

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

YURI SCHNEIDER

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Julia Maurmann Ximenes, Regina Vera Villas Boas, Yuri Schneider – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-183-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

Entre os dias 6 e 9 de julho o XXV Encontro Nacional do CONPEDI ocorreu em Brasília, com o tema Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se reuniu em três diferentes salas, e a presente apresentação trata do primeiro grupo.

A histórica desigualdade social brasileira é o contexto da maioria das discussões, conduzidas ainda para o papel dos diferentes atores jurídicos na efetivação dos direitos sociais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente os trabalhos retomaram questões mais conceituais da relação entre Direito e Políticas Públicas como a judicialização, a dignidade da pessoa humana, o papel do Estado, do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a reserva do possível.

Outra grande temática foi a judicialização da saúde: aqui sete trabalhos analisaram os desafios deste fenômeno, inclusive com a análise de casos específicos, da gestão orçamentária e da nova abordagem na problematização sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais – o estado de coisas inconstitucional.

O terceiro direito social debatido em vários trabalhos foi a educação. Aqui as pesquisas contribuíram com importantes reflexões a partir da análise de casos, como Belo Horizonte e Rio de Janeiro, dentre outras perspectivas.

Para finalizar, a discussão envolveu trabalhos relacionados com a corrupção como “mecanismo de esvaziamento das políticas públicas” e pesquisas sobre políticas públicas de alívio a pobreza no Brasil.

O debate continua, mas esperamos que mais uma vez a publicação dos trabalhos discutidos contribua para a pesquisa jurídica brasileira sobre a efetivação dos direitos sociais.

Boa leitura!!!

Julia Maurmann Ximenes – IDP/CONPEDI

Yuri Schneider – UNOESC

Regina Vera Villas Boas – UNISAL

EFICÁCIA DOS DIREITOS, RACIONALIDADE ECONÔMICA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ALÍVIO À POBREZA NO BRASIL

EFFICIENCY OF RIGHTS, ECONOMIC RATIONALITY AND RELIEF OF PUBLIC POLICY POVERTY IN BRAZIL

Marcia Carla Pereira Ribeiro ¹

Carlos Eduardo Koller ²

Resumo

A superação da Teoria Econômica Clássica pela corrente da Nova Economia Institucional revela um novo paradigma para a Análise Econômica do Direito. Este novo paradigma pode contribuir para a construção de uma racionalidade econômica para as políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil. De forma a ilustrar o que será desenvolvido como pressuposto teórico buscar-se-á analisar o caso do Programa Bolsa Família, aplicando a racionalidade econômica na análise das premissas e resultados das políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil, com vistas à efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Políticas públicas, Racionalidade econômica, Alívio à pobreza, Eficácia

Abstract/Resumen/Résumé

Overcoming Classical economic theory by the current of New Institutional Economics reveals a new paradigm for the Law and Economics. This new paradigm can contribute in some way to the construction of an economic rationale for public policies to alleviate poverty in Brazil. In order to illustrate what will be developed as a theoretical assumption it will seek to analyze the case of the “Bolsa Família” Program, applying economic rationality in the analysis of the assumptions and results of public policies for poverty alleviation in Brazil, with a view to the effectiveness of fundamental rights

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Economic rationality, Poverty alleviation, Efficiency

¹ PProfessora Titular de Direito Societário, PPGD-PUCPR. Professora Associada de Direito Comercial na PPGD-UFPR. Pós-doutora pela Universidade de Lisboa e FGVSP. Pesquisadora de produtividade da Fundação Araucária- PR, Chamada Pública 21/2012

² Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Professor Pesquisador do UniBrasil – Centro Universitário e Advogado

1 Introdução

O movimento da Análise Econômica do Direito foi iniciado por Guido Calabresi e Ronald Coase nos idos de 1960. Ambos os economistas colaboraram para trazer para o Direito algumas discussões que apresentam grande importância na contemporaneidade. Consideraram que o contato do Direito com a Economia representou um avanço para o pensamento jurídico da década e foram responsáveis pelo estudo dos efeitos que as normas jurídicas e as decisões judiciais podem vir a provocar no mercado.

Subdividindo-se em Análise Econômica do Direito Positiva e Normativa, a corrente de pensamento assume uma conotação ambivalente, atuando em momentos distintos tanto na produção das normas quanto na análise valorativa dos arranjos institucionais formais e informais preexistentes.

Este artigo mescla elementos da AED positiva e normativa porque sugere alterações na forma como atua a racionalidade econômica para as políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil, seja anteriormente à sua formulação (em relação aos seus idealizadores), também quanto aos próprios beneficiários, porque detentores de racionalidade limitada (momento posterior à edição da política pública, sua implementação e manutenção: refere-se, portanto, a AED normativa).

Na construção dos principais aspectos da racionalidade econômica a partir da Análise Econômica do Direito (portanto distante do próprio Direito Econômico e assumindo estrutura teórica diversificada deste), parte do conceito jurídico de políticas públicas para posteriormente voltar-se às características específicas das políticas de alívio à pobreza. De antemão se esclarece que o esgotamento do conceito ou sua superação não é o objetivo do artigo, tendo em vista a vastidão teórica que assume a temática.

Parte-se do realismo jurídico e da ética consequencialista fundada em realizações, com o propósito de verificar os efeitos das normas jurídicas sobre a dinâmica social, especificamente em termos econômicos.

Outra premissa aqui verificável se dá em relação à economia comportamental (aquela relativa à racionalidade econômica). Por isso tanto os beneficiários quanto os idealizadores dos programas passam a ser considerados agentes econômicos e suas decisões precisam ser contempladas num estudo dessa natureza.

Considera-se que a inclusão do custo das transações na análise das políticas públicas aproxima a realidade do discurso teórico, contemplando aspectos da realidade local, especialmente os impactos no custo de vida dos beneficiários.

2 Políticas Públicas: gênero, definição básica e características jurídicas elementares

Neste aspecto cabe expor uma indagação: por que haveria o interesse em um conceito jurídico para as políticas públicas? Porque tangenciar aspectos e características jurídicas pode representar um aparato útil e também confiável para uma possível construção de um conceito de políticas públicas interessante à Análise Econômica do Direito.

Inicialmente destaque-se que “a confluência entre a política e o direito, nesse aspecto, dá-se num campo em que é mais nítida a participação de cada uma das linguagens”. (BUCCI, 2006, p. 37). Para tanto, o contato da linguagem do direito com aquela típica da política torna mais consistentes a própria expressão formal dos resultados das políticas públicas:

À política compete vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrando conflitos, de acordo com a distribuição do poder, além de equacionar a questão do tempo, distribuindo as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazos. Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação. Até porque, nos termos do clássico princípio da legalidade, ao Estado só é facultado agir com base em habilitação legal. A realização de políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública. (BUCCI, 2006, p. 37).

Desse contato do direito com a política surgem riscos não tão aparentes, como, por exemplo, a lei servir de manobra política ou então representar uma vontade de um grupo de interesses.¹ Por isso é fundamental atentar para a advertência da autora supra citada no sentido de se preservarem a legalidade e a constitucionalidade das políticas públicas, até mesmo como forma de controle e manutenção das ações do governo.

Daí que antecipando o principal objetivo deste artigo, optou-se pela metodologia da Análise Econômica do Direito, em especial sua aplicação prática a partir da racionalidade econômica, como uma forma possível de superação das incertezas e redução das proposições políticas voláteis e distantes da realidade (porque, a rigor, não encontram um aparato econômico igualmente confiável de possibilidades).

Para Maria Paula Dallari BUCCI, o conceito de política pública pode ser tido como:

¹ “Daí porque as políticas públicas precisariam incorporar outros elementos à sua formulação e à sua análise além das questões da racionalidade, tais como o papel das eleições, das burocracias, dos partidos e dos grupos de interesse”. (SOUZA, 2006, p. 24)

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p. 39)

Portanto, o aspecto orçamentário adita-se ao conceito de políticas públicas, coordenado com outros vetores igualmente importantes para o aperfeiçoamento de uma melhor compreensão sobre o tema. Ademais, economicamente a previsibilidade e o planejamento de ações com objetivos definidos anteriormente também fornecem elementos fundamentais para o aperfeiçoamento e manutenção das políticas públicas.

O referido conceito ainda que muito bem formulado não é livre de críticas, inclusive propostas pela própria autora, tendo em vista serem controvertidas as expressões *programa*, *processos* e *ações*. Também informa que talvez não exista um conceito jurídico de políticas públicas, mas algo que os juristas e os não juristas se valem como guia para o entendimento de políticas públicas (BUCCI, 2006).

Mesmo considerações sobre políticas públicas não são isentas de serem cotejadas com um princípio da economia que muitas vezes acaba por fragilizar o dever ser inerente à norma: trata-se do princípio de escassez. Todavia, a AED não se resume a considerações sobre escassez.²

Por outro lado, o papel da eficiência³ para o Direito representa uma obsessão que as vezes centraliza a atenção do estudioso na Análise Econômica do Direito, mas que também não pode ser considerada a única forma de aplicação dos mecanismos associados à AED.⁴

Quando se pretende aplicar a racionalidade econômica às políticas públicas de modo geral, convém destacar que outros tantos fatores podem integrar o conceito, tais como as influências ideológicas e até mesmo determinados conflitos dos governos:

² Uma advertência de natureza metodológica pode ser estabelecida neste momento. Políticas públicas podem ser descritivas ou prescritivas. Mesmo que não se adentre afundo nessas distinções elas são cruciais para o enfrentamento de algumas questões, sobretudo pela Análise Econômica do Direito, isto porque “a contribuição da ciência política e da economia, e particularmente aquela que se ramifica na escola da análise econômica do direito, tem o mérito de jogar luz sobre a questão da escassez dos recursos para a realização dos direitos. Mas pertence a uma tradição estranha ao nosso ordenamento formalizado”. (BUCCI, 2006, p. 46)

³ “A questão não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão de eficiência na discussão do justo”. (SALAMA, 2008, p. 07)

⁴ Dessa forma, antagonicamente, “há um segundo mito que precisa ser rejeitado desde logo. Trata-se da ideia de que a disciplina de Direito e Economia (Análise Econômica do Direito) se limita à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas. Essa ideia também não é verdadeira.” (SALAMA, 2008, p. 06)

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, *colocar o governo em ação* e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (SOUZA, 2006, p. 26)

Sendo assim, resumidamente se pode extrair uma noção elementar jurídica sobre o conceito de política pública, também bastante próxima do realismo jurídico e da ética focada em realizações (tema do próximo subitem). Daí que o interesse pelos resultados implementados na prática e as mudanças no mundo real elegem-se, neste momento, como imprescindíveis para a posterior análise.

O caso das políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil serão exploradas em tópico particular a partir das premissas aqui desenvolvidas.

2.1 Realismo Jurídico e Ética Consequencialista fundada em realizações: o problema do custo do monitoramento das políticas públicas de alívio à pobreza

Maria Paula Dallari BUCCI advertiu que a realidade não pode ser esquecida pelo Direito, tampouco o Direito pode, por outro lado, caducar na sua função de organização das relações entre Estado, Administração Pública e a sociedade como um todo. Acontece que nesse ímpeto de organizar as relações jurídicas muitas vezes o próprio Direito tornou-se estéril às percepções práticas, distante, em última análise, de uma realidade que sempre se modifica, por ser dinâmica. (BUCCI, 2006)

Como uma forma possível de minimização das incertezas, aproximando o Direito da realidade e das consequências produzidas pela edição de suas normas jurídicas, o realismo jurídico norte americano sugeriu a abertura do Direito a outros ramos do conhecimento, não somente à Economia (SALAMA, 2008), mas também à sociologia, à antropologia, dentre outras escolas de pensamento interdisciplinares que não necessariamente seriam sempre convergentes. Por sinal, a interdisciplinaridade possibilita a divergência entre juristas e economistas, juristas e sociólogos ou antropólogos, etc. (GICO JR., 2009)

Um dos principais elementos que surgem quando se parte para uma análise realística é o custo dos direitos. Victor ABRAMOVICH e Christian COURTIS sustentam que deve haver o direcionamento de recursos públicos em grande parte para a proteção da liberdade de imprensa, para o direito de propriedade, para o direito de associação, bem como na criação e

manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança que sejam responsáveis pela realização destes mesmos direitos, implicando, em última análise, um gasto muito elevado para o Estado. (ABRAMOVICH; COUTIRS; 2008, apud SILVA, 2008, p. 591)

No mesmo sentido os autores supra aduzem que ainda que não se esteja diante de direitos que envolvam uma prestação positiva por parte do Estado (como por exemplo a garantia da liberdade civil), ainda assim o custo irá importar e poderá, em última análise, impor severos gastos para a sua manutenção pelo Estado. (ABRAMOVICH; COUTIRS; 2008, apud SILVA, 2008, p. 591)

Virgílio Afonso da Silva ao estudar o caso do fornecimento de medicamentos no combate a AIDS no Brasil esclarece:

A última informação importante por trás dos números do estudo de caso diz respeito à racionalidade que permeia as decisões dos juízes e às suas consequências. O estudo constatou que nos casos de concessão de medicamentos, 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde como individual. Além disso, em geral ou juízes não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo. (SILVA, 2008, p. 596)

Dáí que a distinção entre direitos individuais dos direitos coletivos precisa ser dimensionada pelas decisões judiciais, porque em termos de custos, o resultado de uma possível decisão judicial que conceda um medicamento previamente disponibilizado pela rede pública de saúde pode representar um aumento no *déficit* do próprio produto anteriormente planejado por alguma política pública anterior.

Assim, os aspectos econômicos podem contribuir para a redução das incertezas e da imprevisibilidade dos julgados, isto porque ao conceder um medicamento, por exemplo, atendo-se o magistrado à quota determinada, ou até mesmo a anterior existência de uma política neste sentido, sem dúvidas poderá da mesma forma, poupar a própria política.⁵

A necessidade de enfrentamento dos aspectos de realidade na perspectiva sobre a justiça aparece no pensamento de Amartya SEN. O autor parte de dois episódios históricos. Primeiro, a Revolução Francesa e a Tomada da Bastilha (movimento que haveria dado início àquela revolução) e, posteriormente, a decisão do governo norte americano em deflagrar uma invasão militar no Iraque no ano de 2003. (SEN, 2013, p. 31-33)

Em relação aos dois episódios, há inúmeros argumentos favoráveis e desfavoráveis. Mas o que haveria de comum entre ambos? O ponto em comum apontado pelo autor reside

⁵ É certo que a existência de políticas públicas não eficientes podem, da mesma forma, representar um dever em conceder medicamentos por parte do julgador, mas isto não compõe o tema do presente ensaio, por abrir margem a uma discussão que comportaria um ensaio específico e dirigido a este fim (a racionalidade do julgador e as políticas públicas).

naquilo que ele mesmo convencionou chamar de *decisão sustentável*. As decisões francesa e americana não foram embasadas em nenhum aspecto sustentável, mas representaram, segundo SEN, um certo movimento leviano, de fundo político, que sempre poderia tanto apoiar quanto destronar movimentos desta natureza. (SEN, 2013, p. 35)

Sen considera também a herança fruto da tradição iluminista e o que foi por ele denominado de *institucionalismo transcendental*.⁶

Ao se desconhecer ou ignorar, por opção, o custo das políticas públicas, bem como as dificuldades em sua implementação (fruto da realidade para a qual as mesmas seriam voltadas), o máximo que se poderá alcançar será um modelo de padrão moral igualmente ideal, sem aprofundamento em relação ao comportamento efetivo das pessoas. (SEN, 2013)

Assim, se as políticas públicas forem focadas para o que realmente possa acontecer em termos de realizações, a partir de um quadro econômico de possibilidades, tem-se igualmente uma tentativa de busca mais intensa da própria ética econômica (já que se torna mais real a associação entre ideais e possibilidades) .

Quanto à política pública de alívio à pobreza, como é o caso do Programa Bolsa Família, não se pode de forma alguma ignorar aspectos da realidade das pessoas, do local onde residem e do grau de cultura que já tiveram e ainda tem acesso.

São muitos os fatores necessários à que se possa concluir sobre a efetividade do Programa em termos de contribuição para um aumento real na autonomia das pessoas, ou se acaba por produzir maior dependência econômica dos beneficiários em relação ao Estado.⁷

Tanto o realismo jurídico quanto a ética consequencialista fundada em realizações podem contribuir de modo razoável para o manejo, monitoramento, implementação e custeio das políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil.

3. Racionalidade Econômica e aspectos distintivos básicos entre a Teoria Econômica Clássica e a Nova Economia Institucional

⁶ SEN aponta que uma abordagem havia sido iniciada por Thomas Hobbes no século XVII e seguida de diferentes modos por pensadores como Jean-Jacques Rousseau, que concentraram-se na identificação de arranjos institucionais justos. A isso se denominou de *institucionalismo transcendental*, que acontecia em dois momentos: primeiro focalizava-se uma sociedade ideal, que não precisava ser viável, para, posteriormente, a busca da perfeição em um modelo afastado das sociedades reais. Portanto, completamente antagônica sobreveio a ética consequencialista focada em realizações. (SEN, 2013, p. 36)

⁷ Vários podem ser os fatores que contribuem para o aumento do custo de implementação dos programas de alívio à pobreza. Veja-se o caso do Programa Bolsa Família que ostenta problemas como a falta de adequação dos centros regionais de assistência social para o atendimento dos usuários, a falta de cursos de geração de renda para os beneficiários, a consideração do valor do custo de vida do local em que será aplicada a política, gestão clara no programa, especialmente a avaliação e monitoramento permanentes. (TESTA, nº. 47, nov./dez., 2013, p. 1537).

Toda vez que o comportamento humano estiver sob análise será admissível a intersecção do instrumental da Análise Econômica do Direito. Apresentando um ferramental teórico e ao mesmo tempo empírico a AED oferece suporte para a compreensão da realidade que opera com recursos escassos. GICO JR. defende:

Em outras palavras, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública. (GICO JR., 2009, p. 02)

Daí que a AED sugere o vencimento de um obstáculo de ordem metodológica, ou seja, uma superação do pensamento jurídico tradicional, aquele que historicamente vem buscando soluções com base em princípios e construções filosóficas distantes da realidade. A alteração na estrutura de incentivos dos agentes altera o modo como estes irão operar. A referida alteração pode ser dar a partir da lei ou como decorrência de uma política pública.

No segundo caso, a modificação dos incentivos pode gerar efeitos a longo prazo, especialmente não previstos pelas partes, como, por exemplo, o esgotamento do recurso econômico dirigido a certo programa de alívio à pobreza, o que comprometerá a sua sustentabilidade econômica.

Basta considerar a atual crise econômica no país e os efeitos serão sentidos tanto pelos beneficiários quanto pelos idealizadores das políticas públicas. Neste contexto a AED, por meio de considerações sobre racionalidade plena e da não previsibilidade dos custos de transação, permite questionar as potenciais alterações de rota das políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil.

SCHAPIRO observa que “em relação ao *mainstream* neoclássico, os estudos de autores como Ronald Coase ou Oliver Williamson têm sugerido que, no mundo real, as trocas entre os agentes não são necessariamente instantâneas e perfeitas, e tampouco estes atores detêm uma racionalidade ilimitada”. (SCHAPIRO, p. 217)

Por essa razão, COASE e WILLIAMSON destacam a importância de se considerar a realidade econômica. Contrapondo-se à Teoria Econômica clássica, é possível sintetizar que:

Diferentemente [das teorias clássicas], os trabalhos da NEI têm procurado mostrar

que nas transações econômicas não só ocorrem fricções (como os custos de transação), como a racionalidade dos agentes é limitada – a sua capacidade de decisão não é plena. Em razão disso, esses autores introduzem as instituições em suas análises, argumentando que as relações econômicas são reguladas por aparatos de coordenação, como a propriedade e o contrato. (SCHAPIRO, jan./jun., 2010, p. 217)

A teoria clássica considerava plena a racionalidade dos agentes, bem como desconsiderava os custos de transações da operação econômica e a relevância de se considerar a influência das instituições para a economia. A eficiência era vista em relação a somente um dos envolvidos (ou um beneficiário), portanto operava-se sob um pressuposto individualista. A teoria econômica clássica havia sido modelada para um mundo ideal e sem atritos (portanto, ausentes os custos das transações).⁸

Diante da inevitabilidade de que se acresça ao pensamento econômico os custos do processo econômico, especialmente os custos dos contratos, e do papel desempenhado pelas instituições é que se desenvolvem novas correntes no pensamento econômico.

Destaque para a crítica apontada na obra *Economic Performance Through Time* de Douglass NORTH que consistiu em afirmar que haveria uma preocupação intensa dos economistas neoclássicos com a forma como os mercados funcionam, mas uma ignorância por completo do modo como eles se desenvolveram. Da mesma forma, ignorou-se a estrutura de incentivos incorporada às instituições, o fator tempo, abstraindo-se quanto à importância das instituições. (NORTH, 1994)

Ou seja, Teoria Econômica Clássica não incorporou o pressuposto da racionalidade limitada e a dimensão do tempo como elementos do pensamento econômico. Dispensou, também, como afirmado, as instituições. NORTH, no artigo específico sobre o desempenho econômico através do tempo, também atestou estarem os indivíduos sujeitos a escolhas que decorrem de um aprendizado, portanto, de natureza cultural. Na eleição dos arranjos institucionais que servirão como base ao desenvolvimento econômico serviriam-se desta mesma cultura e por isso estão limitados àquilo que sabem e que teriam aprendido através do tempo. (NORTH, 1994)

Os indivíduos são dotados de modelos subjetivos baseados em informações insuficientes, o que não fora percebido pelos neoclássicos. Ainda, os custos das transações também foram ignorados, pelo que o mercado trabalharia em um mundo sem atritos (na ausência destes mesmos custos).

⁸ “Eficiência alocativa e justiça distributiva são temas constantes no debate econômico e fazem-se presentes na discussão a respeito das alternativas de organização de uma sociedade. Ambas têm importantes efeitos na formação dos sistemas econômicos vigentes na maior parte dos países”. (CRUZ; PASSALI, 2011, p. 143)

No contexto da escola clássica uma política pública qualquer seria absolutamente ideal:⁹

Na ótica tradicional, uma definição restrita de bem-estar do beneficiário é tomada como única variável relevante. Tal avaliação, embora útil, tem limitações que precisam ser discutidas. Primeiro, desconsidera-se que o indivíduo possa ter conhecimento limitado a respeito da cesta ótima das cestas alternativas e que, melhorar seu estoque de informação, lhe é custoso. Segundo, pressupõe que ele tenha racionalidade ilimitada para processar as informações detidas e antecipa o resultado ótimo de suas escolhas. Terceiro, desconsidera-se a potencial influência do programa sobre as preferências dos beneficiários, seus aspectos positivos e o custo de oportunidade de não utilizá-la. (CRUZ; PASSALI; vº. 20, nº. 1, abr., 2011, p. 149)

Os modelos subjetivos individuais não são capazes de captar toda a realidade subjacente, porque articulam a partir de informações insuficientes. Quando se tem muito pouco, não há liberdade para se escolher nada, mas apenas modelos preestabelecidos com alternativas mínimas de satisfação.

Ainda a partir do enfoque da Teoria Econômica Clássica, um ponto de fragilidade está no fato de que as ações dos sujeitos – agentes econômicos – não eram monitoradas, tampouco havia um estudo do curso destas ações. O mercado teria a habilidade de agir por si mesmo.

A NEI inclui elementos descartados pela análise neoclássica. Acredita que a interação entre as instituições fez com que a economia evoluísse, incluindo mais elementos para a formação da moderna racionalidade econômica.

As instituições se modificam e interagem constantemente. Não obstante as alterações legislativas possam se dar do dia para a noite, as regras informais mantem-se, mas isso não quer dizer que elas também não estejam em constante movimento. (NORTH, 1994). Assim:

Dentre as alternativas propostas e testadas por diversas sociedades ao longo do tempo, as principais instituições envolvidas na construção e distribuição dos resultados econômicos do mundo contemporâneo são o mercado, as firmas e o Estado. A atuação e interação dessas instituições no âmbito da promoção da eficiência alocativa e justiça distributiva, bem como seus efeitos sobre o bem-estar social são parte expressiva do objeto de estudo da Economia. (CRUZ; PASSALI, 2011, p. 143)

Mercado, firma e Estado, tomados como instituições podem revelar as características do desenvolvimento econômico de um dado local.

Em um país como o Brasil a intervenção do Estado na economia é fundamental,

⁹ “Quando se é caro para transacionar, então as instituições importam”. (NORTH, 1994, p. 360)

sobretudo diante da compensação de algum tipo de exclusão (direitos de minorias, dos pobres, etc.) gerada pela própria sociedade. (CRUZ; PASSALI, 2011)

Na visão do movimento neoclássico, o preço forneceria as informações necessárias acerca da oferta e da procura, a ponto de ditar no mercado qual seria o seu funcionamento, já que “mercados fornecem informações, em parte, ao gerarem preço. Cada preço é um item de informação, potencialmente valioso, sobre oportunidades disponíveis”. (MITCHELL; SIMMONS, 2003, p. 36)

Além do mercado (e do preço) é inegável que se considere a intervenção do Estado, ao menos quando houver falhas de mercado ou na hipótese de não efetivação de certos direitos. Isto porque “mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem definidos”. (MITCHELL; SIMMONS, 2003, p. 37)

Portanto, o mercado não pode se governar absolutamente sozinho.

Retornando-se ao tema central deste artigo, Marcio José Vargas da CRUZ e Huáscar Fialho PESSALI (2011) enfatizam que ninguém melhor do que o próprio beneficiário de um programa de alívio à pobreza qualquer para decidir sobre o que fazer com os recursos que recebe. Ou seja, entre fornecer uma cesta básica com produtos previamente selecionados como arroz e feijão, por exemplo (e neste caso se está diante de uma alternativa econômica preestabelecida) ou dar uma quantia em dinheiro ao beneficiário (que é sabido detém racionalidade limitada), permitindo-se que possa escolher, melhor a segunda opção.

Por outro lado, Douglass NORTH já advertiu aos teóricos econômicos clássicos que a preocupação no funcionamento dos mercados precisa ser ultrapassada, voltando-se a atenção ao formato como estes mercados se desenvolvem. Em termos de Bolsa Família, por exemplo, é claro que a redução drástica da pobreza e o melhoramento da condição de vida das pessoas beneficiárias representou um avanço significativo para o desenvolvimento econômico. Convive-se, porém, com a escassez dos recursos, medidos em termos de sustentabilidade, o que leva à possibilidade de seu esgotamento.

Acredita-se que a racionalidade econômica pode ser útil ao se considerar a implementação e a administração das políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil. Como se está diante da calibragem do comportamento humano (tanto de quem recebe o benefício quanto daquele que lhe dirige ou comanda), a metodologia da AED pode contribuir o aperfeiçoamento dos programas:

O PBF é um programa de transferência direta de renda a famílias pobres e extremamente pobres, mas que estabelece aos beneficiários condicionalidades relativas à educação, à saúde e às condições sociais da família. Em outras palavras, o

PBF toma certas decisões pelo beneficiário por meio das condicionalidades ao invés de simplesmente dar-lhes um equivalente monetário. O âmbito da discussão aqui proposta é o planejamento econômico, buscando conversar com aqueles que, de uma forma ou de outra, atuam na idealização e formulação de políticas públicas. Afinal, é possível que essas pessoas venham a tomar decisões importantes sem que, por vários motivos, possam discutir seus fundamentos microeconômicos. (CRUZ; PASSALI, , 2011, p. 143)

As condicionalidades do Programa Bolsa Família, relacionadas a educação, saúde ou outros aspectos sociais são vistas como compositoras da estrutura de incentivos dos agentes econômicos. O recebimento do benefício econômico está condicionado ao comportamento em sintonia com o que se deseja e a lei determina.¹⁰

Em termos de planejamento econômico, é indispensável o diálogo entre tomadores de decisões políticas, juristas e economistas, desde que superados os conflitos, inclusive linguísticos.

Um exemplo da necessária interação espelha-se no realismo jurídico::

No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outros movimentos. (GICO JR., 2009, p. 06)

No Brasil, em paralelo ao Direito norte-americano, a reação ao positivismo jurídico se deu com o neoconstitucionalismo que buscou apontar para a falha do processo metodológico de subsunção do fato a norma, na medida em que a lei não teria, para estes pensadores, a capacidade de solucionar todo e qualquer fato concreto posto à sua disciplina. Para fundamentar “os neoconstitucionalistas fazem referência à linha de defesa de nazistas que, durante o julgamento de Nuremberg, alegaram não ter cometido qualquer crime, uma vez que teriam atuado rigorosamente em consonância com o ordenamento jurídico alemão”. (GICO JR., 2009, p. 07)

E mais, no caso das Políticas Públicas, toda vez que o Poder Judiciário altera a rota das intenções públicas, modifica, também, a estrutura de incentivos dos agentes, porque será sempre paralela a atuação de seu formulador inicial (o parlamento, por exemplo). Corre-se o risco de que não sejam levados em consideração os gastos previamente planejados para o

¹⁰ Mas isto precisa ter um fim, ou seja, um programa nasce para atingir o resultado pretendido e se extinguir quando o sujeito adquirir capacidade para, livremente, determinar-se como um cidadão politicamente ativo ou participativo. (SEN, 2000, p. 24)

manejo destas ações ou se há uma ação pública estatal em andamento no mesmo sentido do objeto da intervenção do Poder Judiciário.¹¹

Portanto, aplicando a AED positiva à uma política pública de alívio à pobreza tem-se que o planejamento dos recursos escassos pode representar um avanço para a própria manutenção das vantagens econômicas disponibilizadas a determinado grupo de pessoas.

Acontece que a forma pela qual se dá a referida operação exige do sujeito que reconheça sua racionalidade como um recurso escasso também. No próximo subitem analisar-se-á a racionalidade humana como elemento protagonista do interesse do Direito pela Economia.

3.1 Racionalidade Limitada do agente econômico no manejo e aproveitamento das políticas públicas de alívio à pobreza: ilusão, posicionalidade e zona de confinamento do observador racional.

Ao se observar várias nuvens no céu a partir de um ponto fixo da Terra e a olho nu, como seria possível determinar a que distância elas estariam do sujeito observador? Ou então, entre as nuvens, qual a distância exata que as separam? Impossível saber, tem-se apenas uma ideia subjetiva de qual é o percurso que se deve percorrer com os olhos, mas jamais uma trajetória exata para se identificar em valores o quanto isto significa.

Decorrência de uma racionalidade limitada, a posição que o indivíduo ocupa na análise da realidade significa mais um limite ao pensar que, não obstante possa retratar um significado mínimo, ainda assim será rarefeito ou impreciso (SEN, 2000).

O mais adequado para a hipótese acima seria investir em tecnologias para se auferir um resultado mais exato, contudo, assim como o ar é móvel, a hipótese das nuvens também se torna algo não palpável, isto porque o seu movimento impediria um resultado definitivo. Seria um esforço em vão e um custo sem resultado algum.

Mais que isso, esses equipamentos, medidores, satélites, os profissionais treinados para tal finalidade, tudo isso geraria um alto custo para se obter a informação necessária, o que encarece o processo de observação. Imagine-se o caso deste mesmo processo precisar ser repetido diversas vezes, o quanto isso não representaria em despesas.

Nas políticas públicas acredita-se que o mesmo se dá. Tanto os beneficiários dos programas de alívio à pobreza, ou os seus idealizadores, podem, ainda que não

¹¹ Pretende-se dizer com isto que uma decisão judicial que obrigue o Estado brasileiro a pagar determinado medicamento pode ignorar, por exemplo, um planejamento anterior do próprio Estado, mas agora em outra esfera (outro Poder, como o Legislativo) neste mesmo sentido, provocando um esgotamento da política em termos de realidade jurídica.

intencionalmente, negligenciar hipóteses em decorrência de sua racionalidade limitada e posicional, o que acarretará em um prejuízo recíproco, sendo, portanto, ineficiente ao fim que se propõe. O estoque de informação é altamente custoso para o beneficiário da política pública, por isso os programas precisam especificar de modo claro e conciso os benefícios por eles trazidos, e isto parece ser responsabilidade dos idealizadores, porque são inicialmente detentores destas informações. (CRUZ; PASSALI, 2011)

Se os beneficiários demandam acesso a bens primários como alimentação e vestuário, em praticamente todos os casos também avocam por saúde e educação, imaginar que estarão dispostos a gastar com informações sobre os produtos é no mínimo ingenuidade, ou então, falta de debruçar-se sobre a realidade local.

Para Amartya SEN:

Tentar ir além do confinamento posicional é também central para a epistemologia. Há, no entanto, um problema com a observação e, muitas vezes, um obstáculo à compreensão do que está acontecendo a partir da perspectiva limitada daquilo que observamos. O que podemos ver não é independente de onde estamos em relação ao que estamos tentando ver. (SEN, 2013, p. 188)

O *confinamento posicional* é uma situação que impede o homem intelectivamente de expandir seu campo de observação e ir além, ou seja, limita-lhe na sua compreensão da realidade, bem como na resposta esperada, afastando-lhe da ética. Quanto à ética econômica, para o mesmo autor, tornar-se-ia mais adequado partir-se de local nenhum, por mais difícil que possa parecer: “a busca de algum tipo de compreensão do mundo que seja independente da posição é fundamental para o esclarecimento ético que pode ser procurado em uma abordagem não relacional”. (SEN, 2013, p. 193)

Tanto os beneficiários dos programas quanto seus principais idealizadores (das políticas públicas de alívio à pobreza) são vítimas deste *confinamento posicional*, porque limitados na sua racionalidade. Ainda, todas as informações podem não estar disponíveis no processo de criação de uma política pública, vindo-lhes a impor gravames futuros por conta da incapacidade humana em prever e absorver toda a informação, seja disponível ou não.

Hipoteticamente, a negligência da realidade local para a qual a política pública será dirigida e o potencial manejo de informações pode submeter toda uma comunidade à dependência quase exclusiva de um dado programa, mediante um aproveitamento de uma situação de assimetrias informacionais.

TOKARS chama de *comportamento desonesto* a assimetria das informações que pode existir num cenário econômico qualquer, no qual os agentes interagem de modo ativo:

Da aplicação dos postulados básicos da teoria da assimetria de informação pode-se constatar os custos gerais da desonestidade de certos agentes econômicos. A partir do momento em que, no plano institucional, não se inibe eficientemente o comportamento desonesto, o mercado passa a trabalhar com a perspectiva da desonestidade, o que afeta o sistema de preços e a própria gama de realização de negócios. (TOKARS, 2011, p. 94)

Mais do que isto, pode-se afirmar que o beneficiário assumiu uma posição que lhe direcionou para uma *ilusão objetiva*,¹² seja quando este fica obrigado a seguir opções fechadas como deter-se à cesta de bens já consumidas ou arcar com os custos de informação referentes a uma cesta de consumo alternativa com maior utilidade e satisfação. (CRUZ; PASSALI, 2011)

A informação detida pelo idealizador da política pública pode ignorar os custos de processamento e o potencial caráter coletivo de uma alocação e previsão de renda, ou então, a própria inabilidade de processar informações complexas por parte dos beneficiários (CRUZ; PASSALI, 2011).

Em síntese, ambos poderão recair num *confinamento posicional* que originará uma *ilusão objetiva*.

4 Conclusão

Buscou-se delinear características da Nova Economia Institucional, cotejando-as com a racionalidade econômica associada às políticas públicas de alívio à pobreza no Brasil.

A ênfase estava na demonstração de que o princípio da eficiência não é necessariamente o centro da Análise Econômica do Direito, superando alguns mitos que podem reduzir a substância desta metodologia empregada.

Apontou-se para a superação da corrente econômica clássica pela Nova Economia Institucional que carrega vetores componentes da racionalidade econômica que podem contribuir para a compreensão da racionalidade econômica contemporânea.

Foram lembrados os limites da racionalidade econômica, limites reais, daí a significativa importância da análise do realismo jurídico e da ética consequencialista

¹² “O conceito de ilusão objetiva aparece nos escritos econômicos de Marx (e não apenas nos mais filosóficos), incluindo O Capital, v. I, e Teorias da mais-valia. Marx estava particularmente interessado em mostrar que a opinião comum sobre a justiça das trocas no mercado de trabalho é, na verdade, ilusória; contudo, essa pretensão de justiça é *objetivamente* aceita pelas pessoas que veem como as coisas são trocadas com relação a valores iguais em preços de mercado. Mesmo os trabalhadores explorados – que, na análise marxista, são roubados em parte do valor de seus produtos – podem achar difícil perceber que havia algo diferente de trocas de *valores iguais* no mercado de trabalho”. (SEN, 2013, p. 195)

focalizada em realizações.

Deve ser levado em conta o que efetivamente é possível se fazer com uma política pública, bem como qual o impacto que elas provocam na vida das pessoas e quais os resultados possíveis (dentro de um panorama econômico possível de alternativas), que um programa pode proporcionar aos interessados.

Ao se pretender formular uma política pública é preciso considerar inúmeros fatores, além da intenção do agente e da necessidade do beneficiário. É preciso que o olhar seja voltado para a real possibilidade do programa contemplar uma melhoria efetiva na vida das pessoas, não se conformando com um desenvolvimento artificial e insustentável. A política pública deve ser pautada na lógica da continuidade e ter por foco uma finitude temporal.

Torna-se, portanto, fundamental direcionar esforços para o sentido e contexto reais da vida das pessoas, seus objetivos, suas aspirações e principalmente as suas dificuldades.

Tal objetivo encontra seus obstáculos na necessidade de que sejam superados o custo do monitoramento das políticas e a racionalidade econômica limitada e posicionada, invariavelmente dirigida para um centro de ilusão objetiva (local que se deve abandonar).

Algumas construções teóricas podem contribuir nas discussões sobre o tema das políticas públicas, buscando-se um distanciamento do que Amartya SEN denominou *institucionalismo transcendental*. Todavia, essa distância precisa ser cuidadosamente realizada, porque a melhora moral que as correntes teóricas transcendentais produzem deve ser aproveitada sempre.

Quanto à estrutura de incentivos dos agentes econômicos (beneficiários e idealizadores das políticas públicas), uma crise econômica grave pode comprometer a continuidade dos programas de alívio à pobreza, vindo a criar um quadro econômico indesejável em termos de desenvolvimento, desembocando no esgotamento dos recursos dirigidos aos mais necessitados. Por isso conjugar as políticas às suas condicionantes (educação, saúde, participação política e demais condições sociais das famílias, por exemplo) torna-se um bom aparato de incentivos para sua eficiência econômica futura, contribuindo-se para que os sujeitos se tornem livres, e, especialmente, independentes dos programas.

5 Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; COUTIRS, Christian. *Apud.*: SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Marcio José Vargas; PASSALI, Huáscar Fialho. Dar o peixe e ensinar a pescar: racionalidade limitada e políticas de combate à pobreza. **Economia e sociedade**. Campinas, v. 20, n. 1, abr., 2011.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Working paper*, 01/2009. Brasília: UCB, 2009.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

NORTH, Douglass. **Economic Performance Through Time**. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994).

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** São Paulo: Cadernos de Direito GV, vº. 05, nº. 02, março de 2008.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais**. São Paulo: Revista de Direito GV, Jan-Jun 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, nº. 16, jul/dez 2006.

TESTA, Maurício G. et al. Análise da contribuição do programa bolsa família para o enfrentamento da pobreza e a autonomia dos sujeitos beneficiários. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 47, nov./dez., 2013.

TOKARS, Fabio Leandro. **Assimetria Informacional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.