar que a noção weberiana de consequencialismo é mais ampla que bem-estar material, compreendendo também, por exemplo, consequencialismo ético. Weber via perigo, por exemplo, em reivindicações de vários grupos sobre o Estado e a completa má vontade deles em aceitar os processos governamentais como meios legítimos para resolver disputas envolvendo seus interesses. Ver EPSTEIN, Richard A. Rights and Rights Talk. *Harvard Law Review*, v. 105,

Nas políticas públicas, o direito colapsa em utilitarismo transitório, perdendo sua independência como fonte de sentido para conformar direitos e o desenvolvimento jurídico subsequente?

Seria 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 sobre ônibus escolares. O significado dessas leis pode ser encontrado basicamente no desenho geral do programa e em sua história legislativa, mais do que na exegese de textos específicos, típica da *common law*. Mas tanto o significado jurídico quanto os direitos adquiridos – duas características do direito – são bastante importantes para as políticas públicas (por exemplo, a ideia de previdência social como seguro contributivo e a estabilidade dos direitos previstos na legislação ambiental). Assim, a autonomia relativa do direito manifesta-se não tanto na criação de programas sociais, mas em uma força viva (*momentum*) por trás deles, força viva às chamada de institucionalização.⁹³

A perda de sentido 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**), é, em parte, uma faceta do pragmatismo social.⁹⁴ Os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*) estenderam essa abordagem cética e pragmática aos argumentos ingênuos de política social do realismo jurídico, e também à análise política sofisticada mais recente.⁹⁵ No entanto, nessa tendência para a linguagem prática, existe uma contra tendência de isolar o significado da experiência.⁹⁶ 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

1992, 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 jurídica do paradigma emergente sobre empoderamento.

⁹³ KIRST, Michael W.; JUNG, Richard. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View of Title 1, ESEA: Stanford University Project Report n. 80-B18*, [s.l.]: [s.n.], 1980; JENCKS, Christopher. *Rethinking Social Policy: Race, Poverty, and the Underclass*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, p. 19-23, *vide* nota 8 (reforma institucional de apoio a mães solteiras e valor do incrementalismo).

* N.T.: A abordagem teórica *Critical Legal Studies* não costuma ser traduzida para o português. Adotou-se aqui a tradução *Estudos Críticos do Direito*, mas a expressão em inglês é comumente usada em trabalhos acadêmicos.

⁹⁴ Pragmatismo social é a avaliação de conceitos de acordo com suas consequências ao invés de considerar o seu significado interno. *Vide* WHITE, G. Edward. From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. *Southwestern Law Journal*, v. 40, 1986, p. 819.

⁹⁵ KENNEDY, Duncan. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*. *Stanford Law Review*, v. 33, n. 3, p. 387-445, 1981, nota 19 *supra*.

⁹⁶ LUBAN, David. Legal Modernism. *Michigan Law Review*, v. 84, 1986.

contradições, lacunas 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.⁹⁷

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.⁹⁸ Suponho que o direito tenha preservado sua integridade conceitual e consequencial com mais eficiência em áreas em que as consequências sociais são mais observáveis. Considere, por exemplo, o direito processual civil, em que 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*.

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 pouca atenção às realidades empíricas (por exemplo, argumentos políticos especulativos)?⁹⁹ 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,¹⁰⁰ muitas vezes inextricavelmente mescladas 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 (como a promoção com base nas notas ou na média do aprendizado anual).¹⁰¹

⁹⁷ KELMAN, Mark G. Trashing. *Stanford Law Review*, v. 36, 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 KENNEDY, Duncan. *The Structure of Blackstone’s Commentaries*. *Buffalo Law Review*, v. 28, 1979, p. 342-43). Mas o que diabos seria uma coisa invisível e intangível? Estaria Blackstone simplesmente louco ou não teria o tipo de inteligência aguda que se espera de um professor titular de uma Faculdade de Direito de prestígio? Mas talvez haja uma ordem aqui: devemos ao menos considerar a possibilidade de que essa reificação de direitos hereditários incorpóreos permita a Blackstone estender de maneira abrangente argumentos justificados pela “proteção à paz civil” para que o Estado proteja a detenção da propriedade em situações em que os argumentos seriam de outra forma surpreendentemente inaplicáveis.

⁹⁸ SHERWIN, Richard K. A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling. *Michigan Law Review*, v. 87, 1988.

⁹⁹ Ver, de forma geral, TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Toward A Constructivist Epistemology of Law. *Law & Society Review*, v. 23, n. 5, 1989.

¹⁰⁰ EDELMAN, Murray. *Politics as Symbolic Action*. Chicago: Markham, 1971; EDELMAN, Murray. *Political Language: Words That Succeed and Policies That Fail*. New York: Academic Press, 1977.

¹⁰¹ MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, 1977, p. 340; para citações semelhantes, ver CLUNE, William H.

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 e persuasivas sobre o uso de drogas ou ainda o movimento de prestação de contas na educação provoca uma indústria doméstica de relações públicas pelo uso de estatísticas educacionais.

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.¹⁰²

Dois outros problemas de rematerialização serão abordados mais adiante neste artigo: a ideia de que a falha na entrega de resultados tensiona a legitimidade jurídica¹⁰³ e a questão da desorganização política interferindo 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* em casos de julgamentos por responsabilidade civil).¹⁰⁴

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 pública não é apenas lei, política partidária (*politics*), economia ou estrutura social; é tudo isso ao mesmo tempo. 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 tópico, primeiro comentarei o processo geral, disciplinar e interdisciplinar, dos estudos de políticas públicas,

A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, v. 69, 1983, nota 42 *supra*.

¹⁰² Por exemplo, considere a afirmação de que o custo de serviços educacionais para pessoas deficientes abre seu caminho em diferentes tipos de doutrina. Veja BARTLETT, Katharine T. The Role of Cost in Educational Decision Making for the Handicapped Child. *Law & Contemporary Problems*, Spring, 1985, p. 9; WEGNER, Judith Welch. Variations on a Theme – The Concept of Equal Educational Opportunity and Programming Decisions Under the Education for All Handicapped Children Act of 1975. *Law & Contemporary Problems*, Winter, 1985, p. 169, ambas citações reimpressas em BARTLETT, Katharine T.; WEGNER, Judith Welch (Eds.). *Children With Special Needs*. New York: Routledge, 1987.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975, p. 45-94.

* N.T.: 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.

¹⁰⁴ BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982, *vide* nota 38 *supra*.

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. É justo dizer que muitos campos das ciências humanas – especialmente economia, ciência política e direito – encolheram os núcleos tradicionais e expandiram as periferias 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 ao domínio 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 jurídico profissional. 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).¹⁰⁵

Assim, embora a análise de políticas públicas no direito tenha muitos atrativos, especialmente porque elas se relacionam tanto ao desenho macrojurídico quanto ao bem-estar em escala ampla, o direito público e as políticas públicas provavelmente nunca irão dominar o currículo das faculdades de direito. Organizar o currículo de

¹⁰⁵ CLUNE, William H. Legal Desintegration and a Theory of the State. *German Law Journal*, v. 12, n. 1, 2011, p. 187; CLUNE, William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. *Wisconsin Law Review*, n. 77, 1985, vide nota 30 *supra*. N.T.: Nesse artigo [cuja tradução para o português está no prelo], em apertada síntese, se apresenta no *centro* o direito clássico, com os temas e disciplinas tradicionais (contratos, responsabilidade civil, sistemas processuais, direito penal, etc.) e a noção de estabilidade e segurança a eles associada, a despeito da percepção de um direito abstrato, socialmente inconsequente. Já na *periferia* haveria um desconforto para o pensamento jurídico, dada a influência (e afluência) de outras formas de pensar, voltadas à resolução sofisticada de problemas sociais.

acordo com as necessidades do exercício da advocacia é simplesmente muito útil e atraente. O precedente legal,* e não as consequências sociais, continuarão a dominar o raciocínio jurídico, embora eles não sejam mutuamente excludentes.

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 (*legal rights and entitlements*) podem ser organizados de forma harmoniosa para aumentar o bem-estar agregado ou podem ser destrutivos, dispendiosos e ineficazes. Como se procura enfatizar repetidamente neste artigo, *todas* as instituições políticas (*policy institutions*) eficazes são instituições legais, na medida em que são compostas por combinações de relações revestidas de autoridade jurídica. 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 (*policy version*) da *tragédia dos comuns*,^{106 **} 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 de análise 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

* N.T.: No direito norte-americano (sistema de *common law*), diferentemente dos sistemas de *civil law*, a litigância (sistema judicial) e o sistema de precedentes são centrais, tendo a jurisprudência força de lei (*case law*).

¹⁰⁶ Ver HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3859, 1968, p. 1243.

** N.T.: A obra *Tragédia dos Comuns* de Hardin 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, por definição escassos. A resposta para essa tragédia anunciada seria 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).

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 tópico tem condição somente de listar as técnicas e esboçar rapidamente algumas orientações para Direito e Políticas Públicas.

Enfatizo aqui, como faço em meu curso, que a maior parte do trabalho relevante sobre Direito e Políticas Públicas é útil sob dois pontos de vista distintos: 1) revela muito sobre um assunto subjacente – as instituições jurídicas – 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 igualmente bem para analisar a matéria e pontos específicos de outros artigos, numa espécie de rica referência cruzada com impacto cumulativo sensível ao longo do 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 da Responsabilidade Civil (*Torts Law*) encaixa-se aqui.¹⁰⁷ Obviamente, as situações nessa categoria são numerosas e se justapõem (*overlap*) bastante ao campo da análise de políticas públicas.¹⁰⁸

Porém, em tais pesquisas, qualquer noção da existência de um conjunto empiricamente simples de “efeitos” da intervenção legal acaba por se mostrar bastante enganosa. O comportamento humano é complexo, reativo e mediado por limites 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, executados, então, em contextos organizacionais e multilaterais autônomos e complexos. Normalmente, os estudos empíricos nas sociedades modernas são satisfatórios se fornecerem uma estrutura conceitual sofisticada do campo de negociação e evidências sólidas suficientes para levar a análise até o ponto em que é possível ver essas questões complexas e indeterminadas e seu 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.

¹⁰⁷ SUGARMAN, Stephen D. *Doing away with personal injury law: new compensation mechanisms for victims, consumers, and business*. New York: Quorum, 1989; SUGARMAN, Stephen D. *Doing Away with Tort Law. California Law Review*, v. 73, 1985, ver nota 40 *supra*.

¹⁰⁸ WEIMER, David; VINING, Aidan. *Policy Analysis: Concepts and Practice*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1988.

Na análise de Whitford sobre a cobrança coercitiva de dívidas dos consumidores,¹⁰⁹ medidas coativas são justas e eficientes na medida em que incentivam acordos voluntários. Projetar o tipo certo de medida judicial de reparação requer um delicado balanço, no entanto, com 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 sobre medidas privadas 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 (*policy analysis*) deve identificar o nível e a fonte da incerteza empírica, o ponto em que o julgamento informado, as conjecturas com base em conhecimento e a pura especulação entram na análise.¹¹⁰

Outro caso interessante é a técnica de policiamento orientado de acordo com problemas, de Herman Goldstein.¹¹¹ Goldstein recomenda que a polícia abandone tanto a doutrina jurídica 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 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 causa de sua complexidade. 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 adicional pode ser esperada do melhor programa? Tais questões

¹⁰⁹ WHITFORD, William C. A Critique of the Consumer Credit Collection System. *Wisconsin Law Review*, 1979, ver nota 78 *supra* (muitos impactos prováveis da cobrança de débitos podem interferir no julgamento informado).

¹¹⁰ WHITFORD, William C. Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty. *Yale Law Journal*, v. 91, 1982; WHITFORD, William C. Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-CLS World. *Wisconsin Law Review*, 1986, p. 755.

¹¹¹ GOLDSTEIN, Herman. *Problem-oriented policing*. New York: McGraw-Hill, 1990, *vide* nota 88 *supra*.

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).

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.¹¹² Usei essa técnica em vários de meus artigos.¹¹³

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 se torna, essencialmente, saber se a pequena quantidade de proteção adicional que é efetivamente fornecida vale os custos da intervenção, considerando que esses custos também variam.

3. *Finanças Públicas*

A parte das finanças públicas que lida com as falhas de mercado e falhas do governo¹¹⁴ 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

¹¹² Ver fontes citadas em nota 58 *supra*.

¹¹³ CLUNE, William H. Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984; CLUNE, William H. Institutional Choice as a Theoretical Framework for Research on Educational Policy. *Educational Evaluation and Policy Analysis*, v. 9, n. 2, 1987; CLUNE, William H. *Courts as Cautious Watchdogs: Constitutional and Policy Issues of Standardized Testing in Education*. Berkeley, CA: National Commission on Testing and Public Policy, 1988.

¹¹⁴ WOLF JR., Charles. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. Cambridge, MA: MIT Press, 1988, *vide* nota 4 *supra*.

Políticas Públicas é que ambas as 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 exercício de sensibilização na análise de qualquer problema específico de política pública, mesmo que a grande comparação seja essencialmente inconclusiva em determinadas políticas setoriais.¹¹⁵

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 sociojurídicos) sobre lacunas poderia ser vista como um exame do complexo processo de negociação política que ocorre na implementação de qualquer lei que envolva reforma social.¹¹⁶

5. *Economia Institucional (Institutional Economics)*

Sem ser 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.¹¹⁷ Um dos principais impulsos da economia institucional – de fato, sua alegada distinção da economia clássica – é olhar para além das instituições legais do mercado como fontes de bem-estar social e econômico.¹¹⁸

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 Políticas Públicas também é Direito e Economia (*Law and Economics*). 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*.¹¹⁹ Grande parte do trabalho parece ser de defesa de interesses (*advocacy*) com base em argumentos especulativos. O Direito da Responsabilidade Civil (*Torts Law*), enamorado pelo Direito e Economia, mas fortemente criticado a partir de uma perspectiva política (*policy perspective*) mais ampla, é um exemplo perfeito. Talvez, nesse sentido,

¹¹⁵ WOLF JR., Charles. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. Cambridge, MA: MIT Press, 1988, *vide nota 4 supra*. Wolf conclui sensivelmente que, em alguns casos específicos as análises são indeterminadas.

¹¹⁶ CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, Winter, 1985, *vide nota 42 supra*.

¹¹⁷ BROMLEY, Daniel W. *Economic Interests and Institutions: The Conceptual Foundations of Public Policy*. New York: Basil Blackwell, 1989, *vide nota 9 supra*; WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985, *vide nota 65 supra*.

¹¹⁸ DUGGER, William M. (Ed.). *Radical institutionalism: contemporary voices*. New York: Greenwood Press, 1989, *vide nota 19 supra*.

¹¹⁹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2d ed. New York: Little Brown and Company, 1977; EPSTEIN, Richard A. Rights and Rights Talk. *Harvard Law Review*, v. 105, 1992, *ver nota 30 supra*.

Direito e Economia seja uma difícil mistura de uma análise genuína de políticas públicas com a cooptação da argumentação política (*policy*) pelo formalismo jurídico.

Pesquisas sobre economia dos custos de transação¹²⁰ e teoria da escolha pública¹²¹ adotam uma perspectiva mais institucional e, portanto, vão além do encontro de interesses atomísticos 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 considero 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 balanços entre custos e 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.¹²²

¹²⁰ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985, nota 65 *supra*; JOHNSEN, D. Bruce. Wealth is Value. *Journal of Legal Studies*, v. 15, n. 2, 1986, p. 263.

¹²¹ KOMESAR, Neil K. *Law and the Character of Politics*. [s.l.]: University of Wisconsin Law School, 1990 (manuscrito inédito), *vide* nota 90 *supra*.

¹²² BARDACH, Eugene. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. Cambridge, MA: MIT Press, 1977, *vide* nota 60 *supra*; WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985, *vide* nota 65 *supra*; JOHNSEN, D. Bruce. Wealth is Value. *Journal of Legal Studies*, v. 15, n. 2, 1986, p. 253, *vide* nota 120 *supra*; PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron B. *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 Told by Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes*. Berkeley, CA: University of California Press, 1984; CLUNE, William H. A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. *Iowa Law Review*, v. 69, 1983, p. 47 [N.T.: Esse artigo está traduzido para o português na Revista Brasileira de Políticas Públicas, cf.: CLUNE, William H. Um modelo político de implementação e suas implicações para as políticas públicas, a pesquisa e a mudança dos papéis do direito e dos juristas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, 2021. Tradução: Gabriela Azevedo Campos Sales, Bruno de Almeida Passadore, Elisa Martinez Giannella e Kadra Regina

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

Embora a litigância institucional seja talvez mais um assunto do que uma técnica analítica, ela fornece um bom exemplo da evolução de estruturas legais fragmentárias para atender a objetivos sociais e econômicos agregados.¹²³ 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 a análise institucional comparativa, porque representam a oportunidade de correção judicial de uma falha política na legislação enquanto forçam a superação das suas deficiências tanto na capacidade técnica quanto política (por exemplo, fazer com que as prisões mudem e conseguir angariar recursos adicionais com os parlamentares).¹²⁴

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 legais¹²⁵ e o processo incremental de mudança dos valores jurídicos subjacentes.¹²⁶

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,¹²⁷ 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.¹²⁸ A preocupação com o processo

Zeratin Rizzi. Rev. técn. da tradução: Maria Paula Dallari Bucci], *vide nota 42 supra*; CLUNE, William H.; LINDQUIST, R-E. What Implementation Isn't: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, 1981, *vide nota 42 supra*; CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, Winter, 1985, *vide nota 42 supra*.

¹²³ EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, 1980, *vide nota 61 supra*; YACKLE, Larry W. *Reform and Regret: The Story of Federal Judicial Involvement in the Alabama Prison System*. New York: Oxford University Press, 1989.

¹²⁴ CLUNE, William H. Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984, *vide nota 113 supra*.

¹²⁵ HANDLER, Joel F. *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*. New York: Academic Press, 1978.

¹²⁶ KLUGER, Richard. *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black Americans Struggle for Equality*. New York: Alfred A. Knopf, 1977; Clauss, *vide nota 20 supra*.

¹²⁷ Ver a edição especial: *Stanford Law Review*, v. 36, n. 1 e n. 2, 1984.

¹²⁸ KENNEDY, Duncan. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. *Stanford Law Review*, v. 33, n. 3, p. 387-445, 1981, *vide nota 19 supra*.

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;¹²⁹ (2) atenção explícita à eficácia das estruturas legais ao longo de um determinado período, inclusive, é claro, de sua estrutura representativa;¹³⁰ 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.¹³¹

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 se preocupar com o texto da lei como um sistema de significado desvinculado da sua conexão com o bem-estar agregado; (2) uma preocupação com o que poderia denominar-se instrumentos jurídicos de políticas públicas (*legal policy instruments*), 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.¹³² A ideia 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 Políticas Públicas, conforme definidos neste artigo.

¹²⁹ BARNES, Robin D. Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship. *Harvard Law Review*, v. 103, 1990.

¹³⁰ GREENE, Linda G. Race in the 21st Century: Equality Through Law? *Tulane Law Review*, v. 64, 1990.

¹³¹ Ver edição especial sobre técnica narrativa aplicada ao direito: *Michigan Law Review*, v. 87, 1989. Também SCHULTZ, Vicki. Telling Stories about Women and Work- Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace. In: Title VII: Cases Raising the Lack of Interest Argument. *Harvard Law Review*, v. 103, 1990, vide nota 20 *supra*.

¹³² Parte da insensibilidade das políticas públicas vem, no meu entender, de uma análise excessivamente focada em um dos lados – uma falha, por exemplo, em entender que o funcionamento efetivo 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 fazem. CRENSHAW, Kimberlé. Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-discrimination Law. *Harvard Law Review*, v. 101, 1988; SINGER, Joseph William. The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld. *Wisconsin Law Review*, 1982; TUSHNET, Mark. An Essay on Rights. *Texas Law Review*, v. 62, 1984; WILLIAMS, Patricia J. Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 22, 1987.

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.¹³³ Problemas de organização política (*political*) e formação de políticas (*policy*) aparecem em todas as áreas das políticas públicas.¹³⁴

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 políticas setoriais 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.¹³⁵

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

¹³³ OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971; também ROGERS, Joel E. *Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws*. *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1990, vide nota 36 *supra*.

¹³⁴ CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, nota 54 *supra*; CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, Winter, 1985, nota 42 *supra*; COHEN, David K. Governance and Instruction: The Promise of Decentralization and Choice. In: CLUNE, William H.; WITTE, John F. (Eds.). *Choice & Control in American Education*. s.l.: Falmer Press, 1990, v. 1, nota 57, *supra*; LEMANN, Nicholas. The Unfinished War. *Atlantic Monthly*, 1988, nota 56, *supra*; LOWI, Theodore J. *The end of liberalism: the second republic of the United States*. New York: W.W. Norton, 1979, nota 55 *supra*; NOBLE, Charles. *Liberalism at work: the rise and fall of OSHA*. Philadelphia: Temple University Press, 1986, nota 40 *supra*; e ROGERS, Joel E. *Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws*. *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1990, nota 36 *supra* e texto que a acompanha.

¹³⁵ Várias sínteses sobre a implementação de programas sociais indicam, essencialmente, que nada funciona. Ver, por exemplo, ELMORE, Richard F.; MCLAUGHLIN, Milbrey. *Steady Work: Policy, Practice, and the Reform of American Education*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 1988; Pressman & Wildavsky, nota 123 *supra*; MCLAUGHLIN, Milbrey. Learning from Experience: Lessons from Policy Implementation. *Educational Evaluation and Policy Analysis*, v. 9, n. 2, 1987. Mas ver CLUNE, William H. Educational Policy in a Situation of Uncertainty: Or How to Put Eggs in Different Baskets. In: FUHRMAN, Susan H., MALEN, Betty (Eds.). *The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of the Politics of Educational Association*. London: New York: Falmer Press, 1991. Realmente, análises de crise no Estado de Bem-Estar Social se tornaram tema de várias pesquisas. Ver, por exemplo, HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975, nota 103 *supra*; MIHRA, Rameesh. *The Welfare State in Crisis: Social Thought and Social Change*. London: Palgrave Macmillan, 1984; OFFE, Claus. *Contradictions of the Welfare State*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1984; OFFE, Claus. *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1985.

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 Públicas¹³⁶ é que essas discussões oferecem insumos para a 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).¹³⁷

Assim, em geral, a presença de habilidades 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 sucesso relativo ou absoluto na solução deles. Por exemplo, temos um conjunto de instituições altamente sofisticadas, encarregadas da proteção ambiental, que estão tendo sucesso relativo e que podem não ser capazes de evitar a destruição ambiental maciça.¹³⁸

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 tecnologia moderna 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, fonte de nossa riqueza, problemas e instituições jurídicas, 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.¹³⁹

Problemas de desorganização e disfunção política, frequentemente mencionados neste artigo, podem superar limites e atingir proporções de crise. Se todas as

¹³⁶ WOLF JR., Charles. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. Cambridge, MA: MIT Press, 1988, vide nota 4 *supra*.

¹³⁷ Ver fontes citadas na nota 58 *supra*.

¹³⁸ FINDLEY, Roger W.; FARBER, David A. *Environmental Law: Cases and Materials*. St. Paul: West Publishing, 1985, nota 19 *supra*.

¹³⁹ Ver BOULDING, Kenneth E. The Economics of The Coming Spaceship Earth. In: JARRETT, H. (Ed.). *Environmental Quality in a Growing Economy*. Baltimore: John Hopkins, 1966, p. 3.

áreas de políticas 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.¹⁴⁰ Pensemos, 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,* 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.¹⁴¹

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 outra, a profundas inquietações sobre a viabilidade do empreendimento como um todo. A preocupação com o sistema é uma característica irreduzível 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 desenhos institucionais úteis entre áreas de políticas públicas

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

¹⁴⁰ LOWI, Theodore J. *The end of liberalism: the second republic of the United States*. New York: W.W. Norton, 1979, nota 55 *supra*; O'CONNOR, James. *The Fiscal Crisis of the State*. New York: St Martin's Press, 1973; MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Ambiguity and choice in organizations*. [s.l.]: [s.n.], 1982, nota 14 *supra*; HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975, nota 103 *supra*.

* N.T.: No original, "two-class yuppie 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.

¹⁴¹ EDSALL, Thomas B. *The new politics of inequality*. New York: W.W. Norton, 1984, nota 32 *supra*.

e um alto grau de descentralização, delegação e, eventualmente, empoderamento (*empowerment*). Uma teoria geral do empoderamento consideraria a necessidade de disponibilização de cinco tipos de recursos em favor das pessoas que desejariam que se tornassem mais ativas: direitos, renda, informações, acesso às organizações sociais relevantes e poder político.¹⁴² Segundo esse quadro conceitual, caberia às instituições jurídicas fornecer 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.¹⁴³ 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 das periferias. 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.¹⁴⁴ 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, discutidas atualmente, dão ênfase à facilitação e à 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).¹⁴⁵ Este conjunto de políticas e instituições de apoio está fortemente orientado para

¹⁴² HANDLER, Joel F. *Dependent People, The State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community*. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 35, n. 6, 1988, nota 25 *supra*; HANDLER, Joel F. *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1986, nota 25 *supra*; HANDLER, Joel F. *Community Care for the Frail Elderly: A Theory of Empowerment*. *Ohio State Law Journal*, v. 50, n. 3, 1989, nota 47 *supra*; KANTER, Rosabeth. *The Change Masters: Innovation and Entrepreneurship in the American Corporation*. New York: Touchstone, 1983, nota 25 *supra*; Osborne & Gaebler, nota 64 *supra*; LAWLER II, Edward E. *High Involvement management, Participative Strategies for Improving Organizational Performance*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1991, p. 42-43.

¹⁴³ HURST, James. *Law and Markets in United States History: Different Modes of Bargaining among Interests*. Madison: University of Wisconsin Press, 1982; HURST, James. *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-century United States*. Madison: University of Wisconsin Press, 1956, nota 18 *supra*.

¹⁴⁴ NATIONAL CENTER ON EDUCATION AND THE ECONOMY. *America's Choice: High Skills or Low Wages!* Washington, D.C.: NCEE, 1990, nota 10 *supra*.

¹⁴⁵ HAVEMAN, Robert. *Starting Even: an Equal Opportunity program to Combat the Nation's New Poverty*. New York: Simon and Schuster, 1988.

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 pobreza é um problema persistente nos EUA, deveríamos nos perguntar quais elementos do empoderamento são mais ausentes 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 ônus 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.¹⁴⁶ Na nossa sociedade, os adultos constantemente têm baixas condições de investir nas crianças pobres; conseqüentemente, as famílias pobres precisam que seus recursos sejam complementados (novamente, os recursos básicos do empoderamento: direitos, renda, informações, acesso a organizações úteis e poder político).¹⁴⁷ O atual interesse das políticas públicas na família, nos serviços para as famílias, preparação escolar, organização comunitária, serviços sociais integrados pode sinalizar o nascimento de uma nova visão das

¹⁴⁶ BARTON, Paul E.; COLEY, Richard J. *America's Smallest School: The family*. Princeton, N.J.: Educational Testing Service, 1992.

¹⁴⁷ COLEMAN, James S.; HOFFER, Thomas. *Public and Private High Schools: The Impact of Communities*. New York: Basic Books, 1987, p. 221-231 (discutindo capital humano e capital social, dentro e fora da família).

políticas de redução dos efeitos da pobreza baseada no empoderamento dinâmico, e não na subsistência estática.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹

Segundo, consideremos 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.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ A autonomia da escola¹⁵² e as escolas de propriedade dos professores¹⁵³ visam dar mais protagonismo aos seus funcionários descentralizando a autoridade, mas são ações que dependem de um ambiente burocrático favorável e de treinamento adequado. Por fim, considere-se a escolha da família.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵

¹⁴⁸ SCHORR, Lisbeth; SCHORR, Daniel. *Within our Reach, Breaking the Cycle of Disadvantage*. Doubleday: Anchor Books, 1988.

¹⁴⁹ KIRST, Michael. *Financing School-Linked Services: Policy Brief No. 7*. Center for Research in Education Finance, University of Southern California, Jan. 1992.

¹⁵⁰ CLUNE, William H. Educational Policy in a Situation of Uncertainty: Or How to Put Eggs in Different Baskets. In: FUHRMAN, Susan H.; MALEN, Betty (Eds.). *The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of the Politics of Educational Association*. London; New York: Falmer Press, 1991, nota 135 *supra*.

¹⁵¹ SMITH, Marshall S.; O'DAY, Jennifer. Systemic School Reform. In: FUHRMAN, Susan H., MALEN, Betty (Eds.). *The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of the Politics of Educational Association*. London; New York: Falmer Press, 1991.

¹⁵² CLUNE, William H.; WHITE, Paula. *School-Based Management: Institutional Variation, Implementation, and Issues for Further Research*. New Brunswick, New York: Eagleton Institute of Politics, Centre for Policy Research in Education, 1988; WOHLSTETTER, Priscilla; ODDEN, Allan. *Rethinking School-Based management Policy and Research: Working Paper n. 11*. [s.l.]: Center for Research in Education Finance, University of Southern California, Sept. 1991.

¹⁵³ LIEBERMAN, Myron. *Privatization and Educational Choice*. New York: St. Martin's Press, 1989, nota 46 *supra*; KOLDERIE, Ted. *Beyond Choice to New Public Schools: Withdrawing the Exclusive Franchise in Public Education*. Washington, D.C.: Progressive Policy Institute, 1990; WHITE, Paula. *Teacher Participation in School Decision-making: Decentralization of Authority to the School Site*. Dissertation - University of Wisconsin, Madison, 1990.

¹⁵⁴ Ver, de forma geral, as fontes citadas na nota 46 *supra*.

¹⁵⁵ CLUNE, William H. Educational Policy in a Situation of Uncertainty: Or How to Put Eggs in Different Baskets. In: FUHRMAN, Susan H.; MALEN, Betty (Eds.). *The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of the Politics of Educational Association*. London; New York: Falmer Press, 1991, nota 135 *supra*.

Essas aproximações poderiam ser aplicadas 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 me agrada no quadro 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.¹⁵⁶ 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.¹⁵⁷ 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, há 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 públicas 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 dos excessos das maiorias.¹⁵⁸ Acredito que seus piores temores diziam

¹⁵⁶ CLUNE, William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. *Wisconsin Law Review*, n. 77, 1985, nota 30 (sobre a origem dos meus trabalhos sobre essa ideia, cf.: p. 731-732).

¹⁵⁷ GORDON, Robert M. Critical Legal Histories. *Stanford Law Review*, v. 36, 1984.

¹⁵⁸ 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, Neil K. *Law and the Character of Politics*. [s.l.]: University of Wisconsin Law School, 1990 (manuscrito inédito), nota 90 *supra*.

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.¹⁵⁹

IV Conclusão: o paradoxo do “empoderamento”

Examinando o que foi discutido 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 de forma mais ajustada). 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 a 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 emergam dúvidas sobre a sustentabilidade. É possível continuar a produzir riqueza sem destruir o meio ambiente? Estamos chegando a um limite da quantidade de

¹⁵⁹ Compare o papel das normas profissionais e atitudes em: HANDLER, Joel F. Community Care for the Frail Elderly: A Theory of Empowerment. *Ohio State Law Journal*, v. 50, n. 3, 1989, nota 47 *supra*, com GOLDSTEIN, Herman. *Problem-oriented policing*. New York: McGraw-Hill, 1990, nota 88 *supra*.

pessoas que podem ser integradas com sucesso na economia global?¹⁶⁰ 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 todo o sistema de direito e políticas públicas, é uma história em desenvolvimento recheada de drama e surpresas. A pergunta mais interessante, para mim, 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.¹⁶¹ Se isso ocorrer, talvez tenhamos criado um novo tipo de política pública e direito.

Referências

BARDACH, Eugene. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. Cambridge, MA: MIT Press, 1977.

BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert A. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press, 1982.

BARNES, Robin D. Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship. *Harvard Law Review*, v. 103, 1990.

BARTLETT, Katharine T. The Role of Cost in Educational Decision Making for the Handicapped Child. *Law & Contemporary Problems*, Spring, 1985.

BARTLETT, Katharine T.; WEGNER, Judith Welch (Eds.). *Children With Special Needs*. New York: Routledge, 1987.

BARTON, Paul E.; COLEY, Richard J. *America's Smallest School: The family*. Princeton, N.J.: Educational Testing Service, 1992.

BECKER, Gary S. *Human capital: A theoretical and empirical analysis, with special reference to education*. New York: National Bureau of Economic Research, 1964.

BECKER, Gary S. *An economic analysis of the family*. [s.l.]: Economic & Social Research Institute, 1986.

BOHANNAN, Paul. The Differing Realms of the Law. In: NADER, Laura (Ed.). *The Ethnography of Law*. Washington, D.C.: American Anthropological Association, 1965.

BOHANNAN, Paul. The differing realms of the law. *American Anthropologist*, v. 6, n. 67, 1965.

BOULDING, Kenneth E. The Economics of the Coming Spaceship Earth. In: JARRETT, H. (Ed.). *Environmental Quality in a Growing Economy*. Baltimore: John Hopkins, 1966.

¹⁶⁰ MCKENZIE, Richard B. The First and Second Reich: the Taming of An Industrial-Policy Advocate. *Cato Journal*, v. 11, n. 1, 1991, p. 60 (discutindo os cinco rentistas afortunados que são competitivos na economia global); GALBRAITH, John Kenneth. *The Culture of Contentment*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1992.

¹⁶¹ 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.

BROMLEY, Daniel W. *Economic Interests and Institutions: The Conceptual Foundations of Public Policy*. New York: Basil Blackwell, 1989.

CALABRESI, Guido. *A common law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CARSTENSEN, Peter C. 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. *Research in law and economics*, v. 15, 1992.

CHANDLER JR., Alfred D. *The visible hand: the managerial revolution in American business*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1977.

CHUBB, John E. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1985.

CHUBB, John E.; MOE, Terry M. *Politics, Markets, and Americas Schools*. [s.l.]: Brookings, 1990.

CLAUSS, Carin A. Comparable Worth-the Theory, Its Legal Foundation, and the Feasibility of Implementation. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 20, 1986.

CLUNE, William H.; LINDQUIST, R-E. What Implementation Isn't: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, 1981.

CLUNE, William H. Courts and Legislatures as Arbitrators of Social Change. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.

CLUNE, William H. Unreasonableness and Alienation in the Continuing Relationships of Welfare State Bureaucracy: From Regulatory Complexity to Economic Democracy. *Wisconsin Law Review*, n. 77, 1985.

CLUNE, William H.; VAN PELT, Mark H. A Political Method of Evaluating the Education for All Handicapped Children Act of 1975 and the Several Gaps of Gap Analysis. *Law and Contemporary Problems*, v. 48, n. 1, winter, 1985.

CLUNE, William H. Institutional Choice as a Theoretical Framework for Research on Educational Policy. *Educational Evaluation and Policy Analysis*, v. 9, n. 2, 1987.

CLUNE, William H.; WHITE, Paula. *School-Based Management: Institutional Variation, Implementation, and Issues for Further Research*. New Brunswick, New York: Eagleton Institute of Politics, Centre for Policy Research in Education, 1988.

CLUNE, William H. *Courts as Cautious Watchdogs: Constitutional and Policy Issues of Standardized Testing in Education*. Berkeley, CA: National Commission on Testing and Public Policy, 1988.

CLUNE, William H.; WITTE, John F. (Eds.). *Choice & Control in American Education*. [s.l.]: Falmer Press, 1990.

CLUNE, William H. Educational Policy in a Situation of Uncertainty: Or How to Put Eggs in Different Baskets. In: FUHRMAN, Susan H.; MALEN, Betty (Eds.). *The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of the Politics of Educational Association*. London; New York: Falmer Press, 1991.

CLUNE, William H. Legal Desintegration and a Theory of the State. *German Law Journal*, v. 12, n. 1, 2011.

CLUNE, William H. Um modelo político de implementação e suas implicações para as políticas públicas, a pesquisa e a mudança dos papéis do direito e dos juristas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, 2021. Tradução: Gabriela Azevedo Campos Sales, Bruno

de Almeida Passadore, Elisa Martinez Giannella e Kadra Regina Zeratin Rizzi. Rev. téc. tradução: Maria Paula Dallari Bucci.

COHEN, David K. Governance and Instruction: The Promise of Decentralization and Choice. In: CLUNE, William H.; WITTE, John F. (Eds.). *Choice & Control in American Education*. [s.l.]: Falmer Press, 1990, v. 1.

COLEMAN, James S.; HOFFER, Thomas. *Public and Private High Schools: The Impact of Communities*. New York: Basic Books, 1987.

COONS, John E.; SUGARMAN, Stephen D. *Education by Choice: The Case for Family Control*. Berkeley, CA: University of California Press, 1978.

CRENSHAW, Kimberlé. Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-discrimination Law. *Harvard Law Review*, v. 101, 1988.

DUGGER, William M. (Ed.). *Radical institutionalism: contemporary voices*. New York: Greenwood Press, 1989.

DWYER, John P. Contentiousness and Cooperation in Environmental Regulation. *The American Journal of Comparative Law*, v. 35, n. 4, 1987.

DWYER, John P. The Pathology of Symbolic Legislation. *Ecology Law Quarterly*, v. 17, 1990.

DWYER, John P. Overregulation. *Ecology Law Quarterly*, v. 15, 1988.

EDELMAN, Murray. *Politics as Symbolic Action*. Chicago: Markham, 1971. EDELMAN, Murray. *Political Language: Words That Succeed and Policies That Fail*. New York: Academic Press, 1977.

EDSALL, Thomas B. *The new politics of inequality*. New York: W.W. Norton, 1984.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 93, 1980.

ELMORE, Richard F.; MCLAUGHLIN, Milbrey. *Steady Work: Policy, Practice, and the Reform of American Education*. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 1988.

EPSTEIN, Richard A. Rights and Rights Talk. *Harvard Law Review*, v. 105, 1992.

ESTRICH, Susan. Rape. *Yale Law Journal*, v. 95, 1986.

FINDLEY, Roger W.; FARBER, David A. *Environmental Law: Cases and Materials*. St. Paul: West Publishing, 1985.

FISCHL, Richard M. Some Realism about Critical Legal Studies. *University of Miami Law Review*, 41, 1987.

FLORA, Peter; HEIDENHEIMER, Arnold J. (Eds.). *The Development of Welfare States in Europe and America*. New York: Routledge, 1984.

GALBRAITH, John Kenneth. *The Culture of Contentment*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1992.

GLENN, Charles L. *Choice of Schools in Six Nations*. Washington, D.C.: U.S. Department of Education, 1989.

GOLDSTEIN, Herman. *Problem-oriented policing*. New York: McGraw-Hill, 1990.

GORDON, Robert M. Critical Legal Histories. *Stanford Law Review*, v. 36, 1984.

GREENE, Linda G. Race in the 21st Century: Equality Through Law? *Tulane Law Review*, v. 64, 1990.

- HANDLER, Joel F. *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*. New York: Academic Press, 1978.
- HANDLER, Joel F. *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1986.
- HAVEMAN, Robert. *Starting Even: an Equal Opportunity program to Combat the Nation's New Poverty*. New York: Simon and Schuster, 1988.
- HURST, James. *Law and Markets in United States History: Different Modes of Bargaining among Interests*. Madison: University of Wisconsin Press, 1982.
- HURST, James. *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-century United States*. Madison: University of Wisconsin Press, 1956.
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston: Beacon Press, 1975.
- HANDLER, Joel F. *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1986.
- HANDLER, Joel F. Dependent People, The State, and the Modern/Postmodern Search for the Dialogic Community. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 35, n. 6, 1988.
- HANDLER, Joel F. Community Care for the Frail Elderly: A Theory of Empowerment. *Ohio State Law Journal*, v. 50, n. 3, 1989.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3859, 1968.
- HAVEMAN, Robert. *Starting even: an equal opportunity program to combat the nations new poverty*. New York: Simon and Schuster, 1988.
- HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. The Enforcement Process in Regulatory Bureaucracies, in Enforcing regulation. In: HAWKINS, Keith; THOMAS, John M. (Eds.). *Enforcing Regulation*. Boston: Springer, 1984.
- HAY, J. Roy. *The Development of the British Welfare State, 1880-1975*. London: Arnold, 1978.
- HECLO, Hugh. *Modern social politics in Britain and Sweden: from relief to income maintenance*. New Haven: Yale University Press, 1974.
- HURST, James. *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-century United States*. Madison: University of Wisconsin Press, 1956.
- HURST, James. *Law and Markets in United States History: Different Modes of Bargaining among Interests*. Madison: University of Wisconsin Press, 1982.
- JAMES, Thomas; LEVIN, Henry M. *Public Dollars for Private Schools: The Case of Tuition Tax Credits*. Philadelphia, PA: Temple University, 1983.
- JENCKS, Christopher. *Rethinking Social Policy: Race, Poverty, and the Underclass*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.
- JOHNSEN, D. Bruce. Wealth is Value. *Journal of Legal Studies*, v. 15, n. 2, 1986.
- JONES, James E. Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11,246 As Amended. *Chicago-Kent Law Review*, v. 59, 1982.
- KANTER, Rosabeth. *The Change Masters: Innovation and Entrepreneurship in the American Corporation*. New York: Touchstone, 1983.

- KELMAN, Mark G. Trashing. *Stanford Law Review*, v. 36, 1984.
- KENNEDY, Duncan. The Structure of Blackstone's Commentaries. *Buffalo Law Review*, v. 28, 1979.
- KENNEDY, Duncan. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique. *Stanford Law Review*, v. 33, n. 3, p. 387-445, 1981.
- KENNEDY, Duncan. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, v. 41, 1982.
- KENNEDY, Duncan. Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. *Journal of Legal Education*, v. 36, n. 4, p. 518-62, 1986.
- KETTL, Donald. The Perils and Prospects of Public Administration. *Public Administration Review*, 1990.
- KIRST, Michael W.; JUNG, Richard. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View of Title 1, ESEA: Stanford University Project Report n. 80-B18, [s.l.]: [s.n.], 1980.*
- KIRST, Michael. *Financing School-Linked Services: Policy Brief No. 7.* Center for Research in Education Finance, University of Southern California, Jan. 1992.
- KLUGER, Richard. *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black Americans Struggle for Equality.* New York: Alfred A. Knopf, 1977.
- KOLDERIE, Ted. *Beyond Choice to New Public Schools: Withdrawing the Exclusive Franchise in Public Education.* Washington, D.C.: Progressive Policy Institute, 1990.
- KOMESAR, Neil H. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative. *Michigan Law Review*, v. 79, 1981.
- KOMESAR, Neil H. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. *Cleveland State Law Review*, v. 51, 1984.
- KOMESAR, Neil H. Back to the Future: An Institutional View of Making and Interpreting Constitutions. *Northwestern University Law Review*, v. 81, 1987.
- KOMESAR, Neil H. A Job for the Judge: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society. *Michigan Law Review*, v. 86, 1988.
- KOMESAR, Neil K. *Law and the Character of Politics.* [s.l.]: University of Wisconsin Law School, 1990.
- KOMESAR, Neil H. Injuries and Institutions: Tort Reform, Tort Theory, and Beyond. *New York University Law Review*, v. 65, apr. 1990.
- LASDEN, Martin. Apocalypse: Then and Now. *Stanford Magazine*, v. 18, Sept. 1990.
- LAWLER II, Edward E. *High Involvement management, Participative Strategies for Improving Organizational Performance.* San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1991.
- LEMANN, Nicholas. The Unfinished War. *Atlantic Monthly*, 1988.
- LEMANN, Nicholas. *The Promised Land: The Great Black Migration and How it Changed America.* New York: Alfred A. Knopf, 1991.
- LEVINE, Felice J. Goose Bumps and the Search for Intelligent Life in Sociolegal Studies: After Twenty-Five Years. *Law & Society Review*, v. 24, n. 1, 1990.

- LIEBERMAN, Myron. *Privatization and Educational Choice*. New York: St. Martin's Press, 1989.
- LINDBLOM, Charles E. *Politics and markets: the world's political-economic systems*. New York: Basic Books, 1977.
- LOWI, Theodore J. *The end of liberalism: the second republic of the United States*. New York: W.W. Norton, 1979.
- LUBAN, David. Legal Modernism. *Michigan Law Review*, v. 84, 1986.
- LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982.
- MACAULAY, A. Stewart. Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*, v. 28, 1963.
- MACAULAY, A. Stewart. *Long-Term Continuing Relationships: the American Experience Regulating Dealerships and Franchises: Working Paper*. [s.l.]: Institute for Legal Studies University of Wisconsin-Madison Law School, 1990.
- MACNEIL, Ian L. The Many Futures of Contracts. *Southern California Law Review*, v. 47, 1974.
- MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Ambiguity and choice in organizations*. [s.l.]: [s.n.], 1982.
- MCDOUGALL, Harold A. Social Movements, Law, and Implementation: A Clinical Dimension for the New Legal Process. *Cornell Law Review*, v. 75, 1989.
- MCKENZIE, Richard B. The First and Second Reich: the Taming of An Industrial-Policy Advocate. *Cato Journal*, v. 11, n. 1, 1991.
- MCLAUGHLIN, Milbrey. Learning from Experience: Lessons from Policy Implementation. *Educational Evaluation and Policy Analysis*, v. 9, n. 2, 1987.
- MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, 1977; *Michigan Law Review*, v. 87, 1989.
- MIHRA, Rameesh. *The Welfare State in Crisis: Social Thought and Social Change*. London: Palgrave Macmillan, 1984.
- MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, 1979.
- NATHAN, Joe. *Free to Teach: Achieving Equity, and Excellence in Schools*. Minneapolis: Winston Press, 1983.
- NATHAN, Joe. *Public Schools by Choice: Expanding Opportunities for Parents, Students, and Teachers*. Saint Paul: Institute for Learning and Teaching, 1989.
- NATIONAL CENTER ON EDUCATION AND THE ECONOMY. *America's Choice: High Skills or Low Wages!* Washington, D.C.: NCEE, 1990.
- NOBLE, Charles. *Liberalism at work: the rise and fall of OSHA*. Philadelphia: Temple University Press, 1986.
- O'CONNOR, James. *The Fiscal Crisis of the State*. New York: St Martin's Press, 1973.
- OFFE, Claus. *Contradictions of the Welfare State*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1984.
- OFFE, Claus. *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1985.

OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing government: How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. New York: Addison-Wesley, 1992.

PALAY, Thomas. Comparative Institutional Economics: The Governance of Rail Freight Contracting. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 2, 1984.

PALAY, Thomas. Relational Contracting Transaction Cost Economics and the Governance of HMOs. *Temple Law Quarterly*, v. 59, 1986.

PETERS, Thomas J.; WATERMAN JR., Robert H. *In search of excellence: lessons from America's best-run companies*. New York: Harper & Row, 1982.

PIORE, Michael J.; SABEL, Charles F. *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*. New York: Basic Books, 1984.

POLANYI, Karl. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon, 1974.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Second ed. New York: Little Brown and Company, 1977.

PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron B. *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 Told by Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes*. Berkeley, CA: University of California Press, 1984.

PRZEWORSKI, Adam; WALLERSTEIN, Michael. Democratic Capitalism at the Crossroads. In: PRZEWORSKI, Adam (Ed.). *Capitalism and social democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

REICH, Charles A. The New Property. *Yale Law Journal*, v. 73, 1964.

ROGERS, Joel E. Divide and Conquer: Further Reflections on the Distinctive Character of American Labor Laws. *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1990.

SCHOLZ, John T. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement. *Law and Society Review*, Salt Lake City, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984.

SCHORR, Lisbeth; SCHORR, Daniel. *Within our Reach, Breaking the Cycle of Disadvantage*. Doubleday: Anchor Books, 1988.

SCHULTZ, Vicki. Telling Stories about Women and Work- Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace. In: Title VII: Cases Raising the Lack of Interest Argument. *Harvard Law Review*, v. 103, 1990.

SCHULTZE, Charles L. *The Public Use of the Private Interest*. Washington, DC: The Brookings Institution, 1977.

SHERWIN, Richard K. A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling. *Michigan Law Review*, v. 87, 1988.

SIMON, William H. Legality, Bureaucracy, and the Class in the Welfare System. *Yale Law Journal*, v. 92, 1983.

- SINGER, Joseph William. The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld. *Wisconsin Law Review*, 1982.
- SMITH, Marshall S.; O'DAY, Jennifer. Systemic School Reform. In: FUHRMAN, Susan H.; MALEN, Betty (Eds.). *The Politics of Curriculum and Testing: 1990 Yearbook of the Politics of Educational Association*. London; New York: Falmer Press, 1991.
- SOUTH, Scott J. Metropolitan Migration and Social Problems. *Social Science Quarterly*, v. 68, n. 1, Mar. 1987; *Stanford Law Review*, v. 36, n. 1 e n. 2, 1984.
- STEWART, Richard B. The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation. *Wisconsin Law Review*, 1985.
- STONE, Christopher D. *Where the law ends: the social control of corporate behavior*. New York: Harper and Row, 1975.
- SUGARMAN, Stephen D. Doing Away with Tort Law. *California Law Review*, v. 73, 1985.
- SUGARMAN, Stephen D. *Doing away with personal injury law: new compensation mechanisms for victims, consumers, and business*. New York: Quorum, 1989.
- TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.
- TEUBNER, Gunther. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, *Law and Society Review*, v. 18, n. 2, 1984.
- TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Toward A Constructivist Epistemology of Law. *Law & Society Review*, v. 23, n. 5, 1989.
- TOBIAS, Andrew. *The invisible bankers: everything the insurance industry never wanted you to know*. New York: Simon & Schuster, 1982.
- TUSHNET, Mark. An Essay on Rights. *Texas Law Review*, v. 62, 1984.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Lochner v. New York*. *United States Reports*, v. 198, 1905.
- WEBER, Max. *Economy and Society: an Outline of interpretive sociology*. Berkeley, CA: University of California Press, 1978, v. 1 e v. 2.
- WEGNER, Judith Welch. Variations on a Theme – The Concept of Equal Educational Opportunity and Programming Decisions under the Education for All Handicapped Children Act of 1975. *Law & Contemporary Problems*, Winter, 1985.
- WEIMER, David; VINING, Aidan. *Policy Analysis: Concepts and Practice*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1988.
- WEISBERGER, June M. The Wisconsin Marital Property Act: Highlights of the Wisconsin Experience in Developing a Model for Comprehensive Common Law Property Reform. *Wisconsin Women's Law Journal*, 1985.
- WELS, Susan. Global Integration: The Apparent and the Real. *Stanford Magazine*, v. 18, 1990.
- WHITE, G. Edward. From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. *Southwestern Law Journal*, v. 40, 1986.
- WHITE, Paula. *Teacher Participation in School Decision-making: Decentralization of Authority to the School Site*. Dissertation – University of Wisconsin, Madison, 1990.

WHITFORD, William. A Critique of the Consumer Credit Collection System. *Wisconsin Law Review*, Issue 4, 1979.

WHITFORD, William C. Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty. *Yale Law Journal*, v. 91, 1982.

WHITFORD, William C. Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-CLS World. *Wisconsin Law Review*, 1986.

WILENSKY, Harold L. The New Corporatism, Centralization, and the Welfare State. In: *Sage professional papers in contemporary political sociology*: série n. 06-020. [s.l.]: Sage, 1976.

WILLIAMS, Patricia J. Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 22, 1987.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. Making Neighbourhoods Safe. *Atlantic Monthly*, v. 263, 1989.

WOHLSTETTER, Priscilla; ODDEN, Allan. *Rethinking School-Based management Policy and Research*: Working Paper n. 11. [s.l.]: Center for Research in Education Finance, University of Southern California, Sept. 1991.

WOLF JR., Charles. *Markets or governments: Choosing between imperfect alternatives*. Cambridge, MA: MIT Press, 1988.

YACKLE, Larry W. *Reform and Regret: The Story of Federal Judicial Involvement in the Alabama Prison System*. New York: Oxford University Press, 1989.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CLUNE, William H. Direito e políticas públicas: mapa da área. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 59-108, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1582.
